

**Giovanna Filippi Del Nero**

**Arbitragem e litispendência**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi

**Universidade de São Paulo**

**Faculdade de Direito**

**São Paulo**

**2019**



**Giovanna Filippi Del Nero**

**Arbitragem e litispêndência**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi.

**Universidade de São Paulo  
Faculdade de Direito  
São Paulo  
2019**

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Del Nero, Giovanna Filippi.

Arbitragem e litispendência / Giovanna Filippi Del Nero. -- São Paulo, 2019.

206 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Marcelo José Magalhães Bonizzi.

1. Arbitragem. 2. Litispendência. 3. Competência-competência. 4. Vícios. 5. Prioridade. 6. Procedimentos paralelos. I. Bonizzi, Marcelo José Magalhães, orient. II. Título.

---

Nome: **DEL NERO, Giovanna Filippi**

Título: **Arbitragem e litispendência**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



## AGRADECIMENTOS

Dedico meus agradecimentos a todos aqueles que, com ideias, indicações, esclarecimentos, sugestões ou apenas escuta, como verdadeiros professores, me auxiliaram a concluir este trabalho e com isso me aproximar do meu objetivo de me tornar também professora.

Agradeço aos meus primeiros e eternos professores, meus pais, Márcio e Rosângela e avós, Mara, Michele, Ângela e Ermelindo. Agradeço a Camila, que como amiga e irmã me ensinou a ter calma. Agradeço a Victor, que comigo compartilhou tantos aprendizados essenciais nessa trajetória.

Agradeço aos colegas Daniel Menegassi, Marcela Ferrauche Smolka, Daniel Monari, Cristhiane Bessas Juscelino e Roberto de Palma Barracco que muito me auxiliaram em minha aproximação à Universidade de São Paulo. Agradeço também aos amigos a quem ao longo desse trajeto pude recorrer muitas vezes em momentos de dúvida e dificuldades, em especial, a Isabela Lacreta, Rafael Stefanini Auilo, Cássio Drummond Mendes de Almeida e Ana Luiza Gardiman Arruda.

Agradeço aos professores Giovanni Ettore Nanni e André Luís Quintas Monteiro pelas importantes orientações, ideias e materiais compartilhados.

Agradeço aos colegas do escritório Dinamarco, Rossi, Beraldo & Bedaque por todo o incentivo, com a valorização do aprofundamento acadêmico e, em especial, pelos ensinamentos valiosos de Clarisse Frechiani Lara Leite. Agradeço ainda pela preciosa colaboração de Rafaella Ferreira de Faria e de Palloma dos Santos Lino.

Agradeço a École de Droit da SciencesPo de Paris por ter me acolhido em terras estrangeiras e proporcionado inestimável ampliação de meus conhecimentos e, em especial, ao professor Diego P. Fernández Arroyo pelos novos aprendizados em aulas. Agradeço igualmente aos colegas e amigos Ana Gerdau de Borja Mercereau, Amanda Mendes, Jonathan Flórez e Juan David Saenz pelo auxílio e compreensão nessa experiência longe de casa.

Agradeço a Bruna Caricol Bezerra pelo trabalho extraordinário de *coaching* com o qual se comprometeu e que viabilizou meu objetivo de alavancar esse trabalho em sua reta final.

Por fim, dedico um agradecimento especial a meu professor orientador Marcelo José Magalhães Bonizzi, que confiou no projeto que originou esse trabalho e que me acompanhou em todas as suas etapas com sábias orientações.





“Conceitos como *lis pendens* e *res judicata* há muito confundem advogados ao redor do mundo. Acresça-se a esses princípios os elementos de uma jurisdição consensual, as complexidades de múltiplos sistemas legais e então submeta-os à apreciação de dois foros distintos de resolução de disputas e o resultado [...] não será simples e tendente a levar a uma série de respostas contraditórias”<sup>1</sup>

(Babak Barin; Marie-Claude Rigaud)

“Se todos coincidirem [elementos da demanda], relação entre elas não haverá, porque na pluralidade formal de *demandas* como atos de iniciativa residirá a *unidade substancial* de uma só e única pretensão.”<sup>2</sup>

(Cândido Rangel Dinamarco)

---

<sup>1</sup> Tradução livre. BARIN, Babak; RIGAUD, Marie-Claude. Arbitral Tribunals or State Courts – Who must defer to whom? *International Law FORUM du droit international*, n. 2, p. 130-132, 2000. Netherlands: Kluwer Law International. Versão original: “Concepts such as *lis pendens* and *res judicata* have for long puzzled lawyers all around the world. Add to these principles the elements of a consensual jurisdiction, the complexities of varying systems of law and then submit them for determination to two very different forums for dispute resolution and the result [...] can not be straightforward and likely to result in a number of contradictory answers”.

<sup>2</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. II. p. 175.



## RESUMO

A presente dissertação versa sobre a aplicação da regra da litispendência, que obsta o prosseguimento concomitante de demandas judiciais idênticas, à hipótese de concorrência entre jurisdição arbitral e estatal na definição da regularidade e extensão da convenção arbitral.

Parte-se da compreensão do que representa a pendência de uma arbitragem e de como ela se coloca perante a jurisdição estatal. Para tanto, analisam-se os aspectos contratual e jurisdicional da arbitragem enquanto essência desse método de resolução de disputas. Abordam-se, ainda, as diferentes classificações da arbitragem em função dos elementos de extraterritorialidade e internacionalidade que eventualmente nela se apresentem. Compreendem-se, outrossim, as teorias legais que apreendem a arbitragem como um fenômeno monolocalizado, plurilocalizado ou deslocalizado.

Depois, o trabalho analisa o que leva efetivamente à hipótese de litispendência entre processo judicial e arbitragem, considerando que, uma vez firmada a convenção arbitral, exclui-se a jurisdição estatal para solução dos conflitos abrangidos naquele acordo. Considera-se, ademais, que na arbitragem o princípio da competência-competência confere prioridade ao árbitro para decidir sobre questionamentos à convenção de arbitragem. No entanto, essa prioridade não é atribuída de maneira absoluta pelos sistemas jurídicos nacionais, implicando uma competência concorrente para confirmar a jurisdição arbitral. Como tal, essa competência concorrente pode ser potencialmente exercida em paralelo por juiz e árbitro.

Uma vez especificada a problemática do paralelismo envolvendo arbitragem e processo judicial, passa-se ao estudo da regra da litispendência, primeiramente, conforme aplicada por juízes diante de processos judiciais idênticos. Para tanto, é necessário compreender a litispendência como ferramenta típica dos sistemas jurídicos *civil law*, assim como identificar os fundamentos para sua adoção em uma mesma jurisdição e entre diferentes jurisdições, e, por fim, examinar seu contraste com a doutrina do *forum non conveniens*, como aplicada nos sistemas de *common law* inglês e norte-americano.

Em segundo lugar, será testada a aplicação da regra da litispendência como solução para a hipótese, antes identificada, de litispendência entre arbitragem e processo judicial. Nesse sentido, apura-se qual a relevância a ser atribuída à arbitragem precedente sob a perspectiva do juiz e, por outro lado, qual a relevância a ser atribuída ao processo judicial precedente sob a perspectiva do árbitro. Essa análise revelará quais os critérios que devem orientar juízes e árbitros na tomada de decisão sobre a suspensão ou declínio de sua jurisdição quando exercida em paralelo.

**Palavras-chave:** Arbitragem; Litispendência; Competência-competência; Vícios; Prioridade; Procedimentos paralelos.



## ABSTRACT

This thesis concerns the application of the *lis pendens* rule, which prevents that identical judicial claims proceed concomitantly, when arbitral and State jurisdictions have concurrent competence to assess the validity and scope of an arbitral agreement.

The paper starts with an attempt to understand what a pending arbitration represents and how it relates to the State's jurisdictions. For that purpose, the contractual and jurisdictional aspects of arbitration, which are the essence of this method of dispute resolution, will be analyzed. In addition, the paper dives into the different types of arbitration according to the extraterritorial and international elements which might be present in it. Further, the paper addresses the legal theories that describe arbitration as a monolocalized, plurilocalized or delocalized phenomenon.

After, this paper analyzes what circumstances lead to a case of *lis pendens* between judicial and arbitral procedures, in light of the fact that once an arbitration agreement is signed it excludes State jurisdiction over the conflicts covered by that agreement. Moreover, this study acknowledges that in arbitration the competence-competence principle gives the arbitrator priority to decide over challenges to the arbitral agreement. However, this priority is not assigned in an absolute way by the national legal systems, entailing a concurrent competence to confirm the arbitral jurisdiction. As such, this concurrent competence may be potentially be exercised in parallel by the judge and the arbitrator.

Once the issue of the parallelism between arbitration and judicial procedure has been identified, the paper addresses the rule of *lis pendens*, first, as applied by Courts in face of identical judicial proceedings. For this aim, it is necessary to apprehend *lis pendens* as a typical tool of civil law judicial systems, as well as to study which are the grounds for its adoption among one State jurisdiction and between different State jurisdictions and, finally, to examine the contrast between it and the doctrine of *forum non conveniens*, as practiced in the English and North-American common law systems.

Secondly, *lis pendens* rule will be tested as a solution for the previously defined case of *lis pendens* between arbitration and civil procedure. In this sense, the paper will ascertain which is the relevance to be attributed to the precedence of an arbitration from one judge's perspective, and, in contrast, which is the relevance to be attributed to the precedence of the judicial proceedings from one arbitrator's perspective. This analysis will highlight the criteria that should guide the judges and arbitrators when deciding on the suspension or denial of his jurisdiction when exercised in parallel.

**Key-words:** Arbitration; Lis pendens; Competence-competence; Defective arbitration clauses; Priority, Parallel proceedings.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>1. As três acepções da litispendência e o escopo do trabalho .....</b>	<b>17</b>
<b>2. A hipótese de litispendência na arbitragem: um fenômeno, <i>a priori</i>, inconcebível ..</b>	<b>19</b>
<b>3. Metodologia e estrutura .....</b>	<b>20</b>
<b>4. Delimitações necessárias .....</b>	<b>22</b>
<b>1. O ESTADO DE PENDÊNCIA DA ARBITRAGEM .....</b>	<b>25</b>
<b>1.1 Natureza jurídica da arbitragem .....</b>	<b>25</b>
1.1.1 Caráter privado .....	26
1.1.2 Caráter jurisdicional .....	30
<b>1.2 Classificações da arbitragem .....</b>	<b>34</b>
1.2.1 Arbitragem nacional ou internacional.....	35
1.2.2 Arbitragem doméstica e arbitragem estrangeira.....	40
1.2.3 Arbitragem como instituto nacional, plurinacional ou transnacional .....	44
<b>2. A HIPÓTESE DE LITISPENDÊNCIA COMO RELAÇÃO DE IDENTIDADE ENTRE DEMANDAS .....</b>	<b>49</b>
<b>2.1 Efeito positivo e efeito negativo da convenção arbitral .....</b>	<b>50</b>
2.1.1 Ônus da alegação da convenção arbitral, sob pena de renúncia .....	53
<b>2.2 A competência-competência: prioridade do árbitro na análise preliminar de sua jurisdição .....</b>	<b>58</b>
2.2.1 Origem e terminologia .....	58
2.2.2 Finalidades e efeitos da competência-competência .....	63
2.2.3 Distinção entre competência-competência, os efeitos principais da convenção arbitral e o princípio da <i>separabilidade</i> .....	67
2.2.4 A relativização do efeito negativo e os modelos da competência-competência .....	70
<b>2.3 A relativização da competência-competência .....</b>	<b>78</b>
2.3.1 Relativização em função da gravidade do vício alegado .....	78
2.3.2 Relativização em função da profundidade da análise .....	85
<b>3. EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS.....</b>	<b>91</b>

<b>3.1</b>	<b>Terminologia adequada.....</b>	<b>91</b>
<b>3.2</b>	<b>A origem da <i>lis pendens</i> e aderência aos sistemas jurídicos de <i>civil law</i>.....</b>	<b>92</b>
<b>3.3</b>	<b>Fundamentos da litispendência no direito interno .....</b>	<b>95</b>
3.3.1	Litispendência como norma de ordem pública processual.....	98
<b>3.4</b>	<b>Fundamentos da litispendência internacional .....</b>	<b>101</b>
3.4.1	A cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro.....	107
<b>3.5</b>	<b>O <i>fórum non conveniens</i> como contraponto da litispendência nos sistemas jurídicos de <i>common law</i> .....</b>	<b>109</b>
<b>3.6</b>	<b>Análise comparativa e método combinado.....</b>	<b>115</b>
 <b>4. EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE ARBITRAGEM E PROCESSO ....</b>		<b>119</b>
<b>4.1</b>	<b>Competência-competência e exceção de litispendência .....</b>	<b>119</b>
<b>4.2</b>	<b>Critério temporal na aplicação da competência-competência .....</b>	<b>122</b>
4.2.1	A pendência da arbitragem perante o processo judicial .....	122
4.2.2	A pendência do processo judicial perante a arbitragem .....	150
<b>4.3</b>	<b>Consequências da ausência de coordenação .....</b>	<b>164</b>
 <b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>171</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>		<b>181</b>



## INTRODUÇÃO

### 1. As três acepções da litispendência e o escopo do trabalho

Quando se fala em arbitragem e litispendência, um primeiro esclarecimento que cabe ser feito é sobre *qual o sentido* com o qual se emprega o termo litispendência.

Litispendência significa, etimologicamente, estado de pendência da lide (*litispendentia*)<sup>3</sup>, primeira acepção do termo (i). Assim entendida, designa o *interim* em que está pendente o processo, considerado esse como exercício da função jurisdicional, durante o qual reputam-se vigentes determinados efeitos voltados a neutralizar os possíveis prejuízos que o tempo do trâmite processual poderia acarretar à justa solução da disputa. Em torno dessa ficção jurídica, reconhece-se a fluência dos *efeitos da litispendência*, de ordem material ou processual, que atuam intra ou extraprocessualmente<sup>4</sup>. O impedimento à tramitação em paralelo de demanda idêntica à demanda já pendente é um efeito processual da litispendência e de eficácia externa ao processo.

A despeito de se tratar de um *efeito* do estado de litispendência em sentido amplo, é comum referir-se à litispendência como o próprio óbice ao prosseguimento de demanda idêntica como litispendência<sup>5</sup>, segunda acepção do termo (ii). A litispendência, nesse sentido, designa uma regra que confere prioridade ao processo já pendente, impondo o imediato declínio da jurisdição à autoridade jurisdicional que receba o processo subsequente.

---

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. p. 54; DIÉGUEZ, Francisco Málaga. *La litispendencia*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

<sup>4</sup> Abordando pormenorizadamente os efeitos da litispendência, em sua acepção geral: DIÉGUEZ, Francisco Málaga. *La litispendencia*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999; DAGUANO JUNIOR, Oswaldo. *A litispendência no processo civil*. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. p. 70-125.

<sup>5</sup> “A litispendência é considerada em um sentido estático: é um estado processual; uma situação duradoura que surge com o nascimento do processo e que produz uma série de efeitos. Já na *segunda acepção*, a litispendência é referida em um sentido dinâmico: constitui uma defesa processual – a exceção de litispendência – a fim de evitar a repetição de uma demanda idêntica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. p. 13). Daguano ressalva, no entanto, que “a proibição de que entre as mesmas partes seja proposta outra demanda com o mesmo objeto *deve ser encarada apenas como um dos inúmeros efeitos que irradiam da pendência do processo*, ou, no uso da terminologia que aqui se defende, da litispendência” (DAGUANO JUNIOR, Oswaldo. *A litispendência no processo civil*. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 13.).

É a regra da “prioridade do primeiro” (*first-in-time rule*), reconhecida nos ordenamentos jurídicos como instrumento de coordenação jurisdicional interna ou internacional<sup>6</sup>.

Por fim, a relação estabelecida entre demandas idênticas<sup>7</sup>, enquanto relevante para a aplicação do efeito negativo que obsta o prosseguimento de demanda idêntica, também é reconhecida como litispendência, terceira acepção do termo (iii)<sup>8</sup>. Segundo esse aspecto, a litispendência caracteriza-se como o próprio pressuposto processual negativo, sem o qual não se justifica a aplicação da regra da prioridade.

Em suma, litispendência é termo que pode ser utilizado para designar (i) uma situação jurídica na qual vigem determinados efeitos, (ii) um óbice ao prosseguimento de um processo e (iii) uma relação entre demandas idênticas<sup>9</sup>.

A presente dissertação preocupa-se em identificar se a pendência da arbitragem, enquanto método privado de resolução de disputas ao qual são reconhecidos efeitos jurisdicionais (primeira acepção), seguida ou precedida de uma relação de identidade com outro processo (terceira acepção), enseja a aplicação de uma regra de prioridade (segunda acepção) ou se está fadada ao mero paralelismo e à aplicação de diferentes soluções.

Ainda que o *fim* do trabalho resida na aplicabilidade da regra da litispendência à arbitragem, essa análise é precedida pela compreensão: do que representa o estado de litispendência arbitral (primeiro capítulo); das hipóteses em que surge a relação de litispendência entre uma arbitragem e um processo (segundo capítulo); e, por fim, da aplicabilidade da regra da litispendência (terceiro capítulo) também à hipótese de paralelismo envolvendo a arbitragem (quarto capítulo).

---

<sup>6</sup> LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 2.

<sup>7</sup> O que se dá conforme os critérios adotados por cada sistema jurídico, em geral, com base em seus elementos caracterizadores.

<sup>8</sup> “O tema das *relações entre demandas* (Piero Calamandrei) é extremamente complexo, partindo da total diferença entre elas, passando pela mera e extremamente frágil afinidade e pela conexão ou continência, para caminhar, mediante uma escalada de intensidade, até chegar à identidade absoluta (coincidência de todos os elementos constitutivos). *Na última hipótese, as demandas são iguais e a repositura da demanda na pendência do primeiro processo* ou depois do seu julgamento por sentença irrecorrível é vedada por lei (litispendência ou coisa julgada, conforme o caso)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. p. 157.). “La litispendenza è intensa, in questo libro, come contemporanea pendenza di più processi relativi alla stessa causa e non come pendenza della lite in senso chiovendiano” (FRANCHI, Giuseppe. *La litispendenza*. Pádua: Cedam, 1963. p. 1.)

<sup>9</sup> “Os três *fenômenos distintos* restam, portanto, distintamente batizados: (a) litispendência (pendência de determinada lide); (b) efeito negativo da litispendência (dever judicial de extinção da posterior, entre demandas idênticas, sem resolução de mérito); e (c) pressuposto do efeito negativo da litispendência (propositura de demanda idêntica a outra já em curso)” (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 145.)

## 2. A hipótese de litispendência na arbitragem: um fenômeno, *a priori*, inconcebível

*A priori*, a aplicabilidade da litispendência à arbitragem é inconcebível, tendo em vista que, como melhor se aprofundará no segundo capítulo, árbitro e juiz não exercem uma mesma jurisdição, ou seja, não são componentes de uma mesma estrutura judiciária. A convenção de arbitragem confere jurisdição exclusiva aos árbitros: *uma vez eleita* a jurisdição arbitral para solução de determinado litígio, essa escolha exclui a jurisdição estatal<sup>10</sup>.

No entanto, considerando que a jurisdição arbitral tem como fundamento a convenção arbitral e que, ademais, essa convenção não é autoexequível, seu exercício está condicionado aos limites e à validade desse negócio jurídico<sup>11</sup>. Assim, uma vez questionadas a regularidade e a amplitude da convenção arbitral, coloca-se também em questão o próprio poder jurisdicional do árbitro para decidir sobre impugnação à sua própria jurisdição. Nessa hipótese, a fim de conferir efetividade ao método, concebe-se no direito da arbitragem, segundo uma presunção, que o árbitro é competente para tomar essa decisão ainda que, após ter sido proferida, possa ser submetida ao crivo de juiz estatal. Trata-se do reconhecido princípio da competência-competência.

A depender da *gravidade* do vício alegado e do *modo como evidenciado*, contudo, aquela prioridade do árbitro é relativizada, permitindo-se ao juiz pronunciar-se imediatamente sobre a jurisdição arbitral quando chamado a declinar de sua jurisdição em face de uma convenção arbitral. Enquanto essa abertura para a análise prévia do juiz pautar-se em critérios subjetivos e inespecíficos, subsistirá campo de potencial concorrência entre as jurisdições arbitral e estatal. Por força dessa concorrência, surgem situações de

---

<sup>10</sup> “Unlike parallel court proceedings, where both courts generally have jurisdiction to hear the case pursuant to their respective rules, in international arbitration *in principle only one authority is competent – the arbitral authority the parties have chosen –* and therefore its jurisdiction should trump the jurisdiction of any court. [...] This *exclusive competence* is predicated, however, on the validity of the arbitration agreement – and the critical question is ‘who decides?’” (KALICKI, Jean E. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 16, p. 197-204, esp. p. 2 da versão eletrônica, jan.-mar. 2008.)

<sup>11</sup> “some of the problems of parallel proceedings in this field may be solved *simply by the proper application of a rule of priority for arbitration*. But other problems will persist. Many of these flow from the *same basic attribute* of arbitration as a form of dispute resolution chosen by the parties. The *jurisdiction of the arbitral tribunal is, of its nature, limited by the extent, and validity, of the arbitration agreement*. Such an agreement is not self-executing. It relies on the intervention of national courts to secure its application” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 193.)

paralelismo entre processo e arbitragem, equivalentes à hipótese de litispendência. A litispendência decorre aqui, portanto, de uma efetiva controvérsia quanto ao escopo ou à regularidade de uma convenção arbitral<sup>12</sup>.

Dentre as atitudes que podem ser tomadas diante da pendência concomitante entre procedimentos jurisdicionais, quando as partes se negarem a optar por uma das vias, destacam-se (i) a *deferência*, pela qual um dos entes jurisdicionais declina ou suspende o procedimento em curso, em favor do procedimento pendente perante o outro ente jurisdicional, seja com base em critérios objetivos ou subjetivos, (ii) a *indiferença*, quando nenhum dos entes jurisdicionais declina em favor do outro e por isso ambos os procedimentos seguem em paralelo e (iii) o *controle*, em que quaisquer dos entes jurisdicionais adota medidas coercitivas ou constrictivas voltadas a impedir que as partes prossigam em um dos procedimentos jurisdicionais paralelos<sup>13</sup>.

A presente dissertação tem como enfoque a atitude de deferência de uma autoridade jurisdicional em favor da outra como meio de aprimorar a coordenação entre arbitragem e processo judicial idênticos que pendam em paralelo. Mais especificamente, busca-se analisar se o critério voltado a conferir prioridade ao procedimento iniciado em primeiro lugar, conhecido como *exceção de litispendência*, prova ser o mais adequado quando envolvida uma arbitragem. Ainda que a conclusão seja negativa, procura-se aferir quais seriam então os critérios mais adequados que permitiriam a coordenação, evitando atitudes de indiferença ou de controle.

### 3. Metodologia e estrutura

Considerando que o *fim* do trabalho se volta a aferir a aplicabilidade da *regra* da litispendência à arbitragem (item 1, *supra*) como instrumento para lidar com a *hipótese* em que há concorrência entre a jurisdição estatal e a arbitral (item 2, *supra*), adota-se a seguinte estrutura.

---

<sup>12</sup> “In these cases [where a party makes a jurisdictional objection, i.e., challenges the existence, validity or applicability of the arbitration agreement], there is indeed *more than one competent forum to hear the jurisdictional challenge*” (FORSTEN, Denice. *Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration: A comparative study between the common law and civil law traditions*. Orientador: Henrik Bellander. Uppsala Universitet, 2015. p. 46. Disponível em: <http://www.diva-portal.se/smash/get/diva2:813565/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2018.)

<sup>13</sup> McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 59-73.

No primeiro capítulo, será abordada a própria concepção da pendência da arbitragem, o que inclui o detalhamento das características contratual e jurisdicional do instituto (item 1.1) e de como a arbitragem coloca-se perante as ordens jurídicas nacionais (item 1.2). Tratam-se de premissas que se refletirão ao longo do restante do trabalho, uma vez que a conclusão quanto à aplicabilidade da litispendência depende da concepção que se tenha da arbitragem, que varia conforme a ênfase dada a sua base contratual ou seu caráter jurisdicional e à medida de sua vinculação com os diversos sistemas jurídicos nacionais<sup>14</sup>.

O segundo capítulo volta-se a evidenciar a hipótese exposta no item 2, *supra*, em que se configura a concorrência entre as jurisdições estatal e arbitral. Para tanto, expõe-se, de um lado, a regra geral da exclusão da jurisdição estatal, que decorre tanto dos efeitos positivo e negativo da convenção arbitral (item 2.1), que atribuem ao árbitro a solução do mérito da disputa, quanto do efeito da competência-competência, segundo o qual se reconhece ao árbitro prioridade na resolução de questionamentos quanto à regularidade da convenção arbitral (item 2.2). Por outro lado, há hipóteses em que a competência-competência não atua negativamente (item 2.3), permitindo-se ao juiz estatal antecipar-se ao árbitro na análise da convenção arbitral, tendo em vista o tipo de vício alegado e a profundidade da análise exigida para sua verificação.

Antes de passar propriamente à aplicação da exceção da litispendência às hipóteses de concomitância entre processo judicial e arbitral, o terceiro capítulo propõe-se a retomar os elementos fundamentais da exceção de litispendência enquanto aplicável entre processos judiciais (item 3.1), tendo em vista as origens do instituto (item 3.2), os fundamentos que justificam sua aplicação no âmbito interno (item 3.3) e internacional (item 3.4), uma comparação com a doutrina do *forum non conveniens*, instrumento típico utilizado nos sistemas de *common law* (item 3.5) e, por fim, a aplicação de um método combinado de coordenação de jurisdições no âmbito internacional (item 3.6).

Em seguida, o quarto capítulo volta-se propriamente à análise do elemento temporal – pendência antecedente da arbitragem ou do processo judicial – como critério a ser considerado pelo juiz ou pelo árbitro ao decidirem, uma vez controvertida a regularidade da convenção arbitral, sobre o prosseguimento do processo ou da arbitragem em paralelo. Parte-

---

<sup>14</sup> “A questão de saber se o conceito de litispendência tem alguma importância na determinação de qual, entre uma jurisdição estatal e uma jurisdição arbitral, tem prioridade para conhecer se um caso depende, em última análise, da *representação da arbitragem internacional a que se adere*” (GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 77.)

se de comparação entre a competência-competência e a exceção de litispendência voltada a compreender a inter-relação entre essas duas regras (item 4.1). Em seguida, passa-se à abordagem da imposição da regra da litispendência à arbitragem enquanto limite de ordem pública (item 4.2).

Na sequência, continua-se a análise da relevância do aspecto temporal na arbitragem (item 4.3), primeiro, sob a perspectiva do *juiz*<sup>15</sup>, diante da pendência da arbitragem, levando-se em consideração a legislação francesa e a brasileira (item 4.3.1). Depois, será considerado o efeito do processo judicial paralelo sob a perspectiva do *árbitro*, em função da jurisdição nacional em que tramita (item 4.3.2.1) e da anterioridade, com relação à arbitragem, do processo judicial paralelo (item 4.3.2.2). Finaliza-se esse capítulo com uma breve exposição das consequências geradas pela inobservância dos critérios temporais como meio de impedir a concorrência entre as jurisdições arbitral e estatal (item 4.3.3).

#### 4. Delimitações necessárias

A exemplo do que ocorre em nível internacional entre processos judiciais como efeito da globalização e o respectivo aumento do fluxo de relações sociais e econômicas<sup>16</sup>, o crescimento exponencial da utilização do método arbitral no Brasil nos últimos anos<sup>17</sup> coloca em evidência a necessidade de coordenação entre a jurisdição estatal e arbitral. O paralelismo entre processos, por implicar risco de decisões conflitantes e dispêndio multiplicado de recursos, constitui verdadeira ameaça à segurança jurídica almejada pelos Estados de Direito e ao prestígio da arbitragem<sup>18</sup>. É essa preocupação que move o presente

---

<sup>15</sup> “A litispendência entre uma ação em curso perante um tribunal estatal e outra perante um tribunal arbitral opera em *duas óticas*. Primeiro, o impacto de uma ação judicial na arbitragem e, depois, o impacto de uma arbitragem na ação judicial” (BARROS, Octávio Fragata Martins de. Concorrência de julgadores na arbitragem internacional: o Brasil e a “Litispendência arbitral”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 15, p. 7-26, esp. p. 13, jul.-set. 2007.)

<sup>16</sup> “*aproximação comercial entre os Estados* [...] impõe, dentre outros, a necessidade de intensificação do intercâmbio de providências jurisdicionais entre os Estados, isto é, de sua *cooperação jurisdicional ou judicial*” (CELLI JR., Umberto. Litispendência internacional no Brasil e no Mercosul. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 219-234, esp. p. 219, out.-dez. 2011.)

<sup>17</sup> O crescimento da arbitragem. *O Estado de S. Paulo*. 12 jun. 2017. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,o-crescimento-da-arbitragem,70001836073>. Acesso em: 07 dez. 2018. Vide também: CAM-CCBC. Estatísticas. Crescimento da Arbitragem. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso em: 07 dez. 2018.

<sup>18</sup> “*The use or abuse of multiple fora is to be avoided*. The effect of several arbitrations is the additional time, cost and effort that is involved with the *uncertainty* of tribunals reaching different conclusions or the *futility* of one merely confirming the decision of another” (LEW, Julian D. M. 22

trabalho que se volta ao aprimoramento da alocação de competência entre juiz e árbitro, sem, no entanto, provocar uma nociva *judicialização* da arbitragem<sup>19</sup>.

A concorrência entre processo judicial e arbitragem é apenas uma das espécies de paralelismo entre procedimentos. Em especial, o paralelismo processual na arbitragem pode envolver arbitragem e processo judicial, duas arbitragens ou arbitragem<sup>20</sup>. Por uma questão de corte metodológico<sup>21</sup>, optou-se por endereçar especificamente a hipótese de paralelismo entre processo e arbitragem, causada por pronunciamentos concorrentes a respeito da existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

A despeito de sua relevância, não se inseriu no escopo do trabalho a hipótese de paralelismo entre arbitragens, pois sua abordagem exigiria considerar aspectos absolutamente distintos daqueles que permeiam a concorrência entre processo judicial e arbitragem. No paralelismo entre arbitragens não se coloca a preocupação em priorizar a competência do árbitro para julgar a sua competência. Não se instaura, igualmente, nesse âmbito, a interdependência entre as jurisdições arbitral e estatal, pelo fato de que a arbitragem retira seu fundamento da autonomia contratual e pode precisar da força estatal para obter eficácia. Essa espécie de paralelismo decorre de uma divergência com relação à abrangência de uma convenção arbitral, entre as mesmas partes ou não, que leva a

---

Concluding Remarks: Parallel Proceedings in International Arbitration – Challenges and Realities. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. p. 305-312, esp. p. 308. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

<sup>19</sup> O conceito é utilizado por Clávio Valença Filho para designar a transformação da arbitragem “em um método de resolução de controvérsias semelhante ao judiciário” (VALENÇA FILHO, Clávio. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45.). Esse termo não se confunde com a judicialização da arbitragem que consiste em submeter ao Judiciário questões afetas à arbitragem – como a da validade da convenção arbitral (nesse sentido, STJ, REsp n. 1.355.831-SP, 3ª T., rel. Min. Sidnei Benetti, j. 19.03.2013).

<sup>20</sup> Tratam-se das hipóteses elencadas no Relatório Final sobre *Lis Pendens* da International Law Association (SHEPPARD, Audley. Toronto, 2006. p. 4.). Cita-se, ainda, nesse relatório, a hipótese ainda mais rara de paralelismo entre arbitragem e processo que tramita perante tribunal supranacional, caso em que muito provavelmente não há identidade entre as causas de pedir, por estar em questão uma causa de direito internacional.

<sup>21</sup> Dentre algumas das obras gerais sobre o tema: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC); AYMONE, Priscila. *A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional*. Orientador: Luís Olavo Baptista. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

instauração de duas arbitragens paralelas. Ou então resulta da instauração de duas arbitragens com base em convenções arbitrais distintas que incidem sobre uma mesma disputa. Em nenhum desses casos há efetiva identidade entre demandas, uma vez que são diversos os pedidos ou causas de pedir<sup>22</sup>.

Isso nos leva a uma segunda limitação. Não serão objeto da presente dissertação as relações de parcial identidade entre demandas na arbitragem e no processo, como a conexão, a prejudicialidade e a continência. Apesar de compartilharem algumas mesmas preocupações, como a coerência das decisões jurisdicionais e a eficiência e economia processuais, esses outros graus de relação entre demandas não se inserem no objetivo dessa dissertação por uma questão de corte. Por sua inegável importância, foram objeto de outros trabalhos acadêmicos aprofundados<sup>23</sup>. No entanto, optou-se aqui por buscar-se uma solução ao paralelismo enquanto decorrente de uma divergência quanto à regularidade da convenção arbitral, por meio da identificação da autoridade jurisdicional que teria prioridade na análise dessa convenção. Em vez de analisar-se qual a relevância que deve ser conferida às possíveis variações entre os elementos identificadores no tratamento de procedimentos paralelos entre jurisdição arbitral e estatal, procurou-se definir uma questão antecedente, qual seja, qual dessas jurisdições tem preferência para analisar a abrangência e regularidade da convenção arbitral.

Uma última reserva que merece ser destacada é que o trabalho não incidirá igualmente sobre paralelismo entre o processo judicial e a arbitragem relativos a pedidos cautelares. Sem se negar sua relevância para o estudo da coordenação das jurisdições arbitral e estatal<sup>24</sup>, nesse caso, não há uma verdadeira situação de litispendência<sup>25</sup>. Há, em realidade, uma divergência quanto ao exercício da competência para proferir medidas de urgência, que não implicará o julgamento de mérito em duplicidade.

---

<sup>22</sup> SHEPPARD, Audley. *Final Report on Lis Pendens*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 22-23.

<sup>23</sup> Dentre esses, destacam-se: LADEIRA, Ana Clara Viola. *Conexão na arbitragem*. Orientador: Carlos Alberto Carmona. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016; GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Arbitragem e Conexão: poderes para decidir sobre questões de conexão*. São Paulo: Almedina, 2018.

<sup>24</sup> Dentre os trabalhos específicos sobre o tema: BOLFERR, Sabrina Ribas. *Arbitragem comercial internacional & anti-suit injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007; CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>25</sup> Tanto por isso que a instauração de pedido cautelar relacionado a demanda inserida em convenção arbitral não implica renúncia à convenção: “there will be no waiver where the sole purpose of the court proceedings is to obtain provisional measures which do not prevent the performance of the arbitration agreement” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 442.).



## **1 O ESTADO DE PENDÊNCIA DA ARBITRAGEM**

Neste primeiro capítulo, pretende-se explorar o que representa a pendência da arbitragem.

Para tanto serão explorados, primeiramente, os dois principais elementos que definem a natureza *sui generis* da arbitragem (item 1.1): o elemento contratual e privado (item 1.1.1) e o elemento jurisdicional (item 1.1.2). O modo como esses diferentes elementos se combinam na arbitragem reflete as principais tensões que permeiam a busca de soluções de problemáticas atinentes a esse método de resolução de disputas, dentre as quais aquela que é alvo da presente dissertação.

Em segundo lugar, importa considerar como que a arbitragem classifica-se considerando três diferentes perspectivas: a primeira, segundo os elementos de internacionalidade que contenha (item 1.2.1); a segunda, de acordo com as conexões relevantes que estabeleça com cada sistema jurídico nacional apta a conferir-se efetividade (item 1.2.2); e a terceira, conforme o plano jurídico em que se considere inserida (item 1.2.3). A relação de concorrência entre arbitragem e processo judicial é influenciada de diferentes formas conforme essas diversas classificações, segundo as quais coloca-se como mais ou menos relevante a pendência da arbitragem para prosseguimento de processo judicial subsequente e, ao revés, da pendência do processo judicial no prosseguimento de arbitragem subsequente.

Finaliza-se esse primeiro capítulo com a identificação dos marcos que delimitam a pendência da arbitragem, estabelecendo-se o termo inicial a partir do qual se imporia a observância da litispendência arbitral pelo juiz e o termo final, findo o qual não se justifica a suspensão do processo judicial a título de litispendência (item 1.2).

### **1.1 Natureza jurídica da arbitragem**

Há dois traços marcantes na arbitragem que podem ser tomados como ponto determinante de sua natureza: o contratual e o jurisdicional. Deixando-se de lado a discussão em torno de qual desses aspectos a arbitragem retira seu fundamento de validade, o que se pretende nesse tópico é verificar como influenciam no tratamento do fenômeno do paralelismo entre procedimentos arbitrais e judiciais ou somente arbitrais.

Como costumeiramente resumido, a arbitragem tem origem contratual, mas fim jurisdicional<sup>26</sup>. Ambos os elementos influenciam-se mutuamente. A convenção de arbitragem não é mero acordo de vontade com efeitos materiais, mas negócio jurídico que tem finalidade processual de atribuir jurisdição a terceiros. Já a atividade jurisdicional dos árbitros é limitada à validade e extensão daquela convenção, sem os quais remanesce a jurisdição estatal.

### 1.1.1 Caráter privado

Diferentemente do método judicial, a arbitragem depende sempre do consentimento de ambas as partes da disputa para que possa servir como método pacificador. A arbitragem origina-se de um negócio jurídico através do qual as partes renunciam à jurisdição estatal visando a beneficiar-se das vantagens que esse método heterocompositivo de resolução de disputas oferece<sup>27</sup>.

Conforme o momento em que venha a ser firmada – antes ou após o surgimento do litígio, a convenção de arbitragem pode ser classificada em duas modalidades. Denomina-se cláusula compromissória a convenção que antecede a controvérsia, sendo normalmente prevista no âmbito de um contrato<sup>28</sup>, com o fim de submeter à arbitragem eventuais disputas advindas daquela relação contratual. Já o compromisso arbitral é aquele pelo qual as partes

---

<sup>26</sup> “Justice privée, l’arbitrage tire son origine de la volonté des parties: là où le juge public bénéficie d’une investiture générale à raison de sa qualité personnelle de magistrat, le juge privé qu’est l’arbitre n’a reçu des parties une mission de nature juridictionnelle qu’à l’effet de trancher le litige ou la catégorie de litiges pour lesquels il a été institué” (OPPETIT, Bruno. *Théorie de l’arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 32.). “O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 27.)

<sup>27</sup> “O impulso da arbitragem é determinado pela vontade das partes, pela análise das suas vantagens e adequação. A escolha implica um desejo das partes de não se submeterem ao Poder Judiciário” (LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 34-35.)

<sup>28</sup> Segundo o art. 4º, caput e § 1º da LArb: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” e “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”.

submetem uma disputa preexistente e determinada à arbitragem<sup>29</sup>. Pode-se dizer que *enquanto a primeira olha para o futuro, a segunda olha para o passado*<sup>30</sup>.

Antes da Lei de Arbitragem brasileira, somente o compromisso arbitral obrigava as partes a se comporem pela arbitragem, excluindo a via da jurisdição estatal. A cláusula compromissória era considerada mera promessa de contratar, uma espécie de pré-contrato, não prevista na legislação. Com o advento do diploma da arbitragem, as características da convenção arbitral passaram a ser as mesmas para as duas modalidades, contando ambas com idêntica força vinculante<sup>31</sup>. O único fator que as distingue é a identificação da controvérsia nelas prevista, se futura e eventual ou já existente<sup>32</sup>.

É a convenção de arbitragem a fonte de legitimação do poder dos árbitros. A arbitragem conta com aparato jurídico consistente nas legislações nacionais ou internacionais, como a brasileira, que reforçam a eficácia do método e impõem certas balizas<sup>33</sup>. No entanto, cada procedimento arbitral retira seu fundamento da livre manifestação de vontade das partes<sup>34</sup>.

A arbitragem é, portanto, expressão da autonomia da vontade, o que reflete a marcante consensualidade em diversos aspectos do procedimento arbitral. Permite-se às partes que escolham os julgadores, a lei aplicável, assim como todo o trâmite do

---

<sup>29</sup> Segundo o art. 9º da LArb: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

<sup>30</sup> “An arbitration clause looks to the future, whereas a submission agreement looks to the past” (REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin; BLACKABY, Nigel. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Netherlands: Kluwer Arbitration. p. 131.)

<sup>31</sup> “Observa-se não haver diferença entre as espécies da convenção de arbitragem quanto ao seu fim maior que é trazer à jurisdição dos árbitros a solução de um conflito” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.)

<sup>32</sup> Como destaca Carmona, há inclusive legislações que não fazem a distinção, remetendo simplesmente à convenção arbitral (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16.).

<sup>33</sup> “As a *private mechanism*, commercial parties have fashioned and varied its form and structure to their needs with *increasing refinement and success*. National laws have variously sought to *control, organise, administer, support or even interfere* with the process” (LEW, Julian D. M. Chapter 20: Achieving the Dream: Autonomous Arbitration? In: LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. (Eds.). *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer. Kluwer Law International, 2007. v. 16. p. 455-485, esp. p. 457. International Arbitration Law Library Series Set.)

<sup>34</sup> “a arbitragem não é um fenômeno estritamente jurídico, escapando ao controle e fronteiras do Estado. A arbitragem, independentemente da natureza jurídica que se pretenda lhe atribuir, parte de um contrato e é pensada e moldada por razões de cunho comercial [...]. A arbitragem é um fenômeno social que reclamou reconhecimento jurídico” (LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 33, 98.)

procedimento arbitral<sup>35</sup>. Podem simplesmente eleger uma câmara de arbitragem para administrar o procedimento ou instituir uma arbitragem *ad hoc*, ou seja, em que o procedimento é conduzido apenas pelos árbitros, com auxílio de seus próprios secretários<sup>36</sup>.

Enquanto acordo de vontades, a convenção de arbitragem, em qualquer de suas modalidades, obriga a parte que a firmou a participar da arbitragem se submeter à decisão do árbitro, caso instaurada a arbitragem pela contraparte. Trata-se de verdadeira decorrência do conhecido princípio do *pacta sunt servanda* (item 2.2.2)<sup>37</sup>. Como tal, a convenção é irrevogável<sup>38</sup>, sendo possível seu afastamento apenas com novo consentimento mútuo nesse sentido, expresso ou tácito (item 2.1.1, *infra*).

A contratualidade do instituto estende-se ainda para a relação estabelecida entre as partes e o árbitro. Submetido e aceito pelo árbitro o encargo de resolver determinada disputa, forma-se novo contrato. Esse contrato que pauta a atividade arbitral<sup>39</sup>, podendo inclusive sobrepor-se às exigências dos sistemas jurídicos estatais aos quais a arbitragem se conecta, como exposto no item 1.2, *infra*.

Por outro lado, esse acordo de vontades assume inequívoca particularidade na medida em que atribui aos árbitros a solução de disputa e retira do Poder Judiciário sua

---

<sup>35</sup> VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*. Orientador: José Carlos de Magalhães. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 32.

<sup>36</sup> “Ao optarem pela arbitragem, duas são as possibilidades quanto ao órgão arbitral: ou nomeiam um único árbitro, ou entregam a um grupo de árbitros a solução do litígio; num caso ou noutro, pode o *órgão arbitral* ser constituído exclusivamente para resolver determinada controvérsia (arbitragem *ad hoc*) ou pode ser tal órgão pré-constituído (arbitragem institucional)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33.)

<sup>37</sup> “O legislador brasileiro, querendo valorizar a ideia do *pacta sunt servanda*, procurou dar à cláusula arbitral – ainda que vaga ou incompleta – total eficácia, dotando o juiz de poderes verdadeiramente extremados para instituir – *a todo custo, entenda-se* – a arbitragem” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 158.)

<sup>38</sup> “as legislações modernas de arbitragem, inspiradas na Convenção de Nova Iorque de 1958, de maneira geral, contêm dispositivo sobre a *irrevogabilidade da cláusula de arbitragem*, compelindo, à parte que a celebrou, a obrigação de participar da arbitragem, e, ao Poder Judiciário, a obrigação de garantir a sua participação” (VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*. Orientador: José Carlos de Magalhães. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 15.)

<sup>39</sup> “The constitution of the arbitral tribunal brings into existence a *new set of contractual relationships*. When the arbitrators accept their appointment, they get linked to the parties through a *new contract*, whereby both sides receive reciprocal obligations in exchange for certain rights” (ARROYO, Diego P. Fernández. Arbitrator’s procedural powers: the last frontier of party autonomy? In: FERRARI, Franco (Ed.). *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*. Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. Huntington: JurisNet, 2016. p. 215.). Ver também: HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 6, p. 65-74, 2005.

apreciação<sup>40</sup>. Como tal, entende-se que a convenção arbitral se configura como negócio jurídico processual ou de eficácia processual<sup>41</sup>. Seus efeitos vigoram antes mesmo da instauração da arbitragem, no sentido de impedir que o Judiciário conheça de controvérsia inserida no escopo da convenção<sup>42</sup>.

No entanto, como decorrência de sua configuração contratual, para que fluam os efeitos da convenção arbitral, impõem-se os requisitos materiais dos negócios jurídicos em geral<sup>43</sup>, além dos requisitos específicos a essa categoria. Ademais, os efeitos só alcançam o objeto nela especificado. Por isso, o poder dos árbitros limita-se por natureza à extensão e regularidade da convenção arbitral<sup>44</sup> (item 2.2.4, *infra*).

Em resumo, se por um lado o aspecto contratual da arbitragem confere-lhe sustentação e autonomia, uma vez que fundado na vontade das partes, por outro, ele condiciona a competência do árbitro à existência, validade e eficácia do negócio jurídico arbitral, o que influencia diretamente no tratamento da hipótese de litispendência entre processo judicial e arbitragem (cfr. item 2.3, *infra*).

---

<sup>40</sup> “It should never be ignored that the arbitration agreement is itself a definitive contract, often commercially driven (such as price, payment and delivery terms, and warranties), *the specific purpose of which is to exclude national courts being involved in disputes between the parties*” (LEW, Julian D. M. Chapter 20: Achieving the Dream: Autonomous Arbitration? *In*: LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. (Eds.). *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer*. Kluwer Law International, 2007. v. 16. p. 457. International Arbitration Law Library Series Set.)

<sup>41</sup> “a cláusula arbitral é um *negócio jurídico processual*, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102.). No mesmo sentido: GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

<sup>42</sup> Sustentando a natureza de pacto de direito material: “ela [cláusula compromissória] é um *pacto de direito material*, em que a sua vertente processual surge em momento posterior, no âmbito de sua eficácia, fora, portanto, de sua natureza jurídica. Aliás, dependendo do caso concreto, se não é deflagrada nenhuma controvérsia, ela nem sequer se implementa” (NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16-17.).

<sup>43</sup> “a *formação contratual da convenção* serviria apenas para circunscrever os *limites* da controvérsia e atender aos *requisitos de validade do direito material*, embora os efeitos propaguem-se no campo do Direito Processual” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. . p. 12.). “Como todo negócio jurídico, a convenção de arbitragem está sujeita, segundo o disposto no art. 104 do Código Civil, *ao tríplex requisito* (a) da capacidade dos sujeitos, não sendo válida a convenção celebrada entre incapazes em geral (LA, art. 1º), (b) da licitude e possibilidade do objeto, não valendo a convenção quando versar sobre direitos indisponíveis (LA, art. 1º), (c) da ‘forma prescrita ou não defesa em lei’” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 73.)

<sup>44</sup> McLACHLAN, Campbell. *Lis pendens in international litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 194.

### 1.1.2 Caráter jurisdicional

A despeito de sua base contratual, que confere ao instituto um viés privado e negocial, a arbitragem consiste em exercício de jurisdição porque, assim como o juiz, o árbitro exerce função de pacificador de conflitos sociais<sup>45</sup>. Assim, a despeito de não serem “*braços de um só e mesmo ente dotado de poder*”, a jurisdição pública exercida pelos juízes equivale à jurisdição privada exercida pelos árbitros por visarem ambas a “*pacificação de pessoas mediante a eliminação de seus conflitos com justiça*”<sup>46</sup>, o que justifica serem-lhes destinados tratamentos equivalentes.

Tendo em vista o exercício dessa função alternativamente à jurisdição exercida pelas cortes estatais, os Estados conferem a esse método efetividade ao reconhecer força vinculante tanto da convenção arbitral quanto da sentença arbitral, inclusive proporcionando execução de ambas em caso de resistência, respectivamente, à instituição da arbitragem ou à satisfação da condenação. Ou seja, assim como no Judiciário, independentemente da vontade do demandado de participar da solução da disputa, deve ser garantido ao demandante o direito à definição de uma situação controvertida<sup>47</sup>.

É o que ocorre no caso do Brasil, em que se prevê a execução específica da convenção arbitral (art. 7º da LArb) e atribui-se à sentença arbitral proferida em território brasileiro o caráter de título executivo judicial, apto a ensejar cumprimento de sentença (art. 31 da LArb). Proporciona-se, ainda, a homologação da sentença proferida no exterior, do mesmo modo que ocorre para a sentença judicial estrangeira (art. 34 da LArb).

---

<sup>45</sup> “A única diferença entre a jurisdição arbitral e a estatal consistiria na circunstância de que o *juízo arbitral é atribuído a um privado, investido de jurisdição pela vontade das partes*, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais – mas muito acima disso para o escopo de pacificar sujeitos mediante a solução de seus conflitos, que é inerente a todo exercício da jurisdição, quer estatal, quer arbitral” (CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 49-50); “A arbitragem é exercício de jurisdição, assim como o processo estatal. A diferença é que este é *decorrente do poder imperativo do Estado*, enquanto que aquela *advém da vontade das partes*. A origem é diversa, mas o fim é o mesmo: ambos são métodos de heterocomposição de litígios” (MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 20.).

<sup>46</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

<sup>47</sup> “Furthermore, it [the jurisdictional theory] can be seen in the power of a tribunal to carry on proceedings *even in the event of default of one party and the fact that the arbitration decisions are final and binding*” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 76.)

Assim, o primeiro e principal fundamento utilizado para qualificar como jurisdicional o poder exercido pelos árbitros reside na equiparação de sua finalidade àquela praticada pelos juízes. A atribuição de jurisdicionalidade à arbitragem é, nesse sentido, fruto de uma evolução da concepção restritiva de jurisdição, em que relativizado o monopólio do Estado no exercício dessa função, para abranger outros métodos aptos a propiciar o mesmo resultado, qual seja, a pacificação do litígio. É nesse sentido que, por compartilhar do mesmo escopo pacificador característico da jurisdição, a arbitragem caracteriza-se como método jurisdicional<sup>48</sup>.

A partir desse primeiro elemento caracterizador da jurisdição, qual seja a *função* de pacificar o conflito e, com isso, promover o acesso à justiça, os árbitros atraem para si o *poder* de impor sua decisão às partes, mediante *atividade* inerente ao exercício de tomada de decisões<sup>49</sup>.

Como a convenção arbitral e as decisões arbitrais não são autoexequíveis<sup>50</sup>, o *poder* dos árbitros de impor sua decisão advém da efetividade atribuída ao método pelos sistemas jurídicos nacionais, como já mencionado. Com efeito, o árbitro, enquanto ente privado que não integra os quadros da administração pública, dispõe de poder meramente decisório, ainda que possa proferir ordens sancionatórias com finalidade coercitiva<sup>51</sup>. Apenas os

---

<sup>48</sup> “embora com menor intensidade dado o seu *caráter privatista e a sua tendência ao sigilo*, a arbitragem não deixa de colaborar para a *imperatividade da atividade estatal* (já que aplica normas de conduta imperativamente impostas à sociedade), além de garantir *respeito à liberdade e permitir a participação da sociedade* nas atividades jurisdicionais (escopos políticos). Ainda, confere *efetividade às regras jurídicas* que disciplinam as relações sociais (escopo jurídico), nesse ponto até com mais intensidade do que a justiça estatal, na medida em que permite solução tomada por especialistas na matéria discutida, e com tempo para dedicação específica ao litígio; portanto com maiores chances de acerto. Também parece mais efetiva no *ponto de vista do escopo social*, pois admite *solução mais célere* e, portanto, efetiva do ponto de vista da pacificação” (MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 19-20.)

<sup>49</sup> Segundo Grinover, o indicador da “garantia de acesso à justiça” teria substituído o elemento “poder” como pressuposto da jurisdição: “a leitura atual do *princípio constitucional do acesso à justiça* [...] é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas como espécies de exercício jurisdicional. Entendemos, portanto, que tanto a arbitragem como a justiça consensual integram o conceito de jurisdição (que hoje, conforme visto, caracterizamos como *atividade, função e garantia, voltada ao acesso à justiça e à pacificação dos conflitos*)” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 62.).

<sup>50</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 75.

<sup>51</sup> “Não se cogita de uma tutela jurisdicional executiva em sede arbitral, simplesmente porque a *jurisdição arbitral não vai além das atividades e decisões inerentes ao processo de conhecimento*, jamais ao executivo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69.)

Estados, entes dotados de soberania, dispõem do poder de constrição necessário para dar efetividade ao método arbitral.

Por isso, como resumem Cintra, Dinamarco e Grinover, “há porém algum campo para uma cooperação e censura a cargo do poder judiciário”<sup>52</sup>. Há cooperação porque os juízes devem emprestar sua força coercitiva. Há censura na medida em que a convenção arbitral e a decisão emanada pelos árbitros submetem-se ao crivo dos tribunais do Estado no que diz respeito à observância das regras instituídas pelo sistema jurídico em questão com relação ao método.

No entanto, não há uma necessária sujeição da arbitragem às ordens jurídicas estatais porque, como se aprofundará adiante (item 1.2.3, *infra*), ainda que incumba ao árbitro proferir uma sentença exequível, esse dever não se sobrepõe àquele de seguir os parâmetros universalmente aceitos com relação ao método. Isso inclusive porque, caso negada força constritiva por um determinado sistema jurídico, com base em uma particularidade que desfavorece a arbitragem, a efetividade poderá ser obtida por meio de outro tribunal estatal. Nesse sentido, diz-se que o árbitro dispõe de um poder inerente ao exercício da jurisdição<sup>53</sup>.

Adicionalmente aos elementos de *função* e *poder* identificados na arbitragem, o modo como se desenvolve a *atividade* dos árbitros tendente à tomada da decisão também equivale àquele seguido pelos juízes<sup>54</sup>. Contudo, isso ocorrerá apenas no que for imprescindível para a solução da disputa e dentro do quanto estabelecido pelas partes. Aquela tensão entre reconhecimento da efetividade pelo sistema jurídico nacional e autonomia da arbitragem transpõe-se também para a atividade jurisdicional desenvolvida através do procedimento arbitral. Ou seja, o árbitro sujeita-se às limitações da ordem pública

---

<sup>52</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161.

<sup>53</sup> Nesse sentido, o caso *E-Systems, Inc. v. The Islamic Republic (J Iran and Bank Mellz)*, In 2 Iran-United States Claims Tribunal Reports, p. 51, citado por REICHERT, Douglas D. Problems with parallel and duplicate proceedings: the litispence principle and international arbitration. *Arbitration International*, v. 8, n. 3, p. 254-255, 1992.

<sup>54</sup> “Processo arbitral e processo judicial (de conhecimento) seguem os mesmos princípios e conceitos básicos identificados pela teoria geral do processo, mas não se confundem, razão pela qual não servem para equiparar árbitro e juiz” (ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro *vis-à-vis* os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 54, p. 79-122, jul.-set. 2017, esp. p. 5 da versão eletrônica); “*The arbitrators’ core obligation is to resolve the parties’ dispute, which in turn encompasses a number of closely related sub-obligations (e.g. availability, independence)*” (ARROYO, Diego P. Fernández. Arbitrator’s procedural powers: the last frontier of party autonomy? In: FERRARI, Franco (Ed.). *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*. Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. Huntington: JurisNet, 2016. p. 207.)



nacional conforme dependa da efetividade de um determinado sistema jurídico relevante (item 2.2.3, *infra*). Isso equivale à imposição dos limites do devido processo legal, com observância do contraditório e da imparcialidade e independência do julgador, caracterizando-se com isso efetivo processo arbitral<sup>55</sup>.

Em resumo, o reconhecimento da arbitragem como jurisdição pelos sistemas jurídicos legais aperfeiçoa o instituto arbitral, na medida em que lhe confere efetividade. No entanto, esse reconhecimento não é imprescindível para o desenvolvimento da função arbitral, cujo fim primeiro é a resolução da disputa nos termos do quanto acordado previamente entre e com as partes. Pelo contrário, reconhecer-se jurisdição aos árbitros implica a impossibilidade de submissão desses, enquanto autoridade jurisdicional, ao Judiciário<sup>56</sup>. Salvo uma impossibilidade absoluta de iniciar ou continuar a arbitragem, o árbitro proferirá sentença em cumprimento ao encargo que assumiu, preferencialmente, mas não necessariamente executável<sup>57</sup>.

Da parte do Estado ao qual está atrelada a arbitragem (item 1.2, *infra*), o interesse em beneficiar-se da função pacificadora dos árbitros motiva o reconhecimento do método como jurisdicional, justificando a atribuição de efetividade a partir da concessão de força coercitiva e constritiva quando necessária. Contudo, esse benefício está condicionado a observância dos limites legais condizentes com a contratualidade do método.

---

<sup>55</sup> “É imperiosa a inclusão da arbitragem na *teoria geral do processo*, considerando que ela contém em si um autêntico *processo civil* no qual se exerce um verdadeiro *poder*, a *jurisdição*, e que as atividades inerentes a esse exercício têm natureza inegavelmente processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.) “não há razão para impor ao árbitro, no eventual preenchimento de lacunas procedimentais, regras do Código. Aplicam-se sempre, isso sim, os *princípios gerais do processo*, com os temperamentos naturais que o processo deve sofrer quando passa para o âmbito extrajudicial. [...] Pinçou o legislador, dentre os *princípios gerais do processo*, aqueles capazes de prestar às partes *razoável garantia de julgamento justo*” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 293-295.). *Vide também*: ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro *vis-à-vis* os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 54, p. 79-122, p. 4 da versão eletrônica, jul.-set. 2017.

<sup>56</sup> “A impermeabilidade ou exclusividade jurisdicional decorre justamente do fato de as duas instâncias ostentarem natureza jurisdicional, mas estarem atreladas a sistemas distintos, sendo uma vinculada ao sistema nacional e a outra ao transnacional da *lex mercatoria*” (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 81.)

<sup>57</sup> Como defende Kirby: “*mais vale uma sentença correta do que uma sentença executável*” (KIRBY, Jennifer. What is an award, anyway? *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 31, n. 4, p. 475-484, esp. p. 480, 2014.).

É esse aproveitamento mútuo da pacificação obtida pelos envolvidos na arbitragem – partes e árbitros – e pelo Estado que motiva o estabelecimento de uma coordenação entre as esferas jurisdicionais, evitando-se não apenas a própria duplicação procedimental geradora de um dispêndio desnecessário de recursos, mas também a frustração da solução do conflito e da obtenção de justiça pela prolação de decisões conflitantes.

## 1.2 Classificações da arbitragem

É importante definir, quando se trata da análise da concorrência entre jurisdição estatal e arbitral, de que forma esses planos jurisdicionais se relacionam<sup>58</sup>, o que pode ser estabelecido segundo diferentes perspectivas.

Por uma primeira perspectiva, a arbitragem caracteriza-se como nacional ou internacional, segundo a presença de elementos de internacionalidade<sup>59</sup> (item 1.2.1). Por uma segunda perspectiva, a arbitragem qualifica-se como doméstica ou estrangeira<sup>60</sup>, conforme a conexão estabelecida com a legislação aplicável, a sede da arbitragem ou o local em que proferida a sentença<sup>61</sup> (item 1.2.2). Sob uma terceira perspectiva, a arbitragem define-se como monolocalizada, plurilocalizada e deslocalizada, de acordo com o plano jurídico em que se considera estar inserida (item 1.2.3).

Necessário ressaltar que há quem negue a classificação da arbitragem como internacional, em oposição à arbitragem nacional ou doméstica, seja por se defender que não mereceria tratamento diferenciado o método arbitral quando eivado de elementos internacionais em oposição àquele estritamente nacional<sup>62</sup>, seja por se entender como

---

<sup>58</sup> Vide nota 12, *supra*.

<sup>59</sup> Outras classificações podem ainda ser feitas da arbitragem internacional: arbitragem internacional pública, arbitragem internacional de investimento, arbitragem comercial internacional cf. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 50 e ss.

<sup>60</sup> Também pode-se falar, segundo essa perspectiva, em arbitragem *internacional* em oposição à arbitragem doméstica: “In view of their *very different effects*, these two aspects of the *international nature of arbitration* must be carefully distinguished, not least because the definition of what is meant by the word ‘international’ *differs in each case*” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 45.).

<sup>61</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 45-62.

<sup>62</sup> “Never understood *why international arbitration should be different in principle from any other kind of arbitration* [...]. why should it lead to the conclusion that international arbitration stands on a pinnacle of its own: worthier of respect than domestic arbitration, and much worthier than litigation?” (grifos nossos) (MUSTILL, Michael. *Maritime arbitration: the call for a wider perspective*. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 9, n. 2, p. 5-30, esp. 34

necessária a vinculação da arbitragem com determinado sistema jurídico nacional<sup>63</sup>. No entanto, fora essa abordagem, a diferenciação e definição da arbitragem internacional em face da nacional é considerada relevante e adquire considerável complexidade conforme as diferentes finalidades para as quais é distinguida, como se verá a seguir.

### 1.2.1 Arbitragem nacional ou internacional

De acordo com a primeira perspectiva, a arbitragem é qualificada como internacional segundo os elementos de internacionalidade, especificados em determinados estatutos legais (nacionais, internacionais ou anacionais)<sup>64</sup>, que contenha, de modo a lhes conferir determinado regime legal, distinto daquele dedicado a uma arbitragem nacional (ou interna). A classificação da arbitragem como nacional acaba sendo deduzida por exclusão, correspondendo àquela que não contenha os elementos típicos da arbitragem internacional<sup>65</sup>.

Nem todos os ordenamentos legais fazem essa distinção. Aqueles que distinguem as categorias de arbitragem internacional e doméstica são denominados dualistas, enquanto que

---

p. 15-16, 1992.). Nesse sentido também Fonseca, para justificar o reconhecimento do efeito negativo da convenção arbitral independentemente da sede da arbitragem: “*diz-se até que a arbitragem em si não tem nacionalidade. A arbitragem é apátrida. A sentença eventualmente proferida tem uma nacionalidade, mas o processo arbitral em si pode envolver partes, advogados e árbitros de várias origens, e os atos processuais podem se desenvolver em diversos locais, e até mesmo em vários países diferentes*” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. Competência internacional. Competência concorrente da justiça brasileira. Diferenças entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória na lei e na jurisprudência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 223-237, out.-dez. 2005, esp. p. 11 da versão eletrônica.).

<sup>63</sup> “In the legal sense, according to Mann, ‘*no international arbitration exists*’. Just as every system of private international law is a system of national law, ‘*every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law*’. In other words, the *lex arbitri* is the *lex loci arbitri*” (GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 942-947, esp. p. 943.)

<sup>64</sup> “The substantive rules found in *national laws, in international conventions and in non-national sources such as arbitration rules and arbitral awards*, concern all the various aspects of arbitration” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 51.). “Nessa distinção, o *elemento adjetivador está nas características ínsitas ao contrato subjacente ou ao próprio processo arbitral*. É internacional a arbitragem que contenha algum elemento de estraneidade” (LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 57.).

<sup>65</sup> Propondo-se a explicar a diferença entre arbitragem interna e internacional, Bonato afirma que “Diante da noção de arbitragem internacional, o conceito de arbitragem doméstica resulta como *algo meramente residual*, abarcando os procedimentos que colocam em jogo os interesses puramente locais” (BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. XI, n. 43, p. 59-92, esp. p. 77-78, 2014. No mesmo sentido: CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. item 15.2 (livro eletrônico).

os que não as diferenciam, dispondo de um único estatuto legal para arbitragens com ou sem elementos de internacionalidade, são reconhecidos como sistemas monistas<sup>66</sup>. Cada legislação elege ou não esses critérios de diferenciação conforme pretenda dedicar um tratamento específico à arbitragem internacional em oposição à nacional.

Uma das principais justificativas atribuídas à essa distinção consiste na diversidade entre os objetivos dos contratos internacionais levados à arbitragem em relação aos contratos domésticos. Ou seja, considera-se que a internacionalidade da relação contratual demanda tratamento diverso, mais flexível e liberal<sup>67</sup>. A separação entre os regimes dessas duas modalidades de arbitragem pode servir igualmente como critério de aplicação de tratados e convenções internacionais, proporcionando, com isso, uniformização da normativa própria a regulação do comércio internacional<sup>68</sup>.

Para essas finalidades, os critérios especificados nos ordenamentos jurídicos repousam, de maneira geral, em fator indicativo de internacionalidade na disputa em questão, à semelhança do que distingue o contrato internacional<sup>69</sup>. Busca-se detectar uma arbitragem *intrinsecamente* internacional e não artificialmente.

O sistema jurídico francês configura-se como exemplo típico de regime dualista da arbitragem. O Código de Processo Civil francês em seu art. 1.504 define a arbitragem internacional como aquela que envolve “interesses do comércio internacional”<sup>70</sup>, ou seja,

---

<sup>66</sup> BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. XI, n. 43, p. 74-75, 2014.

<sup>67</sup> “The goals that lead business contracts have a different focus than those that drive domestic arbitration. [...] The *specificity of international transactions* has led many countries to adopt separate statutes for international arbitration. Belgium, France, and Switzerland, as well as places that have adopted the UNCITRAL Model Arbitration Law such as Canada, Scotland and Hong Kong, all provide a *more laissez-faire framework for international arbitration*” (PARK, William. Amending the Federal Arbitration Act. *The American Review of International Arbitration*, v. 13, p. 75, 2002, esp. p. 15 da versão eletrônica. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3019273](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3019273). Acesso em: 04 dez. 2018.)

<sup>68</sup> STRENGER, Irineu. Arbitragem Internacional – Conceitos básicos. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional*, 1998. p. 36; PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem comercial – A lei aplicável. In: BASSO, Maristela; PRADO, Maurício Almeida; ZAITZ, Daniela (Coords.). *Direito do Comércio Internacional*. Pragmática, diversidade e inovação. Curitiba: Juruá, 2005. p. 27-45, esp. p. 31.

<sup>69</sup> GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 164; VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 423.

<sup>70</sup> “est international l’arbitrage qui met em cause des intérêts du commerce international”

aquela que envolve relações jurídicas comerciais que transcendem as fronteiras de um único país, em oposição à arbitragem doméstica, em que estão presentes apenas interesses locais. Com isso, a legislação francesa considera a internacionalidade a partir de um critério econômico, conhecido por ser o mais abrangente<sup>71</sup>.

Em oposição ao fator econômico, outros estatutos legais preveem critérios jurídicos relacionados a elementos do contrato e da disputa em questão, tais como a nacionalidade ou residência das partes ou o local de execução da obrigação contratual. Como ressaltado por Gaillard, os fatores relacionados ao procedimento arbitral em si, ao modo como conduzido, como a nacionalidade dos árbitros, o local da arbitragem e a lei aplicável não se mostram suficientes para essa primeira distinção<sup>72</sup>. Esses proporcionam, conforme abordado no próximo item, o estabelecimento de uma conexão da arbitragem com os diversos sistemas jurídicos nacionais que lhe atribua caráter doméstico ou estrangeiro.

Os fatores econômicos e jurídicos podem ser combinados, exigindo-se sua presença cumulativa ou alternativa<sup>73</sup>, conforme, respectivamente, uma abrangência mais ou menos restrita que se queira dar à arbitragem internacional.

Por sua vez, o sistema legal brasileiro dedica tratamento único à arbitragem. Justamente por isso que tanto a Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/1996) quanto o Código de Processo Civil atual fazem distinção da arbitragem internacional. O legislador não vislumbrou a necessidade de favorecer a arbitragem dotada de elementos de internacionalidade e de regulamentar com maior rigor a arbitragem com elementos exclusivamente nacionais<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> LEE, João Bosco. A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, p. 347-359, jan.-mar. 2001, esp. p. 2 da versão eletrônica; CLAY, Thomas; CADIET, Loic. *Code de L'arbitrage commenté*. Paris: Lexis Nexis, 2015. p. 170.

<sup>72</sup> “It does not depend on the *circumstances of the conduct of the arbitration* which will necessarily vary from one case to another. For example, the nationality or nationalities of the arbitrator or arbitrators, the place of arbitration or the choice of law are *not sufficiently* significant to allow an arbitration to benefit from substantive rules which would doubtless be more liberal than those applicable to domestic arbitration. Instead, account should be taken of more objective factors of ‘internationality’ based on the *international nature of the dispute itself*” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 51.)

<sup>73</sup> Em análise de outros sistemas legais, confira-se: VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 428-435.

<sup>74</sup> “o Direito brasileiro não adota a distinção entre arbitragem internacional e arbitragem doméstica, preferindo seguir o regime monista nesta temática. Isso significa que a disciplina normativa da

Diferencia-se unicamente na Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/1996) a sentença arbitral estrangeira, para a qual se exige homologação no Superior Tribunal de Justiça (art. 34, par.) a fim de que se torne executável. No entanto, isso não se confunde com a atribuição de caráter nacional ou internacional à arbitragem<sup>75</sup>. Tanto por isso que uma sentença doméstica pode ter decorrido de uma arbitragem repleta de elementos internacionais; ou então, uma sentença proferida no exterior pode incidir sobre uma disputa em que estão envolvidos interesses estritamente locais.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras não define a arbitragem internacional, limitando-se a especificar sua abrangência sobre sentenças estrangeiras (“proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento”) ou sentenças não domésticas (“não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução”)<sup>76</sup>. Com isso, a Convenção de Nova Iorque pretende fazer-se aplicável a uma noção abrangente da arbitragem, desatrelada de qualquer identificação de elementos de internacionalidade<sup>77</sup>.

Entre a ausência da distinção típica dos sistemas monistas e a completa separação própria dos sistemas dualistas, há gradações em sistemas jurídicos em que, apesar de haver

---

arbitragem no Brasil serve tanto a arbitragens domésticas quanto a arbitragens internacionais, sem qualquer distinção” (MONTEIRO, André Luis Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 298.). No mesmo sentido: LEE, João Bosco. A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litúgio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, p. 347-359, jan.-mar. 2001, esp. p. 1 da versão eletrônica.

<sup>75</sup> “a Lei de Arbitragem não distinguiu entre arbitragem interna e arbitragem internacional. Afinal, o conceito de ‘sentença arbitral estrangeira’, introduzido pelo art. 34, parágrafo único da Lei nº 9.307/96, não se confunde com a definição de ‘arbitragem estrangeira propriamente dita’ [...]. Não se devem estender os efeitos de um conceito – elaborado pela lei – de uma determinada figura jurídica (no caso, a decisão arbitral) a outra (a arbitragem em si)” (VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. *In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 427.)

<sup>76</sup> Versão ratificada no Brasil, Dec. n. 4.311 de 23 de julho de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CcIVIL\\_03/decreto/2002/D4311.htm](http://www.planalto.gov.br/CcIVIL_03/decreto/2002/D4311.htm). Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>77</sup> “There is no requirement of internationality, either because of the parties concerned or because of the subject-matter of the dispute. The first definition of art. I (1) is purely territorial. In fact, it is the definition that actually plays a role in practice and Brazil was wise enough to ignore the second definition of art. I (2), which allows various theories as to what would constitute a non-domestic award” (BERG, Albert Jan van den. The New York Convention and Its Application By Brazilian Courts. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, p. 15, jan. 2013, esp. p. 4 do pdf eletrônico.)

um modelo único para regular a arbitragem, determinados aspectos do método são regulados de maneira diversa para a arbitragem nacional e a arbitragem internacional. Tratam-se dos sistemas denominados como mistos ou internacionalizantes, que distinguem o tratamento da arbitragem internacional com relação à interna no que se refere aos requisitos da convenção arbitral, ao direito aplicável ao mérito da controvérsia e às hipóteses de impugnação da sentença arbitral<sup>78</sup>.

Em certa medida, o caráter internacional da arbitragem pode ser relevante para favorecer a autonomia da vontade das partes quando reconhecido como fator que autoriza a escolha da lei aplicável ao procedimento ou ao mérito do litígio<sup>79</sup> ou como elemento que permite a sua inserção em uma ordem jurídica arbitral autônoma (item 1.2.3, *infra*)<sup>80</sup>. Isso ocorre porque a internacionalidade da arbitragem, segundo a presente distinção, viabiliza um desprendimento da arbitragem com relação a uma ordem jurídica nacional específica, possibilitando que, a partir dos elementos que a conectam a outros sistemas jurídicos, ela possa se beneficiar do apoio de outras jurisdições estatais se necessário<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> “Por fim, além desses dois modelos de base, há um terceiro, denominado como *monista ‘internacionalizante’ ou misto*, no qual vigora um diploma único com regras especiais para as arbitragens que apresentam elemento de ligação com mais de um ordenamento” (BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. XI, n. 43, p. 83, 2014.). Também expondo os diferentes graus de distinção entre os regimes da arbitragem nacional ou interna e internacional: POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*. Bruxelas: Bruylant, 2002. p. 24.

<sup>79</sup> VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 423; LEE, João Bosco. A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, p. 6 da versão eletrônica, jan.-mar. 2001.

<sup>80</sup> Nesse caso, a nacionalidade pode ser definida a partir do método do conflito de direito (*conflict of laws*), cf. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 46. Ainda assim, devido à diversidade de critérios adotados por cada legislação, *mais de uma nacionalidade* poderão caracterizar a arbitragem, cf. BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. XI, n. 43, p. 85, 2014.

<sup>81</sup> “As arbitragens comerciais nacionais ou internas se desenvolvem no âmbito da soberania de um único Estado e se submetem às suas leis. [...] Já as *arbitragens internacionais produzem efeitos além da esfera de soberania de um Estado e, em tese, podem estar sujeitas a mais de uma jurisdição*” (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 63.). “A arbitragem, quando desenvolvida no contexto internacional, tem uma *potencialidade de comunicação e de produção de efeitos jurídicos em diversos países*: ela se desenvolve juridicamente em um país (o país de sua sede) e a sentença arbitral poderá vir a ser executada em outros. Há, por

No que diz respeito ao objeto da presente dissertação, tanto para a arbitragem doméstica quanto para a internacional é pertinente a apuração da aplicabilidade da litispendência. Se a arbitragem internacional, por envolver diversos países, requer maior controle sobre o paralelismo entre procedimentos para garantir a confiabilidade do método<sup>82</sup>, a arbitragem doméstica, por deter estreita relação com um determinado sistema jurídico nacional, torna ainda mais necessária a coordenação entre procedimentos de resolução de disputas.

Eventuais distinções no tratamento da litispendência arbitral em função da presença de elementos de internacionalidade serão abordadas quando do estudo da influência do elemento temporal na aplicação da competência-competência segundo alguns sistemas jurídicos (item 4.3.1, *infra*).

### 1.2.2 Arbitragem doméstica e arbitragem estrangeira

A segunda perspectiva recai sobre a identificação da ordem jurídica estatal que estabelece uma conexão tal com arbitragem apta a conferir-lhe efetividade. Na distinção feita no item anterior pressupõe-se definido o sistema jurídico nacional aplicável à arbitragem, estando em questão a sua subsunção a um regime jurídico específico à arbitragem internacional ou doméstica<sup>83</sup>. Na presente classificação, é justamente a definição do sistema jurídico aplicável que servirá para conferir o *status* de doméstica ou estrangeira à arbitragem.

A arbitragem conecta-se a diversos sistemas jurídicos a partir dos inúmeros aspectos que a caracterizam, desde a convenção arbitral, passando pelo procedimento, a solução da disputa e, por fim, sua execução, caso necessário. Todas essas fases são permeadas pela participação das partes e dos árbitros, outros elementos dos quais decorrem novas

---

vezes, um forte componente internacional no processo” (LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 53.).

<sup>82</sup> “International arbitration, however, involves greater emphasis on foreclosing the *gamesmanship of parallel foreign litigation* in each side’s home courts. [...] When a dispute has contacts with multiple countries, the parties may seek a playing field that is more neutral (procedurally, politically, and linguistically) than national courts. [...] In an international contract, the *value of a reliable dispute resolution clause may rise to a considerable percentage of the amount of the contract value*” (PARK, William W. Amending the Federal Arbitration Act. *The American Review of International Arbitration*, v. 13, item III.A., 2002. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3019273](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3019273). Acesso em: 04 dez. 2018.)

<sup>83</sup> BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. XI, n. 43, p. 85-86, 2014.



conexões<sup>84</sup>. Cada um desses fatores é potencialmente relevante para que seja considerada nacional do ponto de vista de determinado ordenamento jurídico nacional, ou, pelo contrário, para que seja considerada estrangeira<sup>85</sup>.

Há essencialmente dois principais tipos de conexão: um contratual, relacionado à lei aplicável à arbitragem, e outro processual, atrelado ao local em que se desenvolveu ou àquele em que a sentença será proferida<sup>86</sup>. Em quaisquer dos casos, pode-se referir simplesmente à identificação da sede da arbitragem, local em que se *reputa* desenvolvida a arbitragem ou proferida a sentença arbitral, conforme definido pelas partes<sup>87</sup>.

Uma vez estabelecida essa conexão, o direito da sede da arbitragem confere-lhe validade segundo as normas pertinentes do sistema jurídico legal à qual se relaciona e identifica o órgão judiciário competente para concessão de medidas de apoio ao árbitro e o órgão judiciário competente para anulação da arbitragem<sup>88</sup>. Isso ocorre porque é reconhecida à sede da arbitragem a prerrogativa de exercer um controle primário sobre a legalidade da arbitragem, remanescendo às demais jurisdições um controle secundário, a ser exercido em sede de homologação e execução da sentença com sede ou proferida no exterior<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 46-47.

<sup>85</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 46.

<sup>86</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 47.

<sup>87</sup> A sede pode ser entendida como uma ficção jurídica que remeteria ao *lugar da arbitragem*, segundo a *escolha das partes ou como definido pelos árbitros ou a instituição arbitral*, que pode ou não coincidir com o local em que efetivamente se desenvolveu a arbitragem ou o lugar em que proferida a sentença arbitral. Nesse sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 24; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 208-209. Há quem defenda, no entanto, que no direito brasileiro o conceito de sede *equivale ao local em que proferida a sentença*: BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. v. I. p. 16; VIEGAS, Juliana L. B.; ANDRADE, Thiago Pedrosa de. Arbitragem internacional. *Revista de Direito Empresarial*, v. 3, p. 401-444, maio-jun. 2014, p. 12; LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 58.

<sup>88</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 27-28.

<sup>89</sup> “It is generally considered that the courts of the seat are the ones with *primary jurisdiction to control the arbitration, including the arbitral award*. Admittedly, this is a very well-established default rule, which makes sense because, from a mere private international law point of view, the seat is a strong enough connecting factor. [...] Much has been discussed about the *possibility of the parties to agree on having the arbitral procedure governed by a law different than the one of the seat* (i.e. different than the law of the controlling courts). [...] If, in theory, the *parties can allocate the first element (the choice of the procedural law) outside the seat, there is no reason why they could not do the same with the second element* (the jurisdiction of the controlling courts)” (ARROYO,

Contudo, é possível que a arbitragem estabeleça mais de uma conexão relevante além daquelas relacionadas ao local em que desenvolvida – ou em que considerada desenvolvida – a arbitragem<sup>90</sup>. Ainda, apesar de considerada *a priori* estrangeira, há meios pelos quais uma arbitragem pode ser “internalizada”, como é o caso da homologação de sentença estrangeira que torna possível sua execução em território distinto daquele em que se desenvolveu a arbitragem<sup>91</sup>.

Com todas essas variáveis, relativiza-se a abordagem territorialista: perde sentido a classificação entre doméstica e estrangeira e ganha maior relevo a atribuição de caráter internacional no sentido de uma arbitragem mais suscetível conectar-se com outros sistemas jurídicos além daquele do local em que se desenvolve ou da sede.

A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, por exemplo, considera aplicável à sentença arbitral que não seja considerada doméstica no Estado em que buscado seu reconhecimento ou execução (art. I, ‘1’), permitindo com isso o estabelecimento de uma conexão com qualquer Estado<sup>92</sup> de modo a favorecer a eficácia da arbitragem enquanto instituto. No entanto, reconhece a importância da sede da arbitragem ao estabelecer como fundamento para recusa da homologação da sentença arbitral estrangeira a constatação de que não tenha se tornado obrigatória ou tenha sido anulada no país em que proferida (art. V, ‘1’, ‘e’). Ainda assim, a Convenção autoriza que esse requisito seja superado caso a jurisdição perante a qual busque a homologação

---

Diego F. The curious case of an arbitration with two annulment courts. *Arbitration International*, v. 33, p. 317-344, esp. p. 328, 2017.)

<sup>90</sup> “an arbitration involving elements which are foreign *vis-à-vis a particular country* would be considered to be international. [...] The only effect of the diversity of the connecting factors is that it causes a *conflict of laws and leads to a search for the governing law*. Once the connection has been established, the arbitration will be ‘re-nationalized’. [...] For the purpose of connecting the arbitration to a particular national law, the connecting factors listed above vary in importance, and the *choice of law method therefore involves weighing them up*” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 46-47.)

<sup>91</sup> Segundo Emmanuel Gaillard e John Savage, a pluralidade de conexões envolvidas na arbitragem e a diversidade de meios de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras consistem em relativizações à abordagem territorialista da arbitragem (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 48-49.)

<sup>92</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 50.

dispense tratamento mais favorável (art. VII) no sentido de possibilitar o reconhecimento de sentença estrangeira anulada na sede<sup>93</sup>.

A legislação brasileira distingue a arbitragem doméstica da estrangeira a partir do local em que proferida a sentença arbitral, considerando-se como doméstica a sentença proferida em território brasileiro e estrangeira aquela prolatada no exterior<sup>94</sup>. Essa é a única conexão tida por relevante, que pode ou não coincidir com a sede da arbitragem e o local em que se desenvolveu<sup>95</sup>. No caso da sentença doméstica, dispensa-se o procedimento de homologação, sendo possível sua execução como título executivo judicial<sup>96</sup>, sujeitando-se, no entanto, a processo de anulação, com base no art. 32 da Lei de Arbitragem. Já a sentença estrangeira submete-se aos requisitos específicos à homologação, de acordo com os critérios estabelecidos nos artigos 34 a 40 da Lei de Arbitragem. Por ser essa a única distinção feita expressamente pela legislação, não se justifica dedicar tratamento distinto à arbitragem antes de proferida a sentença arbitral, ainda que prevista sua prolação no exterior<sup>97</sup>.

Na França, por outro lado, toma-se como irrelevante a conexão da arbitragem, uma vez dotada de elementos internacionais, com elementos oriundos de outros sistemas jurídicos, inclusive para efeitos de identificação da lei aplicável. Uma arbitragem de caráter internacional que tenha se desenvolvido no exterior, culminado com a prolação de sentença no exterior, sujeita-se ao mesmo regime da arbitragem de caráter internacional da qual tenha tramitado e tido sentença proferida na França<sup>98</sup>. Apesar dessa forte equiparação, a indiferença não é absoluta, uma vez que a sentença de arbitragem internacional que tenha

---

<sup>93</sup> É o que sustenta a posição dos tribunais franceses, que se destacam pelo reconhecimento de sentenças anuladas na sede: BERG, Albert Jan van den. Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished? *ICSID Review*, p. 1-26, esp. p. 20, 2014.

<sup>94</sup> “É importante frisar à saciedade a relevância da escolha do legislador no sentido de ancorar a nacionalidade da arbitragem *ao local em que o laudo deverá ser proferido*, e não ao local onde os atos da arbitragem serão praticados” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 209.)

<sup>95</sup> Como já apontado acima, sede pode *não* equivaler ao local em que se desenvolveu a arbitragem ou em que será proferida a sentença arbitral (nota nº 85).

<sup>96</sup> Art. 515, inc. VII, do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

<sup>97</sup> VALLE, Martim Della. Considerações sobre os pressupostos processuais em arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr & IOB, v. III, n. 12, p. 7-30, esp. p. 28, 2006; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Competência Internacional. Competência Concorrente da Justiça Brasileira. Diferenças entre a Cláusula de Eleição de Foro e a Cláusula Compromissória na Lei e na Jurisprudência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 223-237, out.-dez. 2005, esp. p. 11 da versão eletrônica.

<sup>98</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 49-50.

sido proferida na França é passível de anulação pelas cortes francesas<sup>99</sup>, o que não se aplica para a sentença proferida no exterior<sup>100</sup>.

À medida em que a arbitragem ganha autonomia perante as ordens jurídicas nacionais, torna-se ela desnacionalizada, não havendo que se falar em arbitragem nacional e estrangeira. Em um nível mais aprofundado, o reconhecimento dessa autonomia decorre da própria concepção da arbitragem. É o que se verá na sequência.

### 1.2.3 Arbitragem como instituto nacional, plurinacional ou transnacional

Sob nova perspectiva, em vez de identificar as conexões estabelecidas entre a arbitragem e as ordens jurídicas nacionais ou internacionais, a arbitragem pode ser definida segundo o plano jurídico em que se considera estar inserida.

Mais do que a mera classificação, trata-se da representação que se atribui à arbitragem, segundo as teorias jurídicas desenvolvidas pela doutrina. Estudos sobre a teoria jurídica da arbitragem identificam três dessas teorias: a monolocalizadora, a multilocalizadora e a transnacional ou anacional<sup>101</sup>.

A teoria “monolocalizadora” da arbitragem considera-a sempre como parte de uma ordem jurídica nacional, seja aquela decorrente de conexão territorial em que se desenvolve o método, seja aquela eleita pelas partes<sup>102</sup>. Por essa perspectiva, a arbitragem sujeita-se à

---

<sup>99</sup> Art. 1.518 do Código de Processo Civil francês: “La sentence rendue en France en matière d’arbitrage international ne peut faire l’objet que d’un recours en annulation”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000023427652&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181204>. Acesso em: 04 dez. 2018.

<sup>100</sup> Art. 1.525 do Código de Processo Civil francês. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000023430197&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181204>. Acesso em: 04 dez. 2018.

<sup>101</sup> GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13-59; PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 32-50; LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 70-83.

<sup>102</sup> Como exposto por Gaillard, os adeptos dessa teoria subdividem-se em *objetivistas* e *subjetivistas*. Ambas as correntes consideram a arbitragem e o árbitro inseridos e submetidos à jurisdição da sede da arbitragem, diferenciando-se, no entanto, na medida em que os *primeiros* atrelam a arbitragem ao local em que objetivamente se desenvolve o método (sendo seu principal defensor MANN, Frederick Alexander. *Lex Facit Arbitrum*. In: SANDERS, Pieter (Coord.). *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967. p. 157 e ss.), enquanto que os *segundos* reconhecem que a vontade das partes é que deve definir a jurisdição da qual a arbitragem retira sua legitimidade (identificada em GOODE, Roy. *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. Arbitration International*, v. 17, p. 19 e ss., 2002; POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l’arbitrage international*. Zurique: Schulthess, 2002). GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13-18.

uma ordem jurídica nacional, no caso da conexão territorial, por uma questão de soberania que o ente exerce sobre o território e, na hipótese de escolha da parte, por força da própria autonomia das partes. Constrói-se por esse prisma a visão da arbitragem como essencialmente positivista que prioriza a previsibilidade e harmonia das soluções envolvendo o método arbitral, ainda que privilegiando eventuais particularismos de determinados sistemas jurídicos nacionais<sup>103</sup>. A essa teoria aplica-se perfeitamente a distinção entre arbitragem doméstica ou estrangeira, não havendo porque se falar em arbitragem internacional sob a perspectiva da ligação e interdependência estabelecida entre ordens jurídicas nacionais e a arbitragem.

A teoria “plurilocalizadora”, por sua vez, reconhece ao método arbitral uma pluralidade de ordens jurídicas propensas a lhe conferir sustentação. Cada ponto de contato estabelecido pela arbitragem com uma determinada ordem jurídica, a depender dos diferentes estágios de seu desenvolvimento e dos sujeitos envolvidos (partes, árbitros e instituições arbitrais) é potencialmente relevante para conferir-lhe eficácia, impondo-se em cada caso os respectivos requisitos de validade<sup>104</sup>. Prepondera, ainda, um viés positivista, mas apenas no que diz respeito ao momento em que se busca força coercitiva de um Estado, especialmente na execução da sentença arbitral<sup>105</sup>. Enquanto entes dotados de soberania, todos esses Estados, quando chamados a conferir essa eficácia, têm a prerrogativa de tratar a arbitragem do modo como lhe convém, aspecto inerente a uma concepção westfaliana do método. Nesse caso, coloca-se em evidência a pluralidade de conexões estabelecidas com a arbitragem a partir dos elementos de internacionalidade nela contidos, em oposição a uma arbitragem relacionada a um único sistema jurídico.

Por fim, uma terceira teoria que se traduz como “deslocalizadora” considera a arbitragem atrelada apenas à ordem jurídica própria e autônoma<sup>106</sup>. Conforme expõe

---

<sup>103</sup> GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23.

<sup>104</sup> Expondo a corrente: GAILLARD, Emmanuel. The Representations of International Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, n. 2, p. 271-281, esp. p. 277, 2010; PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 35-39.

<sup>105</sup> Gaillard refere-se a Mehren como defensor da ideia (MEHREN, Arthur Taylor von. *Limitations on Party Choice of the Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?* The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies, Tel Aviv University, 1986. p. 19-20) (GAILLARD, Emmanuel. The Representations of International Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, n. 2, p. 271-281, esp. p. 277, 2010.)

<sup>106</sup> “[...] aqueles que se defendem a autonomia da arbitragem em relação a qualquer ordem jurídica nacional, falando-se então em arbitragem ‘transnacional’, ‘supranacional’, ‘desnacionalizada’, ‘deslocalizada’ ou, simplesmente, arbitragem ‘flutuante’ (*floating arbitration*)” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas,

Gaillard, essa teoria apresenta vertentes distintas, uma de ordem jusnaturalista e outra de ordem positivista<sup>107</sup>. Resumidamente, a primeira entende a arbitragem como instituto anacional, regido por valores universais relacionados à justiça, ao comércio internacional e à moral<sup>108</sup>, a segunda situa o método arbitral em uma ordem jurídica transnacional, preexistente, composta pelas normas estatais em nível global que convergem para sustentar a eficácia do método<sup>109</sup>. O que distingue essa teoria das demais é a desvinculação da arbitragem de particularidades locais que sejam lesivas à credibilidade do método e que podem ser desconsideradas pelo árbitro em razão da existência de outros ordenamentos jurídicos que não se alinham a essa peculiaridade, oferecendo com isso respaldo à arbitragem<sup>110</sup>.

De acordo com essas diferentes teorias, a arbitragem classifica-se como nacional e monolocalizada, plurinacional e plurilocalizada, anacional ou transnacional<sup>111</sup> e deslocalizada. Sob essas diferentes visões, há uma crescente emancipação da arbitragem. Pela visão plurilocalizada da arbitragem superam-se as conexões territoriais que limitam a

---

2009. p. 28.). Expondo também a corrente, impulsionada por GOLDMAN, Berthold (Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. In: *Recueil des cours*. Haia: Academia de Direito Internacional de Haia, 1963. t. 109.); GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31-47; LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 75. Criticando a corrente, como um “falso começo”: PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 39-44.

<sup>107</sup> GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31-47.

<sup>108</sup> “La règle morale peut donc ne pas être recherchée dans un ordre juridique. Elle est alors dictée à l'arbitre par sa propre conscience. On retrouve l'arbitre trouve son équivalent. Sa volonté fonde l'applicabilité de la règle, sa conscience dicte le contenu” (MAYER, Pierre. *La règle morale dans l'arbitrage international: Études offertes à Pierre Bellet*. Paris: Litec, 1991. p. 379-402, esp. p. 393.). Defendendo também a base jusnaturalista da arbitragem deslocalizada, Gaillard (*Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35-41) cita: OPPETIT, Bruno. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1999. p. 119; DAVID, René. *Droit naturel et arbitrage, Natural law and World Law*. Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka. Tokyo: Yuhikaku, 1954. p. 19, esp. p. 24. No Brasil, coloca-se como adepto da visão deslocalizada: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 224.

<sup>109</sup> “ela [a ordem jurídica arbitral] é, ao contrário, inteiramente fundada na atividade normativa dos Estados, que ela apreende de maneira global e não como uma justaposição de direitos estatais que só poderiam ser separados com o auxílio de uma regra de conflito” (GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.)

<sup>110</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 45.

<sup>111</sup> GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

arbitragem a um único sistema jurídico nacional, em razão do potencial reconhecimento da sentença em outros sistemas legais, cada qual sob suas respectivas condições legais. Já pela vertente da arbitragem deslocalizada ou autônoma, aquela base plural, mas eventualmente excludente da atividade dos árbitros, é transcendida por uma conjugação global dos preceitos normativos uniformemente aplicáveis ao método<sup>112</sup>. Se do ponto de vista de sua conexão com os diversos sistemas jurídicos a autonomia alcançada pelo instituto favorece uma arbitragem *desnacionalizada*, aqui, sob o viés de sua representação, essa autonomia faz surgir uma arbitragem *deslocalizada*.

O que se conclui é que a depender da intensidade da conexão da arbitragem com as ordens jurídicas nacionais e internacionais, mais essa se aproxima de um processo nacional, tornando-se suscetível a sujeitar-se à normativa daquele ordenamento pelo qual é considerada “nacional”, inclusive às regras de coordenação entre os meios de resolução de disputas. No entanto, perde espaço essa sujeição na medida em que a regra não seja majoritariamente acolhida por esses mesmos ordenamentos, pela doutrina e pela jurisprudência arbitrais.

---

<sup>112</sup> “Já que nenhum Estado tem o monopólio dessa juridicidade [reconhecimento posterior da sentença], essa representação da arbitragem aceita a ideia de que um sistema transcendente de cada ordem jurídica estatal considerada de maneira isolada possa resultar da convergência de direitos” (GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.)





## 2 A HIPÓTESE DE LITISPENDÊNCIA COMO RELAÇÃO DE IDENTIDADE ENTRE DEMANDAS

Sustenta-se na doutrina que a litispendência entre arbitragem e processo seria um fenômeno inconcebível, um “*não sujeito, por excelência*”, um *oximoro*<sup>113</sup>. Questiona-se, nesse sentido, a própria hipótese da litispendência, pressuposto para a aplicação da regra da prioridade.

A crítica aponta que a regra da litispendência pressupõe que dois órgãos estejam exercendo em duplicidade uma *mesma jurisdição*. Na relação entre arbitragem e processo, no entanto, árbitro e juiz exercem jurisdição a títulos distintos que, por isso, em tese, não concorrem, mas excluem-se. Excluem-se não com base no critério objetivo da prioridade, mas com base nos efeitos atribuídos ao consenso alcançado pelas partes no sentido de levar controvérsias atuais ou futuras à arbitragem (item 2.1, *infra*). Além de não se tratar de uma mesma jurisdição, a jurisdição do árbitro é *especial* com relação à jurisdição estatal, uma vez que essa detém a prerrogativa de julgar controvérsias como decorrência da soberania do Estado, independentemente de acordo entre as partes<sup>114</sup>.

É, portanto, a convenção arbitral que delimita o exercício jurisdicional entre árbitro e juiz. Se ambos estão exercendo concomitantemente a função jurisdicional, não se trata de uma questão de prioridade, mas sim de definir se há ou não uma convenção arbitral conferindo poder jurisdicional ao árbitro. Quando árbitro e juiz estão exercendo jurisdição sobre idêntica demanda, um deles a está exercendo ilegitimamente<sup>115</sup>.

Por outro lado, como a jurisdição arbitral é um efeito da convenção de arbitragem, poder-se-ia questionar se, uma vez impugnada a existência, validade ou eficácia desse

---

<sup>113</sup> GEISINGER, Elliott; LÉVY, Laurent. *Lis alibi pendens* in International Commercial Arbitration. *Complex Arbitrations: Perspectives on their procedural implications – Special Supplement*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, p. 53, 2003.

<sup>114</sup> “Par contraste, les arbitres *ne possèdent pas le pouvoir général de juger dont jouissent*, en tant qu’organes de l’État, les tribunaux; *ils possèdent seulement le pouvoir spécial de trancher un litige*. S’il leur est interdit de l’exercer, c’est qu’ils ne le possèdent pas. C’est donc d’abord en termes d’existence du pouvoir de juger, et non simplement d’exercice, que le problème se pose pour eux” (MAYER, Pierre. *Litispendance, connexité et chose jugée*. In: BREDIN, J. D.; LALIVE, P.; POUDRET, J. F.; TERRÉ, F. (Coords.). *Liber Amicorum Claude Raymond: Autour de l’arbitrage*. Paris: Litec, 2004. p. 185-203, esp. p. 189.)

<sup>115</sup> “ou bien le tribunal arbitral est *incompétent*, et il lui suffit de le déclarer pour que la situation de *litispendance cesse*; ou bien il est *compétent*, et dès lors le tribunal étatique ne l’est pas, la convention d’arbitrage ayant, à côté de son effet positif, attributif de pouvoir aux arbitres, normalement un effet négatif, exclusif de la compétence des tribunaux étatiques” (MAYER, Pierre. *Litispendance, connexité et chose jugée*. In: BREDIN, J. D.; LALIVE, P.; POUDRET, J. F.; TERRÉ, F. (Coords.). *Liber Amicorum Claude Raymond: Autour de l’arbitrage*. Paris: Litec, 2004. p. 185-203, esp. p. 191.)

negócio jurídico, restaria prejudicado o exercício da jurisdição pelo árbitro. Para tanto, reconhece-se um efeito específico conhecido como *competência-competência*, segundo o qual reconhece-se à jurisdição arbitral também para tomada de decisões voltadas à confirmação da regularidade e extensão da convenção arbitral (item 2.2).

Ainda assim, os efeitos da convenção arbitral, tal como reconhecidos nos sistemas jurídicos, mostram-se suficientes para proporcionar a delimitação das jurisdições arbitrais. Com efeito, não se confere uma prioridade absoluta ao árbitro na análise de sua jurisdição, deixando-se de observar o efeito negativo da competência-competência, com base no tipo de vício alegado ou na profundidade da análise exigida para sua constatação (item 2.3). Instaura-se nesse caso um campo em que os tribunais estatais exercem jurisdição concorrentemente ao árbitro.

São esses os pontos para os quais se volta o presente capítulo.

## **2.1 Efeito positivo e efeito negativo da convenção arbitral**

A convenção arbitral consiste em negócio jurídico pelo qual as partes de uma disputa potencial (cláusula compromissória) ou atual (compromisso arbitral) escolhem a arbitragem como método de composição, em substituição à jurisdição estatal, uma vez que essa estaria à disposição das partes caso não pactuado diferentemente. Por força dessa *transferência* da jurisdição, identificam-se na convenção arbitral um efeito positivo e um efeito negativo, que consistem, na realidade, em uma série de efeitos agrupados segundo sua conotação positiva ou negativa<sup>116</sup>.

O efeito *positivo* corresponde às obrigações positivas atribuídas pela convenção às partes e ao juiz. De um lado, a convenção obriga as partes a levarem a disputa à jurisdição arbitral. Isso significa que, na pendência da convenção de arbitragem, a parte que deseje tomar a iniciativa de resolver uma determinada controvérsia, que se insere no escopo da convenção, deve instaurar a arbitragem caso queira resolvê-la. Por sua vez, a parte contra

---

<sup>116</sup> Nesse sentido, o trecho de decisão do Tribunal Federal Suíço de 2 de outubro de 1931: “*l’effet principal d’un compromis n’est pas d’exclure la juridiction des tribunaux de l’État, mais de transférer le droit de juges à un tribunal arbitral: cet effet positif du contrat se produit juridiquement dans l’État où se trouve le siège juridique du tribunal arbitral conformément au contrat*” (HOUTTE, Hans van. *Parallel Proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals – is there a transnational lis alibi pendens – exception in arbitration or jurisdiction conventions?* In: KARRER, Pierre (Ed.). *Arbitral Tribunals or State Courts who must defer to whom?* ASA Special Series, n. 15, p. 35-54, esp. p. 41, jan. 2001.)

quem se instaurou está obrigada a se submeter a essa jurisdição<sup>117</sup>. Trata-se de decorrência da força obrigatória dos contratos, o *pacta sunt servanda*<sup>118</sup>, que se mantém na pendência da arbitragem, como consectário da boa-fé processual<sup>119</sup>. De outro lado, o pacto arbitral atribui ao *potencial* árbitro a jurisdição, ou seja, o poder-dever de proferir uma decisão que solucione a controvérsia<sup>120</sup>.

Os ordenamentos jurídicos reconhecem o efeito positivo quando instituem mecanismos para execução específica da convenção arbitral, quando seu conteúdo se mostre insuficiente para a instauração da arbitragem<sup>121</sup>. Igualmente o fazem, ainda, quando admitem a compensação por descumprimento da obrigação de levar a disputa à arbitragem e de submeter-se a esse método, por quaisquer das partes da convenção<sup>122</sup>.

Por sua vez, o efeito *negativo* corresponde às obrigações negativas dirigidas ao juiz de não receber e não julgar a demanda cujo objeto esteja inserido na convenção. Dessa forma, obriga-se o juiz dessa demanda a remeter as partes à arbitragem, declinando de sua jurisdição, como reconhecido pela Convenção de Nova Iorque<sup>123</sup> e por grande parte dos

---

<sup>117</sup> MONTEIRO, André Luis Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 44.

<sup>118</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 383; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 257-1 258; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 158.

<sup>119</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 257-1 258; MONTEIRO, André Luis Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 44.

<sup>120</sup> “Submitting a dispute to arbitration basically means submitting a dispute to someone, *asking him or her to resolve it*. If accepted by the arbitrator, such request somehow turns into a mandate. [...] the source of the arbitrators’ decision-making authority is not other than party autonomy (along with the law which authorizes submitting the dispute to arbitration). This authority entails both duties and powers, *with the only underlying purpose of fulfilling the main objective (i.e. resolving the dispute)*” (ARROYO, Diego P. Fernández. Arbitrator’s procedural powers: the last frontier of party autonomy? In: FERRARI, Franco (Ed.). *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*. Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. Huntington: JurisNet, 2016. p. 206.)

<sup>121</sup> Art. 7º da Lei de Arbitragem brasileira.

<sup>122</sup> Segundo Monteiro: “Trata-se de uma solução *ineficiente*, pois ao final não permite o uso da opção arbitral e ainda coloca as partes diante do *complexo problema de liquidar perdas e danos* decorrentes do descumprimento da convenção de arbitragem” (MONTEIRO, André Luis Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 46.)

<sup>123</sup> “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,

ordenamentos jurídicos<sup>124</sup>, como é o caso das legislações francesa e brasileira<sup>125</sup>. O efeito se aplica independentemente de estar pendente ou não a arbitragem, passando a fluir desde quando firmada a convenção arbitral<sup>126</sup>.

O efeito negativo é consectário do efeito positivo. É uma consequência da atribuição da jurisdição ao árbitro, de maneira exclusiva. Tanto por isso que, caso levada a disputa ao Judiciário e não alegada a convenção pelo réu, entende-se que houve renúncia (item 2.1.1, *infra*). Como consequência também do efeito negativo exclui-se a possibilidade de recurso ou homologação pelo juiz que implique revisão do mérito da decisão arbitral, ressalvada a possibilidade de anulação da sentença com base em hipóteses específicas relacionadas a questões formais e atinentes à legitimidade do exercício da jurisdição arbitral<sup>127</sup>.

Os efeitos positivo e negativo da convenção arbitral reafirmam os aspectos contratual e jurisdicional, abordados anteriormente (item 1.1, *supra*). Porque reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, dispensa-se a jurisdição estatal<sup>128</sup>, sem perder de vista, contudo, os limites subjetivos (partes) e objetivos (potenciais ou atuais controvérsias) englobados na convenção.

Assim, uma vez reconhecidos à convenção arbitral o efeito positivo de obrigar as partes a levar a disputa ao árbitro e o efeito negativo de retirar do Judiciário a jurisdição para tanto, independentemente de ter sido instaurada ou não a arbitragem, não se concebe a litispendência.

---

encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável” (Artigo II, § 3º da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.)

<sup>124</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 270-1 277.

<sup>125</sup> Arts. 337, inc. X e 485, inc. VII, do Código de Processo Civil brasileiro e art. 1.448 do *Code de Procedure Civile* francês. Vide itens 4.2.1.1 e 4.2.1.2, *infra*.

<sup>126</sup> “Basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.)

<sup>127</sup> Nesse sentido, o art. 18 da Lei de Arbitragem brasileira: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

<sup>128</sup> “A impermeabilidade ou *exclusividade jurisdicional* decorre justamente do fato de as duas instâncias *ostentarem natureza jurisdicional*, mas estarem atreladas a sistemas distintos, sendo uma vinculada ao sistema nacional e a outra ao transnacional da *lex mercatoria*” (VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 81.)

### 2.1.1 Ônus da alegação da convenção arbitral, sob pena de renúncia

A coordenação entre o exercício das jurisdições arbitral e estatal é influenciada também pelo modo como se operacionaliza o efeito negativo da convenção arbitral. Essa operacionalização resume-se em grande parte, de um lado, a um *ônus* atribuído à parte contra quem se propõe processo judicial de alegar a convenção e, de outro, à consequência do descumprimento desse ônus, qual seja a *renúncia* ao negócio jurídico arbitral.

A alegação de convenção arbitral constitui ônus<sup>129</sup> atribuído ao réu<sup>130</sup>. Esse ônus decorre da própria natureza do negócio jurídico arbitral que, originado na vontade das partes, pode também ser terminado a qualquer momento caso haja consenso mútuo dos contratantes, expressa ou tacitamente, em abandonar a intenção de resolver pela arbitragem a disputa abrangida pela convenção arbitral<sup>131</sup>. Admitir-se o contrário seria impedir o distrato da convenção. Assim, quando um conflito abrangido por convenção arbitral é levado ao Judiciário, opera-se a renúncia à via arbitral por parte do autor daquela demanda judicial. Diante disso, restará ao réu a faculdade de se opor à eleição do juízo estatal, demonstrando a inserção daquela disputa no escopo de uma convenção de arbitragem. Caso assim não o faça, a renúncia exercida por ambas as partes desfaz o negócio jurídico arbitral<sup>132</sup>.

Nesse ponto, é necessário ressaltar que, justamente por força desse caráter negocial da convenção e do consequente ônus atribuído ao demandado de alegar a convenção perante o juiz, coloca-se como inviável o seu reconhecimento *ex officio*<sup>133</sup>, configurando-se,

---

<sup>129</sup> “‘ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse’, ou um ‘imperativo do próprio interesse’ (Goldschmidt)” (CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 307.)

<sup>130</sup> Cabe ressaltar que se considera demandado também o autor de demanda caso haja reconvenção que abranja disputa inserida no escopo de convenção arbitral.

<sup>131</sup> “a convenção de arbitragem (art. 267, inc. VII) deixa de ser pressuposto (negativo) do julgamento de mérito *sempre que ambas as partes renunciem a ela*, o que é de absoluta compatibilidade com o instituto e *associa-se à autonomia da vontade*: a mesma liberdade negocial que está à base da legitimidade da convenção de arbitragem legitima também a renúncia a ela. Essa renúncia pode ser explícita ou *decorrer da propositura da demanda em juízo por uma das partes e aceitação pela outra*, sem invocar a convenção de arbitragem” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3. p. 191.)

<sup>132</sup> “a omissão do réu em ventilar tal questão na contestação importa em *aceitação do juízo estatal* (§ 6º do art. 335). A omissão do réu *aperfeiçoa o distrato do compromisso arbitral*. É um *distrato tácito*: o autor manifesta sua vontade de tratar a convenção de arbitragem ao propor ação perante o juízo estatal, sendo que a inércia do réu, configurada pela não arguição da convenção de arbitragem em contestação, é manifestação de vontade adicional que concretiza o negócio (art. 190)” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentário ao artigo 485. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 538)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 413.)

<sup>133</sup> “Given that an arbitration is based, by definition, on the parties’ agreement to have their disputes resolved by that means, it is always possible for the parties to agree to waive their obligation to

portanto, como exceção processual em sentido estrito<sup>134</sup>. Com efeito, a escolha do método arbitral para resolução de uma determinada disputa é realizada segundo os interesses privados dos litigantes, desde que dentro dos limites da ordem pública. Essa mesma liberdade que permite a eleição do método arbitral, antes ou após o surgimento da disputa, autoriza que, ainda que assinada convenção arbitral, as partes recorram ao Judiciário para solução de disputa abrangida naquela convenção segundo suas próprias conveniências, desde que de comum acordo<sup>135</sup>. Por isso, carece ao Estado-juiz interferir nessa escolha, o que além de contrariar a autonomia das partes, acarretaria verdadeiro óbice do acesso à justiça.

A propósito, na vigência do anterior Código de Processo Civil de 1973, discutia-se sobre a possibilidade de reconhecimento *ex officio* da cláusula compromissória, como interpretação *a contrario sensu* do dispositivo legal que excepcionava apenas o compromisso arbitral das preliminares que podem ser conhecidas pelo juiz independentemente de alegação das partes (art. 301, § 4º)<sup>136</sup>. Hoje, a atual legislação é clara ao excluir do reconhecimento *ex officio* o gênero “convenção arbitral”, abrangendo, portanto, compromisso arbitral e cláusula compromissória (art. 337, §§ 5º e 6º)<sup>137</sup>. A regra é seguida em outras legislações nacionais, como a francesa<sup>138</sup> e a suíça<sup>139</sup>, assim como em

---

submit disputes to arbitration and to go before the courts instead. Such a waiver may be either express or implied. *For that reason, it is not for the court hearing a dispute covered by an arbitration agreement to declare ex officio that it has no jurisdiction*” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 405.)

<sup>134</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 326.

<sup>135</sup> Não se desconhece que podem haver casos de arbitragem obrigatória, da qual não se trata, no entanto, no presente trabalho.

<sup>136</sup> Analisando também a legislação processual anterior: MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 271 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 8. p. 60. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil.

<sup>137</sup> “§ 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral” (Código de Processo Civil de 2015)

<sup>138</sup> “[...] La juridiction de l’État *ne peut relever d’office* son incompetence” (Code de Procédure Civile français, artigo 1.448)

<sup>139</sup> “If the parties have concluded an arbitration agreement with respect to an arbitrable dispute, the Swiss court before which the action is brought shall decline its jurisdiction unless: a. The defendant proceeded to the merits without contesting jurisdiction” (Artigo 7º do Switzerland’s Federal Code on Private International Law (CPIL), de 18 de dezembro de 1987. Disponível em: 54

normas de alcance internacional, como a Convenção de Nova Iorque<sup>140</sup> e a Lei Modelo da UNCITRAL<sup>141</sup>.

Em sistemas de *common law*, as regras de preclusão decorrem em geral da prática dos tribunais (*case law*)<sup>142</sup>. As cortes norte-americanas, por exemplo, limitam a faculdade de alegar a convenção arbitral contra o prosseguimento de processo em curso até a tomada de uma atitude inconsistente com a eleição da via arbitral, conferindo ainda especial relevância ao prejuízo acarretado por força dessa inconsistência<sup>143</sup>. O sistema inglês, por sua vez, prevê expressamente a faculdade de pedir a suspensão do processo judicial por meio de alegação de convenção arbitral (seção 9, ‘1’)<sup>144 145</sup>, o que deverá ser feito até a parte interessada “dar

---

[https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\)pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.)pdf). Acesso em 28 set. 2018.)

<sup>140</sup> “O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, *a pedido de uma delas*, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável” (Artigo II, § 3º da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.)

<sup>141</sup> “O juízo perante o qual é proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem remeterá as partes para arbitragem *se uma das partes assim o solicitar*, até ao momento de apresentar as suas primeiras alegações relativas ao mérito da disputa, a menos que constate que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz” (Artigo 8 (1) da Lei Modelo da UNCITRAL.

Disponível

em:

[http://www.cbar.org.br/leis\\_intern\\_arquivos/Lei\\_Modelo\\_Uncitral\\_traduzida\\_e\\_revisada\\_versao\\_final.pdf](http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf). Acesso em: 27 set. 2018.)

<sup>142</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 3 733.

<sup>143</sup> BLACKABY, Nigel; HUNTER, J. Martin *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015. p. 140-141. No mesmo sentido, Luiz Olavo Baptista: “Courts (*especially the American ones*) tend ‘to consider that the prejudice to the adverse party is the key to identify whether a right to arbitrate has been waived’”, citando o caso *Windward Agency, Inc. v. Cologne Life Reinsurance Co., 1997* (Chapter 5. Parallel Arbitrations – Waivers and Estoppel. In: LEW, Julian D. M.; CREMADES, Bernardo M. Román (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. p. 127-151, esp. p. 131. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).).

<sup>144</sup> “(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought [...] in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration *may* (upon notice to the other parties to the proceedings) *apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter*” (English Arbitration Act 1996. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Acesso em: 28 set. 2018.)

<sup>145</sup> “A stay will be granted only if a party makes an application. Even if a valid arbitration agreement exists, a party may prefer to have the dispute determined by the courts and will waive its right to insist on arbitration. *The court cannot grant a stay of its own motion*” (SHEPPARD, Audley. English Arbitration Act (Chapter 23). In: MISTELIS, Loukas A. (Ed.). *Concise international arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2015. esp. p. 994.)

o passo processual adequado no procedimento judicial (se houver)” ou após “dar um passo nesse procedimento ao apresentar resposta de mérito à demanda” (trad. livre, seção 9, ‘3’)<sup>146</sup>.

Considerando-se esse ônus de alegar a convenção arbitral e a impossibilidade de seu reconhecimento *ex officio*, o seu descumprimento gera duas principais consequências, uma de repercussão endoprocessual e outra, de caráter extraprocessual<sup>147</sup>. A primeira corresponde à preclusão, conforme identificada no direito brasileiro, que impede ao réu, passado o momento processual adequado, de ter apreciada a convenção arbitral como hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito, levando ao prosseguimento do processo<sup>148</sup>. A segunda consiste na já mencionada renúncia bilateralmente manifestada por ambas as partes da convenção arbitral, que se constitui como fenômeno de ordem material que não se limita ao âmbito daquele processo, alcançando inclusive arbitragem eventualmente pendente originada daquela convenção<sup>149</sup>. Essa renúncia à convenção arbitral, é importante destacar, torna-a ineficaz<sup>150</sup>.

Hipótese diversa é aquela em que, após iniciada a arbitragem, a parte deixa de alegar a convenção arbitral, caso em que, como se verá no item 4.2.1.2, *infra*, não se configura a renúncia tácita.

Por oportuno, importa fazer novamente um paralelo entre o instituto do *estoppel* proveniente do *common law* e os efeitos da renúncia e da preclusão aqui comentados. O *estoppel* consiste em impedimento à reutilização de alegações de fato ou de direito já decididas anteriormente, que passa a valer após um julgamento final de mérito, (*issue of*

---

<sup>146</sup> “(3) An application may not be made by a person *before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings* against him or after he has taken any step in those proceedings to answer the substantive claim” (English Arbitration Act 1996. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Acesso em: 28 set. 2018.)

<sup>147</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 324-325.

<sup>148</sup> “O juiz não poderá conhecer dessa matéria de ofício, devendo aguardar provocação do réu. Não alegada a convenção de arbitragem como preliminar de contestação, *ocorre a preclusão*: o processo não será extinto e a demanda será julgada pelo juízo estatal” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1 009.)

<sup>149</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 325.

<sup>150</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 349.



*stoppel* or *colateral estoppel*)<sup>151</sup>. Trata-se de instituto absolutamente distinto da preclusão do *civil law*, a qual incide na pendência do processo e que tem por escopo fazer com que o processo prossiga<sup>152</sup>. Contudo, o *estoppel* é aplicado também como princípio de direito processual internacional como uma vedação geral ao comportamento contraditório<sup>153</sup>, acepção segundo a qual equipara-se à renúncia tácita. Sob esse viés, os institutos partem de uma mesma lógica, extraída a partir das máximas romanas “*non venire contra factum proprium*” e “*electa una via non datur regressus ad alteram*”, que correspondem, respectivamente, à vedação a que qualquer pessoa possa se beneficiar de sua própria torpeza e à vedação a utilizar-se de mais de uma via para chegar a um mesmo fim<sup>154</sup>.

A partir da compreensão sobre como se operacionaliza a convenção arbitral, cabe verificar como que isso se relaciona com a hipótese de litispendência. O ônus de alegar a convenção arbitral e a respectiva renúncia decorrente do descumprimento desse ônus impedem a concomitância de processo judicial e arbitragem voltados para o mesmo fim. Com efeito, sempre que proposto processo, pendente ou não arbitragem, cabe à parte demandada definir se concordará com o prosseguimento da via judicial, caso em que não poderá ser iniciada arbitragem ou continuada arbitragem pendente; ou se discordará, caso em que o processo não prosseguirá, podendo iniciar-se arbitragem ou prosseguir arbitragem pendente. A referência aqui, no entanto, não é o procedimento que foi proposto em primeiro lugar, mas sim a própria existência da convenção arbitral e da jurisdição arbitral em si que, no primeiro caso, foi renunciada e por isso deixou de existir e, no segundo caso, foi ratificada e por isso continuou a existir.

---

<sup>151</sup> Distingue-se da *claim* ou *cause of action*, que impede propositura de novas demandas que decorram de um mesmo conjunto fático ou de uma mesma transação (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 3 735.).

<sup>152</sup> “O instituto da preclusão liga-se ao *princípio do impulso processual*. Objetivamente entendida, a *preclusão consiste em um fato impeditivo* destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a *preclusão representa a perda de uma faculdade* ou de um poder ou direito processual” (CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 390.)

<sup>153</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. Chapter 5. Parallel Arbitrations – Waivers and Estoppel. In: LEW, Julian D. M.; CREMADES, Bernardo M. Román (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. p. 134. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

<sup>154</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. Chapter 5. Parallel Arbitrations – Waivers and Estoppel. In: LEW, Julian D. M.; CREMADES, Bernardo M. Román (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. p. 137-138. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

Diversa é a situação, entretanto, em que, uma vez alegada a convenção arbitral em juízo, surge questionamento quanto à sua existência, validade ou eficácia. Nesse caso, compete ao tribunal arbitral resolvê-lo, conforme autoriza o princípio da competência-competência, ao mesmo tempo em que se autoriza ao tribunal estatal decidi-lo, em razão de determinadas características do vício alegado. Nessa hipótese, as jurisdições não se excluem, ocorrendo a sobreposição de jurisdições e a relação de litispendência.

## **2.2 A competência-competência: prioridade do árbitro na análise preliminar de sua jurisdição**

### **2.2.1 Origem e terminologia**

Como extensão do efeito positivo, a convenção de arbitragem confere ao árbitro jurisdição também para proceder a essa confirmação da base de seu poder jurisdicional. Trata-se do efeito da competência-competência.

O termo competência-competência, também conhecido por sua denominação originária alemã *Kompetenz-Kompetenz*, surgiu como preceito voltado a reservar aos juízes o poder de se pronunciarem sobre sua própria competência, afastando eventual controle de autoridades outras, em especial do Poder Administrativo, sobre o exercício do Poder Jurisdicional<sup>155</sup>. Como explica Boucaron-Nardetto, a competência-competência é a prerrogativa assumida tanto por autoridades políticas (Estado ou organização internacional) como por autoridades jurisdicionais (públicas ou privadas) que lhes permite determinar a esfera de sua própria atuação<sup>156</sup>. Como resultado da adoção dessa máxima no direito processual civil, por exemplo, há previsão legal que autoriza ao próprio juiz que recebe a causa a ser o primeiro a confirmar sua competência, quando questionada ou mesmo de ofício

---

<sup>155</sup> “La *Kompetenz-Kompetenz* allemande a en effet été initialement créée pour permettre aux juges de statuer sur leur compétence sans qu’une autorité extérieure, et notamment administrative, ne puisse contrôler, gage de l’indépendance du pouvoir judiciaire. Elle est donc considérée comme définitive” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2012. p. 11.)

<sup>156</sup> “La *Kompetenz-Kompetenz* désigne la faculté pour une autorité – politique (État, organisation internationale) ou juridictionnelle (juge étatique ou juge privé) – de délimiter par elle-même sa sphère d’activité, son champ d’intervention, bref son domaine de compétences” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2012. p. 11.)

quando se tratar de competência absoluta<sup>157</sup> (art. 64, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil<sup>158</sup>).

Correlatamente a essa função originária de garantir a independência dos juízes em face de potenciais ingerências de membros do Executivo, a competência-competência é adotada na arbitragem como meio de assegurar sua autonomia. Caso não fosse garantida aos árbitros a prerrogativa de solucionar questões preliminares relativas à base de sua jurisdição e de seus limites, a sua função principal, que é julgar o mérito da disputa, estaria sujeita à irrestrita interferência do Poder Judiciário<sup>159</sup>. Restaria aberta a possibilidade para a parte recalcitrante de recorrer à jurisdição estatal, com o intuito de frustrar ou procrastinar a resolução da disputa pela arbitragem, a pretexto de considerar a convenção inválida.

Em razão de sua manifesta importância, a competência-competência é majoritariamente reconhecida como um *princípio* da arbitragem<sup>160</sup>. Serve como base do sistema arbitral cujo conteúdo irradia para toda a normativa aplicável<sup>161</sup>. Considerando a imunização que a competência-competência propicia à arbitragem contra eventuais interferências externas, há quem compare-a com o direito constitucional de ação. Enquanto

---

<sup>157</sup> “É sempre ao próprio juiz da causa que compete em primeiro lugar resolver eventuais questões sobre sua competência – seja de ofício ou por provocação da parte, conforme o caso – o que ele fará mediante decisão interlocutória suscetível de agravo ao tribunal a que estiver subordinado. Tal é a competência da competência (*Kompetenz-Kompetenz*), que exclui a competência originária dos tribunais para o controle da competência dos juízes inferiores” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1. p. 456.)

<sup>158</sup> Artigo 64: “§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser *declarada de ofício*”; “§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência”.

<sup>159</sup> “o princípio da competência-competência assume peculiar importância. Ele pode ser considerado como uma *conquista* da *autonomia da arbitragem em relação às ordens jurídicas nacionais* e também um dos pontos mais sensíveis da *relação entre arbitragem e Poder Judiciário*” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61.)

<sup>160</sup> BOUCARON-NARDETO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2013. p. 7-8.

<sup>161</sup> “Na representação que aceita a existência de uma *ordem jurídica arbitral*, é em virtude de um *mecanismo próprio* a essa ordem jurídica – e não por empréstimo à ideia de litispendência, destinada a desempatar entre jurisdições que tenham igual vocação a resolver uma disputa –, que o conflito entre uma jurisdição arbitral e uma estatal deve ser resolvido. Esse mecanismo reside no *princípio da competência-competência*” (GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 78.). No mesmo sentido: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 85.

esse viabiliza o acesso ao Judiciário, a competência-competência proporciona o acesso à jurisdição arbitral<sup>162</sup>.

Há quem defenda, contudo, que em um sentido estritamente técnico, a competência-competência consiste em verdadeira regra de atribuição de competência. Possui conteúdo específico – atribuir poder ao árbitro de julgar questões jurisdicionais – e se aplica uma vez configurada uma determinada situação fática, não exigindo, como os princípios, uma ponderação entre valores<sup>163</sup>.

Não obstante consista em norma de alocação de competência, do que se supõe um comando mais determinado do que aquele que emana de um princípio, prevalece quanto à competência-competência imprecisão em torno da sua aplicação e respectivas consequências (item 2.3, *infra*). Se por um lado a competência-competência *deveria* funcionar como uma regra, por outro, ela se configura mais como uma *noção* geral, incorporada como verdadeiro princípio pelos ordenamentos jurídicos, que a reconhecem segundo diferentes modos de aplicação<sup>164</sup>.

A variação no reconhecimento da competência-competência nos sistemas jurídicos nacionais apresenta-se como mais ou menos relevante conforme a representação que se tenha da arbitragem (item 1.2.3, *supra*). Sob o viés *monolocalizador*, a competência-competência será um efeito da convenção arbitral apenas na medida em que os ordenamentos jurídicos assim reconheçam<sup>165</sup>. Ao revés, sob o viés *deslocalizador*, será a versão universalmente acolhida da competência-competência que prevalece, tornando irrelevantes as particularidades de cada sistema jurídico.

---

<sup>162</sup> “É o princípio competência-competência que *assegura de modo efetivo a resolução do conflito pelo árbitro*, com eventual cooperação, mas sem intromissão, dos juízes togados. Se o direito constitucional de ação garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, *o princípio competência-competência garante aos contratantes que tenham firmado uma convenção de arbitragem o acesso ao juízo arbitral*” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 279, 2006.). “A prolação de uma sentença de mérito, que a favor do autor ou do réu, constitui a culminância da oferta de acesso à justiça àquele entre os litigantes que estiver amparados pelo direito material” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69.)

<sup>163</sup> LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 134.

<sup>164</sup> Nesse sentido e designando a competência-competência como *doctrine* ou *principle*: BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 047-1 048.

<sup>165</sup> “the basis for the competence-competence principle lies not in the arbitration agreement, but in the *arbitration laws of the country where the arbitration is held and, more generally, in the laws of all countries liable to recognize an award made by arbitrators concerning their own jurisdiction*” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 400.)

Além da discussão em torno de sua classificação como princípio ou regra, não deve passar despercebido que a utilização do termo “competência” suscita questionamentos. Enquanto medida<sup>166</sup> ou limite<sup>167</sup> de jurisdição, a competência serve para designar as relações entre órgãos que compõem uma mesma esfera jurisdicional. Entretanto, o árbitro não integra a mesma estrutura jurisdicional dos tribunais estatais. O árbitro é competente na medida em que as partes lhe conferirem poder jurisdicional<sup>168</sup>. Por isso, ao exercer o princípio da competência-competência, o árbitro não afasta a competência de um órgão do Judiciário, mas exclui a jurisdição estatal<sup>169</sup>. Por esse viés, afigura-se tecnicamente mais apropriado referir-se à prioridade ao árbitro para decidir sobre sua *jurisdição*, e não como *competência*.

A mesma discussão inclusive é travada no que diz respeito à adoção do termo “competência internacional” para referir-se aos limites do poder jurisdicional de diferentes Estados, cada qual dotado de sua própria jurisdição una e soberana, sem subordinação – em regra – a uma ordem supraestatal<sup>170</sup>. Considerando-se, entretanto, o conjunto de normas e princípios que regem a comunidade internacional, é possível reconhecerem-se limites de competência à jurisdição de cada Estado<sup>171</sup>.

O mesmo raciocínio pode ser adotado quanto aos limites da jurisdição arbitral em face da estatal, uma vez que sujeitos a um determinado corpo de normas delimitadoras de sua competência. Mostra-se adequado o emprego do termo “competência” para referir-se à

---

<sup>166</sup> “A competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida de jurisdição” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. p. 55.)

<sup>167</sup> “parece fácil distinguir a jurisdição da competência. Aquela é o *poder abstrato* atribuído ao conjunto de órgãos jurisdicionais; esta, a *fixação específica* do poder no órgão. [...] o poder exercitado por cada órgão timbra pela mesma qualidade e quantidade, ou seja, não se distingue nas ‘medidas’, conquanto recaia sobre lides diferentes. Na verdade, a *competência impõe limites ao juiz*, para que ele possa legitimamente exercitar seu poder jurisdicional” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 318.)

<sup>168</sup> “En matière d’arbitrage, comme l’a montré Motulsky, cette distinction perd de son intérêt: l’arbitre incompetent n’est en rien assimilable à un juge incompetent, disait-il, ‘car si *le second reste toujours un juge, l’arbitre lui, ne possède cette qualité que dans la mesure où les parties la lui ont valablement conféré*’” (PELLERIN, Jacques. L’instance au fond devant la Cour d’appel après annulation de la sentence (Article 1485 du nouveau Code de procédure civile). *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage, v. 1993, n. 2, p. 199-228, esp. p. 211-212, 1993.)

<sup>169</sup> “Enquanto *regras de competência* separam as atividades dos juízos estatais, o conflito entre juízes e árbitros se trava no plano pré-processual do *conflito de jurisdição*” (VALENÇA FILHO, Cláudio. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 166.)

<sup>170</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, v. 50, p. 51-71, esp. p. 1 da versão eletrônica, 1998.

<sup>171</sup> MAGALHÃES, José Carlos. Competência internacional do juiz brasileiro e denegação da justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 630, p. 52-55, 1988.

delimitação contida na convenção arbitral, que retira o poder dos tribunais estatais de exercer sua jurisdição, transferindo esse poder ao árbitro<sup>172</sup>. É nesse sentido que o art. 1.448 do Código de Processo Civil francês prevê que “quando uma disputa prevista em uma convenção de arbitragem seja levada perante a jurisdição estatal, essa deve se declarar *incompetente*”<sup>173</sup>.

Isso se confirma ainda mais tendo em vista que o árbitro não detém jurisdição de modo absoluto. Esse poder é restrito aos litígios previstos na convenção arbitral. É nesse sentido que cabe falar-se em competência para designar os limites dentro dos quais o árbitro pode exercer jurisdição em potencial<sup>174</sup>.

Além de a terminologia “competência” estar alinhada à ideia-chave do termo, qual seja, repartição de poder entre entes diversos, cabe lembrar ainda que a arbitragem não está vinculada aos termos oriundos do direito processual<sup>175</sup>. Pode-se também por isso tolerar a arraigada utilização do termo “competência” para se referir à alocação da jurisdição arbitral<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> “Mais il n’est pas difficile, en l’élargissant légèrement, de rendre utilisable la notion de compétence. Il suffit de n’en retenir que l’idée maîtresse, qui est celle de répartition: *la fonction des règles de compétence est de répartir des pouvoirs entre diverses personnes*” (MAYER, Pierre. *L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence*: recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1989. v. 217. p. 330.)

<sup>173</sup> Versão original em francês: “Lorsqu’un litige relevant d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000023450909&idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181002>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>174</sup> “On considérera donc, non que *la compétence de l’arbitre* est limitée aux questions dont il est effectivement, et régulièrement, saisi, mais au contraire *qu’elle s’étend aux questions dont il pourrait, au regard de la convention d’arbitrage, être saisi*” (MAYER, Pierre. *L’autonomie de l’arbitre international dans l’appréciation de sa propre compétence*: recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1989. v. 217. p. 332.). No mesmo sentido: “A convenção de arbitragem cria uma jurisdição e define *competência potencial*. A aceitação do encargo de julgar pelo árbitro (*receptum*) fixa essa competência e permite o exercício da jurisdição” (LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário*: a definição da competência do árbitro. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 97.).

<sup>175</sup> Nesse sentido, e citando também tendência de autores do *common law* de referirem-se ao princípio como *jurisdiction-jurisdiction*, ao passo que os de *civil law* mantêm a referência alemã à *Kompetenz-Kompetenz*, como o *compétence-compétence* do direito francês: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 60.

<sup>176</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 050.

### 2.2.2 Finalidades e efeitos da competência-competência

Como mencionado no item anterior, a competência-competência surgiu de uma necessidade de se garantir autonomia à autoridade a quem se reconhece poder jurisdicional. No caso específico da arbitragem, considera-se em especial que, por ter como base a convenção de arbitragem, a jurisdição arbitral torna-se o método alvo frágil de manobras protelatórias. Por isso, a *finalidade primeira* da competência-competência consiste em garantir que a arbitragem não venha a ser frustrada por meio de mera impugnação à validade ou extensão da convenção arbitral perante as jurisdições estatais<sup>177</sup>.

Essa *primeira* finalidade repousa em dois principais fundamentos, a presunção de validade da convenção arbitral e o *pacta sunt servanda*.

A presunção da validade da convenção decorre de que, uma vez reconhecida como método jurisdicional de resolução de disputas, a arbitragem deve contar com um favorecimento apto a suprir a fragilidade apontada anteriormente, qual seja, a possibilidade de simples questionamento quanto à convenção ser suficiente para frustrar ou no mínimo protelar o exercício da jurisdição arbitral. Nesse sentido, reconhece-se um poder inerente à autoridade arbitral, como consequência da confiança depositada na arbitragem, em razão de sua credibilidade como método pacificador, impedindo que impugnações em cada caso específico abalem sua eficácia<sup>178</sup>.

Por disso, a competência-competência sobrepõe-se inclusive à economia processual que poderia justificar uma análise precipitada da convenção arbitral pelo Judiciário. Há quem ressalte, inclusive, que a competência-competência se justifica pela teoria da

---

<sup>177</sup> Nesse sentido: RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016. § 361, p. 269; BANIFATEMI, Yas; GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators. In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008. p. 260; MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 27; ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15-16.

<sup>178</sup> “apesar das economias suscetíveis de serem realizadas nos Estados que o reconhecem, atualmente o efeito negativo do princípio da competência-competência constitui-se em um dos *principais indicadores da confiança real que os diferentes ordenamentos dispensam à arbitragem*” (GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. Tradução de Clávio de Melo Valença Filho e Gisella Mation. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague, Kluwer, v. VI, n. 24, p. 233, 2009.)

aparência<sup>179</sup> e a probabilidade maior de que a impugnação à convenção arbitral consista em uma manobra protelatória, do que um justo questionamento<sup>180</sup>.

Por sua vez, a força obrigatória dos contratos também consiste em importante sustentação da competência-competência. Uma vez presente o consenso em arbitrar, presume-se que as partes assumiram que eventuais controvérsias quanto à regularidade e aos limites da jurisdição arbitral serão resolvidas primeiramente pelos próprios árbitros<sup>181</sup>. Por esse viés, contudo, parece necessário que haja no mínimo a identificação da existência do consenso em levar a disputa para a arbitragem, ainda que aparente. Em se tratando de um contrato comercial celebrado entre partes em nível de igualdade, é razoável que se presuma a jurisdição arbitral<sup>182</sup>.

À primeira finalidade da competência-competência acrescenta-se uma *segunda principal finalidade*: a centralização do contencioso concernente aos limites e à regularidade do poder jurisdicional dos árbitros. Trata-se de fundamento econômico e de eficiência. Ao conferir-se prioridade aos árbitros, evita-se que a palavra do juiz seja proferida desnecessária e inocuamente, uma vez que ao árbitro caberá de todo modo pronunciar-se sobre sua competência, ausente uma necessária sujeição da autoridade arbitral à judicial<sup>183</sup>. Embora inevitável o controle da atividade arbitral, na medida em que careça ao árbitro força constrictiva, afigura-se mais eficiente concentrar a revisão após prolatada a sentença

---

<sup>179</sup> “Si une convention d’arbitrage est invoquée par l’un des plaideurs (au titre d’une exception d’incompétence devant le juge étatique siasi du fond), il est *vraisemblable que cette convention sera efficace*. L’invocation d’une convention d’arbitrage crée donc une apparence de compétence arbitrale” (RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l’arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016. p. 270.)

<sup>180</sup> “*mais fácil sabotar uma arbitragem* – sustentando razões de ordem puramente formal, com a de que os árbitros cuja competência não tenha sido estabelecida não têm autoridade para decidir nada, incluindo sua própria competência – do que contestar a jurisdição estatal” (GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79-80.)

<sup>181</sup> “In the French legal system, it is assumed that, *by agreeing to have recourse to arbitration, the parties have taken the risk of having arbitrators define the limits of their jurisdiction*, at least on a preliminary basis” (COLAIUTA, Virginie. The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators. Powers to determine their jurisdiction. *In*: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Kluwer Law International, 2007. v. 13. p. 154-166, esp. p. 160. ICCA Congress Series.)

<sup>182</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 30.

<sup>183</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2012. p. 138, §152 e ss.



arbitral<sup>184</sup>, inclusive porque é a partir dessa sentença que as partes mais provavelmente necessitarão recorrer aos tribunais estatais para cumprimento da condenação.

Atrelados a essas duas finalidades e àqueles dois efeitos principais da convenção arbitral (item 2.1, *supra*), identificam-se também duas ordens de efeitos à competência-competência, um efeito positivo e outro negativo.

Positivamente, a competência-competência *atribui* ao árbitro o poder de confirmar sua jurisdição, preservando a legitimidade da arbitragem ainda que questionada a origem do poder dos árbitros, qual seja a convenção arbitral<sup>185</sup>. Impede, ainda, que a eleição do método arbitral seja frustrada ou procrastinada por simples impugnação preliminar de ordem jurisdicional perante os tribunais estatais. Assim, passa-se a incumbir ao árbitro não apenas o poder de resolver o mérito da disputa, mas também de decidir eventuais impugnações a *quem*, ao *que* e com *que poderes*, segundo a convenção arbitral, se julgará uma determinada disputa submetida à arbitragem<sup>186</sup>. Nisso se inclui, inclusive, a análise da existência, validade e eficácia da convenção arbitral (item 2.3, *infra*).

Como contraponto dessa atribuição positiva aos árbitros, a competência-competência impõe, *negativamente*, que os juízes se abstenham de decidir sobre aqueles mesmos questionamentos quanto à jurisdição do árbitro e seus limites. Considera-se, nesse aspecto, a eficiência da competência-competência como meio de distribuição do poder jurisdicional, ainda que de origens distintas e exercido em esferas distintas. Essa função negativa reafirma

---

<sup>184</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 31.

<sup>185</sup> “Le principe de compétence-compétence est celui qui permet à l’arbitre de statuer sur sa propre compétence sans que l’on puisse lui opposer l’argument, souvent dilatoire, selon lequel il y aurait une impossibilité logique, pour un organe dont l’existence même n’est pas établie, de se prononcer sur la question” (GAILLARD, Emmanuel. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence. In: AKSEN, Gerald. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publication 693, ICC Publishing, 2005. p. 311.)

<sup>186</sup> “Often expressed as *Kompetenz-Kompetenz* (literally “jurisdiction on jurisdiction”), the precept has been applied to questions such as *who* must arbitrate, *what* must be arbitrated, and *which powers* arbitrators may exercise” (PARK, William W. The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction. ICCA Congress Series, n. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics? The Hague: Kluwer, 2007. p. 4 da versão eletrônica. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3019225>. Acesso em: 05 maio 2018.). No mesmo sentido: “o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* (competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de 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” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.).

a atribuição positiva, uma vez que evitar que a prioridade do árbitro seja frustrada pelo pronunciamento anterior ou concomitante da autoridade estatal sobre a convenção arbitral<sup>187</sup>.

Note-se que ainda que o questionamento quanto à existência, validade ou eficácia da convenção arbitral envolva questões de ordem pública material, isso, por si só, não autoriza o juiz desconsiderar a prioridade do árbitro na confirmação de sua jurisdição<sup>188</sup>. Ao árbitro também cabe aplicar a ordem pública material<sup>189</sup> e, além disso, o controle da ordem pública será realizado após a prolação da sentença arbitral em sede anulatória ou executiva.

Esses efeitos são reconhecidos nos diferentes sistemas jurídicos nacionais na medida de sua adesão aos fundamentos anteriormente elencados (item 2.2.4). É controvertido, contudo, se a competência-competência efetivamente depende desse reconhecimento pelos Estados, pois o árbitro deteria esse poder de maneira inerente à sua jurisdição, que impede quaisquer ingerências diretas dos direitos positivos<sup>190</sup>, o que é corroborado conforme se estabeleça uma tendência universal de reconhecer esse poder ao árbitro<sup>191</sup>.

De um modo ou de outro, seja ela decorrente do reconhecimento estatal, seja ela concebida como poder inerente da jurisdição, a competência-competência consiste em uma

---

<sup>187</sup> “a constitucionalidade do princípio *Kompetenz-Kompetenz* emana exatamente da faculdade das partes de elegerem um juízo privado para solução de seus conflitos e de se submeterem às consequências de tal escolha: a exclusão da intervenção de outro juízo, salvo em casos taxativos previstos na lei e que não implicam, em nenhuma hipótese, deslocamento de competência para apreciação do mérito do litígio” (COELHO PITOMBO, Eleonora; ANCEL, Bertrand. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 333); BANIFATEMI, Yas; GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators. In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008. p. 259.

<sup>188</sup> BRANCHER, Paulo M. R. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 53, p. 315-332, abr.-jun. 2017.

<sup>189</sup> “é dos próprios árbitros a tarefa inicial e precípua de controlar a incidência e aplicação de leis de ordem pública na arbitragem, como forma de assegurar a plena eficácia da sua decisão e prevenir ataques, seja em arbitragem nacional, seja em internacional” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 45.)

<sup>190</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2012. p. 376.

<sup>191</sup> “The competence-competence doctrine has been affirmed by international tribunals regardless of the applicable law of the arbitral seat (or otherwise). The universality of tribunals’ conclusions regarding competence-competence lends support to the doctrine’s status as a general principle of international law and an inherent power (absent contrary agreement) of an arbitral tribunal” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 069.)

ficção jurídica<sup>192</sup>, que serve para contornar uma arguível impossibilidade lógica em se atribuir ao árbitro o poder de confirmar a própria jurisdição<sup>193</sup>.

Se por um lado o efeito positivo é amplamente reconhecido em diversos sistemas jurídicos legais, como o brasileiro e o francês, por outro, há grandes variações no que diz respeito à previsão do efeito negativo (item 2.2.4, *infra*)<sup>194</sup>. É justamente isso que leva à concorrência de jurisdições: uma vez reconhecido o efeito positivo, o árbitro poderá julgar sua competência, ao passo que, uma vez reconhecido o efeito negativo, o árbitro poderá julgar sua competência com *prioridade*, em relação ao juiz. Ou seja, caso não estabelecido o efeito negativo da competência-competência, mas apenas o positivo, a consequência direta é que o árbitro procederá à determinação de sua jurisdição e o juiz também o fará, com risco de decisões conflitantes. É o que se verá com mais detalhes no item 2.3, *infra*.

### **2.2.3 Distinção entre competência-competência, os efeitos principais da convenção arbitral e o princípio da separabilidade**

Antes de passar à abordagem da origem da concorrência entre as jurisdições estatal e arbitral, cumpre fazer algumas distinções de modo a consolidar a compreensão dos diferentes efeitos reconhecidos à convenção arbitral.

Apesar de unidos por sua origem comum, que é a convenção arbitral, os efeitos principais positivo e negativo do pacto arbitral (item 2.1, *supra*) distinguem-se dos efeitos da competência-competência (a), os quais também não se confundem com os efeitos do princípio da autonomia ou separabilidade da convenção arbitral (b).

---

<sup>192</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 333, nº 14-16.

<sup>193</sup> “international arbitration law has conceived the principle of competence-competence which empowers an arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction without any illogicality arising from the fact that it is not a permanent body and that the determination of its jurisdiction is founded on the parties’ agreement” (BANIFATEMI, Yas; GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators. In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008. p. 259.)

<sup>194</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 39; GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. Tradução de Clávio de Melo Valença Filho e Gisella Mation. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague, Kluwer, v. VI, n. 24, p. 222, 2009.

No que diz respeito aos *efeitos principais* da convenção arbitral (a), a diferença essencial está em que esses referem-se ao mérito da disputa, enquanto que a competência-competência diz respeito ao exercício da jurisdição arbitral quando questionada a regularidade ou os limites da convenção arbitral. Assim, se *positivamente* a convenção arbitral obriga as partes a resolverem a disputa por meio da arbitragem e atribui ao árbitro o poder-dever de solucionar a controvérsia, a competência-competência impõe que as partes também submetam ao árbitro eventuais questionamentos quanto à base de sua jurisdição, cabendo ao árbitro resolvê-los previamente ao mérito da disputa. Como contrapartida, a convenção atua *negativamente* para excluir da jurisdição estatal a análise do mérito da disputa, ao passo que a competência-competência retira dos juízes também a prerrogativa de decidir impugnações à legitimidade da jurisdição arbitral.

A competência-competência é, portanto, antecedente à fluência dos efeitos principais da convenção arbitral, uma vez que esses dizem respeito à decisão sobre o mérito da disputa e aqueles à preliminar de jurisdição. De todo modo, a competência-competência é efeito da convenção arbitral, configurando-se como extensão do seu fim principal que é a eleição da arbitragem como método de resolução de disputa.

A despeito dessa íntima relação, é possível que, não obstante *reconhecer o efeito principal* da convenção, um determinado ordenamento jurídico *não acolha o efeito da competência-competência* (item 2.2.4, *infra*)<sup>195</sup>, o que permite visualizar bem a distinção entre os efeitos. Nesse caso, o juiz estaria obrigado a declinar do julgamento de uma determinada demanda inserida no escopo de convenção arbitral alegada pela parte, mas não se obrigaria ao mesmo caso questionada a validade, extensão e eficácia dessa convenção, e concluísse pela ausência de base legítima para o exercício da jurisdição arbitral<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> “Nonetheless, there are circumstances – concerning jurisdictional issues – *where national law extends the negative obligations of the arbitration agreement beyond this ambit*. In principle, insofar as a tribunal possesses jurisdiction to decide disputes *regarding its own jurisdiction* (competence-competence), then national courts may be divested of power to decide such disputes (save for their defined roles in reviewing the eventual arbitral award)” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 029.)

<sup>196</sup> “Se por um lado, em geral, sempre que houver uma demanda judicial a respeito de uma relação que está submetida a uma convenção de arbitragem, o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito (art. 267, VII, CPC) diante da alegação do réu, quando necessária (art. 301, IX, CPC), por outro lado, mais especificamente, se essa demanda judicial tem por objeto a própria existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que está inserida a cláusula, também deverá ocorrer a extinção como regra (novamente o art. 267, VII, CPC), mas agora igualmente por força do artigo 8º da Lei 9.307/96” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.)

Outro aspecto que distingue a competência-competência dos efeitos principais da convenção arbitral reside no seu prolongamento após a prolação da sentença arbitral. De fato, o efeito negativo da convenção arbitral estende-se até após a prolação da sentença pelos árbitros, impedindo que o Judiciário reveja o mérito da decisão. Ao seu turno, o efeito negativo da competência-competência encerra-se, em regra, com a prolação da sentença, autorizando-se às cortes estatais rever posteriormente o pronunciamento arbitral. Tomando-se como exemplo a lei brasileira, prevê-se como hipóteses de nulidade da sentença arbitral, se “for nula a convenção de arbitragem”, “emanou de quem não podia ser árbitro” ou “for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem” (art. 32, incs. I, II e IV, respectivamente), todas essas pressupondo a revisão do pronunciamento antecedente do árbitro sobre sua competência.

Uma outra distinção faz-se relevante no que se refere aos efeitos do reconhecimento da *autonomia* ou *separabilidade da convenção arbitral*, em oposição à competência-competência (b). A autonomia da convenção arbitral consiste na presunção de que a convenção arbitral, ainda que contida no bojo de um contrato, constitui-se como instrumento autônomo, cuja regularidade não se confunde com a do contrato principal. Trata-se de presunção reconhecida pelos sistemas jurídicos em favor da arbitragem como meio de assegurar que, ainda que questionada a validade do contrato no qual esteja inserida a convenção, esse questionamento não prejudica o exercício da jurisdição arbitral. Como consequência, referido questionamento deve ser submetido e decidido pelo árbitro.

Assim como a competência-competência, a separabilidade da convenção arbitral configura-se como uma presunção em favor da jurisdição arbitral. No entanto, ambas não se confundem. A separabilidade da convenção arbitral garante o exercício da jurisdição arbitral em caso de impugnação à validade do contrato que a contenha. A competência-competência, por sua vez, permite que, mesmo quando questionada a existência, validade, eficácia e escopo da própria convenção arbitral, o exercício da jurisdição arbitral não seja afetado, atribuindo-se ao árbitro também a decisão quanto a esse aspecto. Assim, enquanto a separabilidade configura-se como uma questão de direito material, a competência-competência consiste em uma questão processual<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> “The separability presumption concerns the *substantive existence and validity of the arbitration agreement*, while the *competence-competence doctrine* concerns a tribunal’s power to consider and decide jurisdictional issues when the existence, validity, or scope of the arbitration agreement is challenged” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 072-1 073.)

#### 2.2.4 A relativização do efeito negativo e os modelos da competência-competência

A efetivação dos efeitos da competência-competência, em suas acepções positiva (enquanto atribuição dos árbitros) e negativa (enquanto vedação aos juízes), varia de acordo com cada um dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais. Considerando as diversas feições que podem ser atribuídas à competência-competência, Park compara o princípio da competência-competência a um *camaleão*, que se transforma conforme seu pano de fundo nacional e institucional<sup>198</sup>.

Apesar de o aspecto positivo ser universalmente acolhido nos diversos sistemas jurídicos legais<sup>199</sup>, o reconhecimento do limite negativo é extremamente variado. Essas variações podem ser resumidas em três principais formas assumidas pela competência-competência. *Primeiro*, pode ela significar uma permissão ao árbitro para decidir sobre sua competência e prosseguir com o procedimento, independentemente de o Judiciário também se autorizar essa mesma análise. *Segundo*, pode ela representar uma efetiva prioridade conferida ao árbitro para confirmação de sua competência, impedindo-se que o juiz também o faça, salvo posteriormente, em sede revisional. *Terceiro*, pode ela atribuir uma exclusividade ao árbitro na confirmação de sua competência, inadmitindo a mesma análise pelo Judiciário, seja em paralelo, seja em momento posterior.

Tratam-se dos três significados da competência-competência identificados por Park em trabalho sobre o tema<sup>200</sup> que equivalem à classificação proposta por Barros, respectivamente, dos modelos da *concorrência de competências*, da *competência prioritária* dos árbitros e da *competência exclusiva* dos árbitros<sup>201</sup>. Com relação ao modelo da competência prioritária, encontra-se ainda subdivisão feita por Alves da competência

---

<sup>198</sup> “As we shall see, this much-vexed principle possesses a *chameleon-like quality* that changes color according to the national and institutional background of its application” (PARK, William W. *The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction*. ICCA Congress Series, n. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics? The Hague: Kluwer, 2007. p. 4 da versão eletrônica. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3019225>. Acesso em: 05 maio 2018.)

<sup>199</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 1 051.

<sup>200</sup> PARK, William W. *The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction*. ICCA Congress Series, n. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics? The Hague: Kluwer, 2007. p. 23-24 da versão eletrônica. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3019225>. Acesso em: 05 maio 2018.

<sup>201</sup> BARROS, Octávio Fragata Martins de. *A oposição judicial à arbitragem: a quem cabe decidir jurisdição*. Orientadora: Carmen Tiburcio. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 114.

*prioritária condicionada e incondicionada*<sup>202</sup>, referindo-se, a primeira, à regulamentação que confere a prioridade sem ressalvas e, a segunda, àquela que admite exceções.

O sistema norte-americano permite vislumbrar bem os dois opostos de reconhecimento do efeito negativo da competência-competência. Admite-se, nas cortes norte-americanas, uma competência-competência concorrente entre árbitros e juízes, mas reconhece-se igualmente a competência-competência exclusiva do árbitro em determinados casos, excluindo inclusive a possibilidade de sua posterior revisão<sup>203</sup>. Ou seja, de um lado, uma vez questionada a validade da convenção arbitral ou o escopo subjetivo dessa convenção, os tribunais estatais não podem ser impedidos de proceder à análise do pacto arbitral, mesmo na pendência do procedimento arbitral<sup>204</sup>. A postura adere, com isso, a um modelo de competência-competência concorrente, ainda que se procure delimitar casos em que viabilizada a análise concomitante dos tribunais estatais, conferindo a prioridade em outras hipóteses, como, por exemplo, de definição do escopo objetivo da convenção (item 2.3.1, *infra*)<sup>205</sup>.

De outro lado, uma vez que as partes tenham, de maneira clara e expressa<sup>206</sup>, submetido ao árbitro a definição de questão jurisdicional preliminar, reconheceu-se no precedente *First Options of Chicago vs. Kaplan* a competência-competência *exclusiva* do

---

<sup>202</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61-62.

<sup>203</sup> “o sistema norte-americano permite caminhar de um extremo a outro no espectro (da competência concorrente à competência exclusiva dos árbitros), retomando inclusive a antiga *Kompetenz-Kompetenz* do direito alemão, tudo com base em pilar fundamental da arbitragem norte-americana: o total respeito ao caráter contratual da arbitragem e à autonomia das partes” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 67.); DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 217-256, esp. p. 229-230.

<sup>204</sup> Nesse sentido: United States Arbitration Act, Chapter 1, Sections 3 and 4. Disponível em: <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018; Uniform Arbitration Act, article 6. Disponível em: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/arbitration/arbitration\\_final\\_00.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/arbitration/arbitration_final_00.pdf). Acesso em: 18 nov. 2018.

<sup>205</sup> DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 230-231.

<sup>206</sup> “Courts should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is ‘clear and unmistakable’ evidence that they did so” (*First Options of Chicago Inc. v. Kaplan, ET UX. and MK Investment, Inc.* United States Supreme Court, 1995, 514, US. 938. In: VARÁDY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; MEHREN, Arthur T. von. *International Commercial Arbitration*. Transnational Perspective. 5. ed. St. Paul: West/Thomson Reuters, 2006. p. 139.)

árbitro. Isso porque, nesse caso, foi expressamente submetida à arbitragem, segundo a convenção, também a análise da convenção de arbitragem, o pronunciamento arbitral resultante sujeitar-se-á aos mesmos parâmetros de revisão aplicados a qualquer outra matéria sobre as quais as partes tenham expressamente encaminhado à arbitragem, ou seja, matérias de mérito. Isso significa que as cortes estatais tenderão a seguir o posicionamento do árbitro, somente anulando-o em casos excepcionalíssimos<sup>207</sup>.

À parte, no entanto, o exemplo do direito norte-americano, a competência-competência *exclusiva* aos árbitros é raramente aceita pelos sistemas jurídicos legais. Atribuir uma exclusividade absoluta ao árbitro significaria negar o acesso ao Judiciário. Antes de essa postura ser inviabilizada por postura hostil dos juízes perante a arbitragem, a adoção da exclusividade é desaconselhada, pelo contrário, pelo risco de os tribunais estatais adotarem essa deferência de maneira sistemática, como meio de descongestionar o Judiciário, em prejuízo de verdadeiros questionamentos quanto à jurisdição arbitral<sup>208</sup>. Foi justamente essa tendência que levou o direito alemão, inclusive, a negar ao árbitro a exclusividade de decidir sobre sua jurisdição, mesmo quando as partes tenham expressamente convencionado nesse sentido<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> “Did the parties agree to submit the arbitrability question itself to arbitration? If so, then the court’s standard for reviewing the arbitrator’s decision about that matter should not differ from the *standard courts apply when they review any other matter that parties have agreed to arbitrate*. [...] That is to say, the court should give *considerable leeway* to the arbitrator, setting aside his or her decision only in certain *narrow circumstances*” (First Options of Chicago Inc. v. Kaplan. In: VARÁDY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; MEHREN, Arthur T. von. *International Commercial Arbitration. Transnational Perspective*. 5. ed. St. Paul: West/Thomson Reuters, 2006. p. 138.). Reconhecendo como implicitamente submetida ao árbitro a análise da convenção arbitral e da arbitrabilidade da disputa também quando se remete a regras de uma instituição arbitral que assim preveja ou quando se tratar de questão procedimental. Nesse sentido: COLAIUTA, Virginie. The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators. Powers to determine their jurisdiction. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Kluwer Law International, 2007. v. 13. p. 154-166, esp. p. 164. ICCA Congress Series.

<sup>208</sup> “Long gone are the days when judges exhibited *blanket hostility to arbitration*. Today, courts often perceive arbitration as a way to *clear crowded dockets*. Even the best of judges may be tempted to exchange rigorous reasoning for the convenience of a finding that the parties really did want jurisdictional questions addressed by arbitrators” (PARK, William W. The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction. ICCA Congress Series, n. 13, *International Arbitration, 2006 Back to Basics?* The Hague: Kluwer, 2007. p. 30-31 da versão eletrônica. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3019225>. Acesso em: 05 maio 2018.)

<sup>209</sup> William W. The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction. ICCA Congress Series, n. 13, *International Arbitration, 2006 Back to Basics?* The Hague: Kluwer, 2007. p. 31-32 da versão eletrônica. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3019225>. Acesso em: 05 maio 2018; ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63-64. Cabe a ressalva, no entanto, de que em seu sentido originário, a *Kompetenz-Kompetenz* designava a exclusividade detida pelo juiz na decisão sobre sua competência, com exclusão de uma revisão por autoridades outras, sendo que “a regra clássica na Alemanha sempre foi



Em geral, estabelece-se, portanto, uma regra de *prioridade* – e não exclusividade – ao árbitro para confirmação de sua própria competência com base na análise da convenção arbitral, reservando-se ao juiz<sup>210</sup> o poder de *revisão* do pronunciamento do árbitro. Por outro lado, nenhum sistema legal reconhece de forma absoluta a prioridade do árbitro na análise de sua competência (competência-competência prioritária incondicionada)<sup>211</sup>, autorizando certa abertura para uma análise *antecedente* da convenção pelo Judiciário.

O sistema francês é tido como exemplo de mais amplo reconhecimento do efeito negativo da competência-competência<sup>212</sup>. O art. 1.448 do Código de Processo Civil impõe que o tribunal estatal se declare incompetente diante de disputa inserida em uma convenção de arbitragem, o que, no entanto, pode ser excepcionado dentro de duas condições. A *primeira* condição é que “o tribunal arbitral ainda não tenha sido instaurado” e a *segunda* condição é se “a convenção arbitral seja manifestamente nula ou manifestamente *inaplicável*”<sup>213</sup>. Como se percebe, estabelece-se uma condição temporal (item 4.2.1.1, *infra*),

---

de permitir ao árbitro decidir sobre a questão, mas não de maneira definitiva” (LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 143.).

<sup>210</sup> Normalmente, o juiz da sede, conforme se atribua a essa o controle primário da arbitragem (item 1.1.2.2, *supra*).

<sup>211</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 90. “Acceptance of competence-competence by national legal systems is incomplete, insofar as they always allow their courts the power to rule on the jurisdiction of the arbitral tribunal at any moment, be it before or during arbitral proceedings. This is reflected in the vague way which, in most countries, legislative provisions relating thereto refer to the moment at which and the extent to which courts intervene” (DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 234-235.). “Thus, despite the *clear rule of priority* as to substance contained in Article II [of the New York Convention], there is still a procedural question of great practical importance as to *priority in the determination of jurisdiction*. As will be seen in Chapter III, *different arbitral rules and laws have answered that question in different ways*” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 47.).

<sup>212</sup> O efeito positivo era previsto no art. 1.466 do *Code de Procedure Civile*, anterior: “Si, devant l’arbitre, l’une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l’arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture”; e art. 1.465 do atual *Code de Procedure Civile*, em vigor desde maio de 2011: “Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel”. Versões originais em francês, disponíveis em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=7F58B3EC615A86C6EDEF5F96BEC4DC4.tplgfr42s\\_1?idArticle=LEGIARTI000023450814&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181120&categorieLien=id&oldAction=.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=7F58B3EC615A86C6EDEF5F96BEC4DC4.tplgfr42s_1?idArticle=LEGIARTI000023450814&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181120&categorieLien=id&oldAction=.) Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>213</sup> Versão original em francês: “Lorsqu’un litige relevant d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement *inaplicable*” (Disponível em:

que deve ser cumulada com uma condição material, em função do vício da convenção e processual (“nula” ou “inaplicável”) e da profundidade da análise exigida (“manifestamente”).

Por limitar de maneira peremptória a análise da convenção arbitral pelo juiz *uma vez instaurada a arbitragem*, sustenta-se que o sistema jurídico francês adota o modelo da competência-competência *prioritária incondicionada*<sup>214</sup>. Dentro desse limite temporal, a competência-competência não pode ser excepcionada. De todo modo, não há como se negar uma potencial frustração da prioridade do árbitro caso, antes da instituição da arbitragem, o juiz constate a nulidade ou inaplicabilidade manifesta da convenção arbitral, ainda que se entenda que o árbitro não esteja automaticamente vinculado ao pronunciamento judicial existente<sup>215</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao seu turno, limita-se a prever o efeito positivo da competência-competência (art. 8º, par., da Lei de Arbitragem) e o efeito negativo da

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000023450909&idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181002>. Acesso em: 18 nov. 2018.).

<sup>214</sup> “The French system needs to be examined separately as it seems to be the *only one plainly to adopt the priority rule* in the exercise of competence-competence” (DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 238.). “On a comparative plane, French law likely embodies the *broadest recognition* of the negative effect of ‘compétence-compétence’: if the arbitral tribunal has been constituted, the national courts must decline jurisdiction without examining the validity of the arbitration agreement at all” (SCHRAMM, Dorothee; GEISINGER, Elliott; PINSOLLE, Philippe. Article II. In: KRONKE, Herbert; NACIMIENTO, Patricia; OTTO, Dirk; PORT, Nicola Christine (Eds.). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a global commentary on the New York Convention*. The Hague: Kluwer, 2010. p. 96-97.). No mesmo sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72-73; MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 97.

<sup>215</sup> “it is certain that allowing immediate action before courts *obstructs the normal development of an arbitration, even if the arbitrators are not bound to stay the proceedings*. Besides, it should be not forgotten that court orders to arbitral tribunals to stay proceedings, rare though they may be, do exist, and a claimant in arbitration may thus *find itself compelled by circumstances* to agree to the stay which completely paralyses the arbitration” (DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 241.). “*même en droit français*, un tribunal arbitral dont le siège est en France, qui reconnaît sa compétence en méconnaissance d’une décision d’une juridiction étatique française jugeant la clause d’arbitrage manifestement nulle ou inapplicable, *verrait sa sentence annulée*” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2012. § 566, p. 438.)

convenção arbitral (art. 485, inc. II, 1ª parte, do Código de Processo Civil). Ainda que no Código de Processo Civil atual tenha sido reconhecida nova hipótese de extinção do processo judicial sem julgamento de mérito, “quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (item 4.2.1.2, *infra*), a legislação não autoriza, nem desautoriza, a análise da convenção arbitral pelo juiz anteriormente à decisão arbitral confirmativa<sup>216</sup>. Ou seja, o legislador permanece silente quanto aos limites da incidência do efeito negativo da competência-competência quando da análise pelo Judiciário da alegação de convenção de arbitragem, antes de os árbitros o fazerem.

Nesse contexto, é possível sustentar que, justamente por força da ausência de previsão, o Judiciário poderia proceder à análise da convenção a qualquer tempo e com relação a qualquer tipo de vício, o que equivale a um modelo de *competência-competência concorrente*. Essa posição se distingue das demais por não ressaltar qualquer restrição na análise da convenção arbitral e embasa-se fortemente na ressalva constante da Convenção de Nova Iorque no sentido de possibilitar que o Judiciário deixe de remeter as partes à arbitragem em hipóteses iguais às aquelas que cabem aos árbitros resolver<sup>217</sup>.

Reforça esse posicionamento a aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro das disposições da Convenção de Nova Iorque, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 4.311 de 2002<sup>218</sup>. Em seu art. II, (3), a Convenção reconhece o efeito negativo

---

<sup>216</sup> “O novo dispositivo, porém, assim como o revogado, não estabelece o grau de cognição do Poder Judiciário sobre a convenção de arbitragem. Em outras palavras, o mencionado dispositivo legal não define se o Poder Judiciário poderá analisar o pacto arbitral em cognição exauriente (*full review*) ou em cognição sumária (*prima facie review*)” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 290.)

<sup>217</sup> TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coords.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 153-173; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição de agravo de instrumento e de recurso de apelação. Respeito à Lei de Arbitragem. Atividade jurisdicional do tribunal arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2/2004, p. 272-278, maio-ago. 2004, esp. p. 4 da versão eletrônica. Sem defender a concorrência, mas constatando-a com base na legislação brasileira: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 176.

<sup>218</sup> Ainda que se dirija a arbitragens *internacionais*, em se tratando de um sistema monista, que não distingue entre arbitragem doméstica e internacional (item 1.2.1, *supra*), a Convenção aplica-se diretamente a arbitragens com elementos de estraneidade e, por analogia, a arbitragens puramente domésticas. Em qualquer caso, a análise da convenção arbitral só pode ser realizada pelo Poder Judiciário brasileiro quando o Brasil for a sede da arbitragem, ressalvado o controle posterior por qualquer jurisdição estatal estrangeira em sede de homologação e execução. (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do*

da convenção arbitral, mas excepciona o efeito negativo da competência-competência no caso em que “constate que tal acordo [convenção arbitral] é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”<sup>219</sup>. Da forma como previstas, as hipóteses arroladas pela Convenção possuem vagueza suficiente para autorizar sua aderência a quaisquer dos modelos da competência-competência<sup>220</sup>.

Por outro lado, é possível defender-se igualmente que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece *prioridade* ao árbitro, considerando, primeiro, que o efeito negativo decorreria da mera previsão do efeito positivo e do estabelecimento de um momento específico para a parte interessada impugnar. Em segundo lugar, o mesmo se confirma tendo em vista que se reserva ao juiz apenas uma oportunidade após o pronunciamento do árbitro, na hipótese de anulação da sentença arbitral ou impugnação ao cumprimento de sentença ou à homologação de sentença arbitral estrangeira (arts. 33, 38 e 39 da Lei de Arbitragem brasileira).

No entanto, a prioridade do árbitro segundo o direito brasileiro não é sustentada de maneira absoluta. Grande parte da doutrina admite hipóteses em que é possível *condicionar* a extinção do processo judicial a uma prévia análise da convenção arbitral pelo juiz. Enfatiza-se, de uma parte, a excepcionalidade da análise, justificando-a apenas em casos

---

Brasil. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 291-293.). Em sentido contrário: LEE, João Bosco. Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba, IOB, ano III, n. 11, p. 21-22, 2006. Esse autor defende, de todo modo, que “Sendo o direito interno brasileiro mais favorável à arbitragem que a Convenção de Nova Iorque, devem prevalecer as regras previstas no CPC e na Lei n. 9.307/1996” (esp. p. 33.).

<sup>219</sup> Versão ratificada no Brasil, Dec. nº 4.311 de 23 de julho de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CcIVIL\\_03/decreto/2002/D4311.htm](http://www.planalto.gov.br/CcIVIL_03/decreto/2002/D4311.htm). Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>220</sup> “The way it is worded, Art. II (3) allows a court to render a judgement on the existence or validity of the arbitration agreement *at any point, before or after the matter has been submitted to an arbitral tribunal*. Moreover, both reference to the other paragraphs of the article and the terms ‘null and void, inoperative or incapable of being performed’ suggest an examination of the arbitration agreement *on the merits and even in depth*” (DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 244.). No mesmo sentido: BERTRAND, Ancel. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, CBAr, v. 6, p. 60, 2005, esp. p. 56-57; LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. esp. p. 347; POUDRET, Jean-François. Le tribunal fédéral suisse opte pour le régime de la litispence entre le juge et l’arbitre: Note – Tribunal fédéral suisse, 14 maio 2001. *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage, v. 2 001, n. 4, p. 842-854, esp. p. 5 da versão eletrônica, 2001.

extremos, que não exijam um exame profundo<sup>221</sup>. De outra parte, há aqueles que, apesar de admitirem também o exame excepcional do Judiciário antes de prolatada a sentença arbitral, limitam a realização dessa análise ao início da arbitragem, defendendo, como ocorre no sistema francês, uma prioridade *incondicionada* após a instituição da arbitragem (item 4.2.1.1, *infra*)<sup>222</sup>. Nota-se, dentre esses, uma especial preocupação com a inadmissibilidade das medidas antiprocessos<sup>223</sup>.

Em qualquer caso, ainda que condicionada a análise prévia do Judiciário à fase anterior à instauração da arbitragem, há uma efetiva abertura para o Judiciário examinar a convenção arbitral.

---

<sup>221</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 139-140; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 277-303, esp. p. 284-285, 2006; TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, p. 81-103, esp. p. 12 da versão eletrônica, jan.-mar. 2014; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 74; COELHO PITOMBO, Eleonora. Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes. In: ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de (Coord.). *Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 105-124, esp. p. 117, nota de rodapé 30.

<sup>222</sup> “o fato de que os juízes também poderão realizar esse controle prévio, na fase pré-arbitral, *não* retira o incondicionamento da prioridade dos árbitros. [...] Considerando-se apenas o curso do processo arbitral, essa competência prioritária incondicionada dos árbitros significa, portanto, uma *competência exclusiva*” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 185.). No mesmo sentido, porém sem se referir ao modelo da competência-competência: “Fora dos casos previstos, *falece ao juiz comum competência para deliberar sobre o processo arbitral em curso*, como, por exemplo, determinar-lhe a suspensão. Não se entende como possa um órgão jurisdicional decidir sobre processo em curso noutro órgão jurisdicional de igual hierarquia” (BERMUDES, Sérgio. Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Professor Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 377-381, esp. p. 379.). “*é de competência exclusiva do árbitro* conhecer dessas questões, cabendo ao juiz estatal apenas controlar, ao final, a regularidade da decisão arbitral. Em outras palavras, *não pode o juiz estatal interferir na instância arbitral, antes do seu fim, para questionar a competência do árbitro*, sua investidura, imparcialidade ou mesmo a arbitrabilidade da lide, pois se trata de uma ‘regra de prioridade cronológica’” (LEE, João Bosco. Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no tempo. Transmissão da cláusula compromissória. *Anti-suit injunction*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 11, n. 26, esp. p. 35, 2006.)

<sup>223</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 178-179; LEE, João Bosco. Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no tempo. Transmissão da cláusula compromissória. *Anti-suit injunction*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 11, n. 26, esp. p. 35, 2006; BOLFER, Sabrina Ribas. *Arbitragem comercial e internacional & Anti-Suit Injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 173-174; LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 244-245.

### **2.3 A relativização da competência-competência**

Tomando-se como base a legislação francesa, a Convenção de Nova Iorque e, na ausência de disposição expressa, as construções doutrinárias brasileiras quanto ao efeito negativo da competência-competência, podem-se identificar *dois* principais critérios que autorizam a análise da convenção arbitral pelo Poder Judiciário, além do aspecto temporal. O *primeiro* relaciona-se ao objeto da análise (item 2.3.1, *infra*). O *segundo* refere-se à profundidade da análise (item 2.3.2, *infra*).

Não se insere no escopo desse trabalho esgotar a análise de cada um dos diversos fundamentos pelos quais a regularidade da convenção arbitral pode ser questionada. A intenção aqui é demonstrar que, por mais relevantes que se mostrem os critérios que definem os limites dentro dos quais se autoriza que o juiz se antecipe ao árbitro na análise da convenção arbitral, não se afiguram eles suficientes para suprimir o efeito positivo da competência-competência, o que leva à hipótese de litispendência. Para tanto seria necessária uma direta submissão do árbitro ao pronunciamento judicial, o que não ocorre por força das variações abordadas no primeiro capítulo, no que diz respeito ao modo como a arbitragem coloca-se perante as ordens jurídicas nacionais.

Assim, a finalidade do presente tópico é justamente demonstrar as hipóteses em que se excepciona o efeito negativo da competência-competência e que, como tais, originam a concorrência entre jurisdição estatal e arbitral, exigindo, por isso, a adoção de um critério temporal.

A delimitação dessa abertura é igualmente relevante porque os critérios materiais ou processuais a seguir abordados devem ser cumulados com o critério temporal que será o objeto do capítulo 4. Isso porque, mesmo na ausência de procedimento arbitral pendente, exige-se a observância da competência-competência (item 2.2.2, *supra*).

#### **2.3.1 Relativização em função da gravidade do vício alegado**

No que se refere ao *objeto* da análise que permitiria ao juiz relativizar o efeito negativo da competência-competência, um primeiro critério possível reside na categoria do vício alegado, segundo o direito material, e no impacto que ele implica, abstratamente, à convenção arbitral, enquanto negócio jurídico.

Tomando-se por base a teoria tricotômica dos negócios jurídicos, procede-se a verificação sobre uma possível relação entre o campo em que autorizado o exame da

convenção arbitral pelos juízes, em antecipação aos árbitros, e os três diferentes planos pelos quais o negócio jurídico arbitral se efetiva: da existência, da validade e da eficácia<sup>224</sup>.

Propondo-se a realizar o confronto entre a competência-competência com os requisitos da convenção arbitral enquanto negócio jurídico material, Nanni sustenta ser possível estabelecer como limite à concretização do efeito negativo do princípio da competência-competência a efetiva *existência* do negócio jurídico em questão. O autor considera que, para que uma convenção arbitral exista, basta que haja um acordo de vontades emanado por sujeitos de direito, em determinado lugar e tempo, com o objetivo de eleger a arbitragem como método de resolução de disputas<sup>225</sup>. Qualquer outra qualificação desses elementos, de acordo com o que exige a lei, recairia no plano da validade ou da eficácia<sup>226</sup>.

Por esse raciocínio, a “anomalia extrema”, digno exemplo de “caso teratológico”, termos em geral utilizados como parâmetros que autorizam a desconsideração do efeito negativo da convenção arbitral, consistiria em tudo aquilo que implicar a ausência de declaração de vontade, ou seja, a inexistência do pacto arbitral. Desse modo, entende justificável condicionar o acolhimento de uma alegação de convenção arbitral à confirmação dos requisitos de existência desse negócio jurídico, pois, sem esses, o efeito negativo da competência-competência não se *concretizaria*<sup>227</sup>.

O autor propõe que esse seja o parâmetro utilizado para interpretar as hipóteses previstas no art. II, (3), da Convenção de Nova Iorque e nas regras da Câmara de Comércio Internacional de Paris<sup>228</sup>, que institui exceção à prioridade do árbitro no exercício da

---

<sup>224</sup> “Plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.)

<sup>225</sup> Além da forma, objeto, agente, lugar e tempo, Nanni identifica como requisito de existência do negócio jurídico as circunstâncias negociais: “aquele *quid* irredutível à expressão e conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destina à produção de efeitos jurídicos” (Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.).

<sup>226</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

<sup>227</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

<sup>228</sup> O autor refere-se ao artigo 6º (4), do Regulamento de Arbitragem e Mediação da Corte Internacional de Arbitragem da CCI: “Em todos os casos submetidos à Corte, de acordo com o artigo 6º (3), esta deverá decidir se, e em que medida, a arbitragem deverá prosseguir. A arbitragem deverá prosseguir se, e na medida em que, a Corte esteja *prima facie convencida* da possível *existência de uma convenção de arbitragem* de acordo com o Regulamento” (Disponível em: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.).

competência-competência. Nesse caso, ainda que se considere que a competência-competência tem por base não o negócio jurídico arbitral, mas os ordenamentos jurídicos que o preveem, esse princípio primordial estaria sendo mitigado por ser essa a interpretação de um determinado ordenamento legal, no caso, o brasileiro.

Em outro trabalho aprofundado sobre o tema, considerando, porém, a experiência norte-americana, Bermann propõe uma outra delimitação das matérias que autorizariam o exame prévio das cortes estatais, que denomina de “*gateways issues*” ou “*questões de abertura*”<sup>229</sup>. O autor destaca que, como a jurisdição arbitral deriva da convenção de arbitragem, “pouco importa se a cláusula não existe, de um lado, ou é inválida e inexecutável, de outro lado”<sup>230</sup>. Em qualquer caso, coloca-se em questão a autoridade do tribunal arbitral.

No entanto, Bermann identifica relevância na distinção entre o plano da existência e da validade quando o vício alegado disser respeito não apenas à convenção arbitral, mas sim ao contrato principal. Assim, uma questão relacionada apenas à *validade* do contrato principal não autoriza que a corte estatal se adiante com relação ao árbitro na análise da competência arbitral, por força da autonomia da cláusula compromissória com relação ao contrato principal (item 2.2.3). Uma questão relativa à *existência* do contrato principal, contudo, afetará a existência do consenso em arbitrar, elemento primordial da arbitragem<sup>231</sup>. Ademais, em se tratando de requisitos de validade e eficácia *específicos* da convenção arbitral, entende-se suscetível sua análise prévia pelo Poder Judiciário, sujeitando-se a limitações outras, relacionadas à profundidade da análise (item 2.2.3, *infra*). Vejam-se alguns exemplos que permitem compreender os referidos parâmetros.

---

<sup>229</sup> BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 7.

<sup>230</sup> “Since arbitral authority resides specifically in the arbitration clause, it matters little whether the clause does not exist on the one hand, or is invalid and unenforceable on the other. Both sets of defects, if established, directly implicate consent to arbitrate. Both call into question an arbitral tribunal’s authority to make any binding legal determination on any issue, including the question of the agreement’s very existence or validity” (BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 30.)

<sup>231</sup> BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 30. No mesmo sentido: *Sojuznefteexport (SNE) v. Joc Oil Ltd*, 1989, Corte de Apelação das Bermudas. In: VARÁDY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; MEHREN, Arthur T. von. *International Commercial Arbitration. Transnational Perspective*. 5. ed. St. Paul: West/Thomson Reuters, 2006. p. 150-151.



A falsificação ou ausência de assinatura é típico exemplo de vício de existência que afeta tanto o contrato principal quanto a convenção arbitral<sup>232</sup>. Do mesmo modo, questionamento quanto ao escopo subjetivo da convenção de arbitragem – o que está relacionado com a identificação da assinatura do contrato – afeta também a identificação da bilateralidade necessária à existência tanto do contrato principal quanto da cláusula nele inserida<sup>233</sup>. Ao revés, alegações de fraude à lei e todos os demais defeitos do negócio jurídico (simulação, erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão)<sup>234</sup>, enquanto atinentes à validade do contrato principal, devem ser remetidas aos árbitros<sup>235</sup>.

De modo diverso, colocam-se os questionamentos quanto a requisitos de validade *específicos* da convenção arbitral, tais como capacidade para contratar<sup>236</sup> e a forma escrita<sup>237</sup>.

---

<sup>232</sup> Exemplo citado por: TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. *In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coords.). Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 162; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30-31; BERMANN, George. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 30.

<sup>233</sup> “It is more than illogical to require a *non-signatory to a contract*, who denies being subject to the contract and who gives at least an appearance of independence from the signatories, to submit that question to a body that owes its very existence to that contract” (BERMANN, George. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 32.); MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 342-343.

<sup>234</sup> Artigos 138 a 158 do Código Civil de 2002.

<sup>235</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35; BERMANN, George. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 33.

<sup>236</sup> BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição de agravo de instrumento e de recurso de apelação. Respeito à Lei de Arbitragem. Atividade jurisdicional do tribunal arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2/2004, p. 4 da versão eletrônica, maio-ago. 2004. Distinguindo entre alegação de incapacidade voltada *apenas contra o contrato principal* e alegação de incapacidade que atinge tanto o contrato principal quanto a convenção arbitral: BERMANN, George. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 34.

<sup>237</sup> O requisito é imposto tanto pelo art. 3º, § 1º da Lei de Arbitragem brasileira, quanto pelo art. II (1), da Convenção de Nova Iorque. A esse respeito: BERG, Albert Jan van den. The New York

A inobservância dessas condições extrapola o âmbito da validade do contrato principal e prejudica a identificação do consenso em arbitrar, conforme exigido por um determinado sistema jurídico legal. Um questionamento prévio perante o Judiciário quanto a esses aspectos poderá, segundo a linha do autor, ser imediatamente resolvido.

Outro aspecto importante relacionado à validade da convenção arbitral é a arbitrabilidade em sentido estrito<sup>238</sup>, que pode se referir tanto a restrições legais relacionadas à natureza do direito envolvido na disputa (arbitrabilidade objetiva), quanto aos sujeitos envolvidos na controvérsia (arbitrabilidade subjetiva)<sup>239</sup>. A admissibilidade da celebração de convenção arbitral por entes públicos configura-se como questão de arbitrabilidade subjetiva<sup>240</sup>, enquanto que a utilização da arbitragem para resolver conflitos em matéria trabalhista ou consumerista<sup>241</sup> diz respeito à arbitrabilidade objetiva. Além de se tratar de requisito pertinente à convenção arbitral e não ao contrato principal, a arbitrabilidade está intimamente relacionada a opções políticas, endossadas pela lei ou pelo entendimento dos tribunais estatais<sup>242</sup>, consistindo nos limites dentro dos quais aquele sistema jurídico reconhece a legitimidade da arbitragem como método de resolução de disputas. Por isso, justificável a abertura à palavra prévia do Judiciário em detrimento da prioridade do árbitro, segundo a competência-competência.

---

Convention and Its Application By Brazilian Courts. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, p. 15, p. 4-7 da versão eletrônica, jan. 2013.

<sup>238</sup> “the term *arbitrability* may be used in a much narrower sense, confined to one specific question: did the legislature, in establishing or recognizing a particular cause of action, authorize its adjudication by an arbitral tribunal, or did the legislature reserve its adjudication to courts of law?” (BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 11.)

<sup>239</sup> “Arbitrability is one of the issues where the contractual and jurisdictional natures of international commercial arbitration meet head on. (1) It involves the simple question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration” (Capítulo 9 – Arbitrability. In: LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003. p. 187-221, esp. p. 187.)

<sup>240</sup> Hoje admitida nos termos do art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei de Arbitragem.

<sup>241</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39-44, 52-53.

<sup>242</sup> “The question of whether a dispute is capable of being arbitrated, as a matter of law, is ordinarily a purely legal one – in the United States, essentially one of actual or probable congressional intent – as to which an arbitral tribunal can claim no particular authority or expertise” (BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 29.)

Por fim, assume igual relevância o plano de eficácia da convenção arbitral como campo de abertura para a análise do Judiciário, anteriormente aos árbitros. Destacam-se, a esse respeito, discussões em torno da renúncia à convenção arbitral, que pode se configurar com base nos termos do próprio contrato principal ou por decorrência de um comportamento – expresso ou implícito – que se afigure inconsistente com a intenção de utilizar-se da arbitragem como método de resolução de disputa.

Segundo Bermann, há uma tendência da jurisprudência norte-americana no sentido de remeter aos árbitros a alegação de renúncia com base contratual (“contract-based”), autorizando-se analisar de pronto a renúncia baseada em mero comportamento (“conduct-based”). Em sua opinião, deveria, no entanto, prevalecer a autoridade do árbitro para definir ambas as questões<sup>243</sup>, tendo em vista a busca da expectativa *razoável* das partes (“reasonable party expectations”), critério utilizado em famoso precedente (*Howsam v. Dean*)<sup>244</sup>. Nesse caso, estabeleceu-se que questões de prazo ou procedimentais, em geral, surgidas a partir da disputa, já eram previstas pelas partes quando consentiram com a arbitragem. Por isso, deve-se presumir que desejavam fossem resolvidas pelos árbitros.

Em nossa opinião, o posicionamento defendido pelo autor não se amolda à hipótese de renúncia tácita, que se opera com a propositura de uma demanda judicial, seguida da ausência de alegação tempestiva da convenção arbitral pelo demandado (item 2.1.1, *supra*). Nesse caso, há efetivamente uma melhor conveniência em ter a renúncia apreciada pela própria corte, pois foi justamente o ato de instá-la que levou ao distrato. Há, por isso, especial relevância em autorizar que o juiz aplique as normas e entendimentos do tribunal quanto à preclusão da faculdade de alegar a convenção arbitral (item 4.2.1.2, *infra*)<sup>245</sup>.

Independentemente da identificação de um “gateway”, Bermann deixa claro em seu artigo que o árbitro não poderá ser impedido, de todo modo, de apreciar questão sobre sua competência<sup>246</sup>. Até por isso, inclusive, o autor sugere que, diante da ausência de parâmetros

---

<sup>243</sup> BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 42-43.

<sup>244</sup> *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.* 2002, 537 U.S. 79. In: VARÁDY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; MEHREN, Arthur T. von. *International Commercial Arbitration*. Transnational Perspective. 5. ed. St. Paul: West/Thomson Reuters, 2006. p. 140-142.

<sup>245</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2012. § 210, p. 184.

<sup>246</sup> “That distinguishes gateway from non-gateway issues is that the former may be decided by a court if brought before it at the outset. Thus, gateway issues *may be addressed either by a court or an arbitral tribunal*, whichever is asked first; non-gateway issues are uniquely for the arbitrators to

temporais no sistema norte-americano, a instituição da arbitragem configure-se como limite para que a parte leve a “gateway issue” perante o juiz<sup>247</sup>, critério que será analisado no capítulo 4, *infra*.

As diretrizes fixadas por Bermann são consentâneas com a ampla autorização prevista no art. II (3) da Convenção de Nova Iorque que excepciona o efeito negativo da competência-competência diante de vícios de nulidade (“nulo”) ou eficácia (“sem efeitos, inoperante ou inexecutável”), que possam ser aferíveis *prima facie*, segundo uma análise de verossimilhança<sup>248</sup>.

Ademais, os critérios parecem ser endossados pela jurisprudência brasileira. Como apontado no relatório elaborado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem de 2017, com base em decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça<sup>249</sup>, há uma tendência desses tribunais em declinar em favor do juízo arbitral para apreciação de questões relativas à validade e eficácia de convenção arbitral e do contrato que a contenha<sup>250</sup>. Em decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>251</sup>, destaca-se o declínio em favor do juízo arbitral para decidir sobre alegação de: falsidade de assinatura, por depender da produção de provas<sup>252</sup>, nulidade absoluta de contrato, “das obrigações e títulos cambiais

---

decide in the first instance” (BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *In*: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 8.)

<sup>247</sup> BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *In*: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011. p. 9.

<sup>248</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque. *In*: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 139-140; Request for the Enforcement of an Arbitration Agreement. *In*: SANDERS, Pieter (Ed.). *ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*. The Hague: ICCA, 2011. p. 36-65.

<sup>249</sup> Relatório sobre “Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral”. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3-Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2018.

<sup>250</sup> Além do efeito positivo da competência-competência (art. 8º da LArb), foram objeto do relatório casos específicos em que questionada extensão objetiva e subjetiva da convenção arbitral, a arbitrabilidade subjetiva envolvendo o Poder Público e a validade da convenção de arbitragem em contratos de adesão (respectivamente, itens b.1, b.2, b.3 e b.4, p. 27 e ss.).

<sup>251</sup> Optou-se por destacar julgados proferidos nos últimos três anos, sem pretender-se abranger todos os acórdãos publicados até a conclusão desse trabalho, que refletissem a tendência identificada pelo supracitado relatório do CBar.

<sup>252</sup> REsp n. 1.550.260-RS, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.12.2017, v.u.

decorrentes”<sup>253</sup>, liquidação de crédito falimentar<sup>254</sup> e convenção arbitral contida em contratos em relação de consumo e de adesão.

Quanto a esse último tema, não se reconhece o efeito negativo da competência-competência diante de convenção arbitral firmada em relação consumerista, sem ratificação da opção pela arbitragem parte hipossuficiente da opção pela arbitragem<sup>255</sup>. Considera-se, nesse caso, tratar-se de nulidade evidente, reconhecível *prima facie*, que equivale a inarbitrabilidade objetiva da disputa<sup>256</sup>.

Por outro lado, no que diz respeito à hipótese da convenção inserida em contrato de adesão, há divergência. Em 2017, foram proferidas duas decisões opostas da Terceira Turma. Em uma primeira, reconheceu-se a prioridade do juízo arbitral para julgar sua competência diante de discussão quanto à observância do requisito relativo aos contratos de adesão. Considerou-se, especialmente, estar-se diante de uma cláusula compromissória cheia, ou seja, contida em todos os contratos em questão e em que indicada a instituição arbitral responsável por administrar o procedimento<sup>257</sup>. Em um segundo acórdão relativo a contrato de franquia, modalidade reconhecida como de adesão, entendeu-se cabível relativizar a competência-competência para declarar de pronto a nulidade da convenção arbitral, uma vez que aferível nulidade *prima facie*, devido à inobservância do requisito estabelecido no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem brasileira<sup>258</sup>. Em julgado de 2017, a Terceira Turma voltou a se pronunciar pela prevalência da competência-competência em favor do juízo arbitral, afastando presunção de que inexistiria consenso em contrato de adesão e, inclusive, porque evidenciada a isonomia dos contratantes no caso<sup>259</sup>.

### **2.3.2 Relativização em função da profundidade da análise**

Por força da ampla gama de questões que ensejariam a inaplicabilidade do efeito negativo da competência-competência segundo o *modo como afete os três planos* do negócio

---

<sup>253</sup> AgInt no REsp n. 1.239.319-SC, 3ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 14.03.2017, v.u.

<sup>254</sup> CC n. 153.498-RJ, 2ª S., rel. Min. Moura Ribeiro, 23.05.2018, v.m.

<sup>255</sup> REsp n. 1.189.050-SP, 4ª T., rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 1º.03.2016, v.u. REsp n. 1.628.819-MG, 3ª T., relª. Minª. Nancy Andrighi, j. 27.02.2018, v.u.

<sup>256</sup> SCALETSECKY, Fernanda. Arbitragem e ‘Parte Fraca’: a Questão das Relações de Consumo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. XI, n. 41, p. 68-99, 2014.

<sup>257</sup> REsp n. 1.602.696-PI, 3ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 09.08.2016, v.u.

<sup>258</sup> REsp n. 1.602.076-SP, 3ª T., relª. Minª. Nancy Andrighi, j. 15.9.16, v.u.

<sup>259</sup> AgInt nos Edcl no AREsp n. 975.050-MG, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.3.17, v.u.

jurídico arbitral (item 2.3.1, *supra*), buscam-se outros critérios para restringir a análise pelo Judiciário da alegação de convenção arbitral, em antecipação aos árbitros. Dentre esses, além do limite temporal, que será abordado no capítulo 4, *infra*, destaca-se a *profundidade da análise* requerida para o reconhecimento do vício.

Aqui, o fator distintivo não repousa sobre a gravidade do vício alegado, mas sim sobre como esse se evidencia. Ou seja, não basta estar-se diante de um vício de existência da convenção arbitral ou da inobservância de um requisito de validade específico da convenção. Reputa-se necessário que sua verificação seja viabilizada de pronto.

Na legislação francesa, para que o juiz possa deixar de reconhecer a jurisdição arbitral, impõe-se que, além da existência de uma nulidade ou inaplicabilidade da convenção arbitral, apresentem-se elas de forma *manifesta*<sup>260 261</sup>.

Trata-se da análise *prima facie*, conforme reconhecido na doutrina brasileira<sup>262</sup> e estrangeira<sup>263</sup> e como consta no Regulamento da CCI<sup>264</sup>. Os limites da análise da convenção

---

<sup>260</sup> Art. 1.448, do *Code de Procedure Civile*.

<sup>261</sup> “Le critère *le plus important* est assurément tiré de l’adverbe ‘manifestement’. [...] Ainsi, faut-il que la nullité ou l’inapplicabilité de la convention d’arbitrage *soit évidente au prix d’un simple examen sommaire*. S’il faut entrer en matière, par exemple, en interprétant la volonté des parties, le juge doit immédiatement conclure que le caractère manifeste de la nullité ou de l’inapplicabilité fait défaut. Le pouvoir juridictionnel du juge saisi est écorné, limité. *Il ne s’agit à ce stade que d’un contrôle prima facie*” (RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l’arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016. p. 271-272.)

<sup>262</sup> Nesse sentido: MARTINS, Pedro Batista. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140 (“Penso que a exceção em apreço se operacionaliza nas hipóteses em que há manifesto vício de nulidade, no sentido inflamado da dicção. Um absurdo jurídico. Uma extravagância contratual. *Um vício aferível prima facie pelo juiz togado*, tal qual o contrato que tenha por objeto um jogo, a usura ou a prostituição, ou que tenha sido executado por criança, comprovável mediante a simples juntada de certidão de nascimento”); e Ana Clara Viola Ladeira (“ressalvado o *controle prima facie*, que só engloba casos teratológicos, por exemplo, cláusula compromissória sobre matéria manifestamente inarbitrável”). *Conexão na arbitragem*. Orientador: Carlos Alberto Carmona. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 51.

<sup>263</sup> GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 406-407; BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2012. p. 192 e ss.; PARK, William W. The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction. ICCA Congress Series, n. 13, International Arbitration, 2006

Back to Basics? The Hague: Kluwer, 2007. p. 90-91 da versão eletrônica. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3019225>. Acesso em: 05 maio 2018.

<sup>264</sup> Ver nota 409, *infra*. “the Court’s only mandate under Article 6 (2) is to make a ‘*prima facie*’ decision, which is, moreover, *not intended to be definitive insofar as the parties preserve their right to submit the issue of the arbitration agreement’s existence to the courts (or to the arbitrators, if the Court decides that the arbitration should proceed)*. Depending on how it applies this *prima facie* test, the Court is nevertheless in a position to prevent an ICC arbitration for proceeding, at least until such

arbitral pelo juiz, como define Dinamarco, equivalem aos de um *juízo deliberativo*, como aquele que é feito para verificação das condições da ação, o que significa que o exame não é definitivo – podendo ser revisto posteriormente pelo Judiciário – e que não exige cognição aprofundada<sup>265</sup>. Como bem identificado por Alves, na ausência de um critério *material* para limitação da análise do juiz, cede-se lugar a um parâmetro *processual*<sup>266</sup>.

A limitação ao aprofundamento da cognição judicial nesse momento anterior ao pronunciamento do árbitro exige que o alegado vício da convenção seja demonstrado com base em simples prova documental. Caso necessária instrução probatória para confirmação do quanto alegado, impõe-se o declínio da jurisdição estatal<sup>267</sup>. Isso significa que, em caso de dúvida quanto à procedência da alegação contra a convenção arbitral, prevalece a competência arbitral para solucionar a questão. Ou seja, faz-se necessária a observância do princípio do favor arbitral que garante aos árbitros o benefício da dúvida<sup>268</sup>.

Por outro lado, a ausência de definitividade que caracteriza o pronunciamento *prima facie* possibilita que o Judiciário, mesmo já tendo acolhido a convenção arbitral em sede

---

time as a competent court might decide otherwise” (DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A Guide do the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 79.)

<sup>265</sup> “Competirá ao juiz togado decidir a esse respeito mediante uma *cognição sumária* ao cabo da qual somente se pronunciará sobre a existência ou inexistência da convenção, sobre seus limites subjetivos e objetivos e sobre sua eventual nulidade absoluta, manifesta e cognoscível independentemente de instrução aprofundada. [...] Nessa sede e nesse momento *ele não tem o poder de emitir juízos definitivos, nem de realizar cognições profundas a esse respeito*, o que competirá aos próprios árbitros, no exercício de sua reconhecida *Kompetenz-Kompetenz*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 74.)

<sup>266</sup> “Na verdade, qualquer tipo de vício, independentemente da sua gravidade, pode levar à relativização do princípio da competência-competência. O critério, portanto, não está no plano do direito material” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 189-190.)

<sup>267</sup> Carmona, com base na opinião de Gaillard: “poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus *requisitos essenciais*, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de *direito indisponível*; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 177.)

<sup>268</sup> Monteiro identifica, ao todo, *quatro premissas* que se impõem quando da análise: “(i) deve-se optar por uma *interpretação pró-arbitragem*, (ii) a intervenção judicial prematura no universo arbitral apenas se justifica em razão de *vícios manifestos* na convenção de arbitragem, (iii) deve-se considerar apenas *ataques diretos (ou que afetem diretamente) à convenção* de arbitragem e (iv) o exame dos vícios alegadamente presentes no pacto arbitral deve ser feito a partir dos *princípios de direito contratual*, presentes, em sua maioria, no Código Civil” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 336.).

preliminar, reanalise a questão da competência do árbitro, após prolatada a sentença arbitral. Parece-nos, no entanto, que a provisoriedade só faz sentido quando acolhida a alegação de convenção arbitral para extinguir o processo judicial. Quando rejeitada, prosseguirá o processo judicial, com a prolação de decisão de mérito sobre a qual incidirão os efeitos da coisa julgada e, nesse caso, inconcebível pretender-se uma revisão do pronunciamento anterior em sede de execução ou anulação de sentença arbitral.

Combinando-se o critério da profundidade com o critério da gravidade do vício abordado no item anterior, favorece-se<sup>269</sup> que, ainda que relativizado o efeito negativo da competência-competência, a análise prévia do Judiciário se realize de maneira mais breve, dispensando a realização de provas e afastando-se de uma análise de mérito da controvérsia.

Pense-se na hipótese em que é alegada falsificação de assinatura. É possível que a falsidade seja de tal modo evidente que possa ser constatada diretamente pelo juiz, mediante simples apreciação dos documentos apresentados pela parte interessada. Porém, em caso de dúvida, tornar-se-á necessária perícia técnica para confirmar a falsidade, o que justificará por si só o declínio em favor da jurisdição arbitral<sup>270</sup>.

É o que ocorre também no que diz respeito à identificação dos limites objetivos – qual a disputa submetida à arbitragem – ou subjetivos – quais as partes submetidas à arbitragem – da convenção arbitral, ou seja, do âmbito de sua aplicabilidade. Apesar de a abrangência da convenção afetar a própria existência da convenção, no que se relaciona a determinado objeto ou parte em disputa, é comum que sua apuração requeira a análise de uma gama de contratos conexos ou de uma extensa e complexa configuração societária<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> Diz-se favorece-se, pois não há uma garantia absoluta de que a análise, mesmo *prima facie*, não consumirá tempo e não tocará ao mérito da disputa. Isso, inclusive, porque a análise *prima facie* não significa que o declínio em favor da arbitragem não possa ser amplamente motivado. Nesse sentido: DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 239.

<sup>270</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 342.

<sup>271</sup> “Courts understandably relish neither referring parties to arbitration when their willingness to arbitrate the particular dispute at hand is *truly subject to doubt*, nor engaging in threshold *factual determinations* of intent that may *significantly delay* the arbitration and draw the court down avenues of inquiry more properly traveled by arbitrators. [...] When courts confine themselves to a mere screening function at the threshold, they require only a *prima facie* showing that the dispute falls within the scope of the arbitration clause” (BERMANN, George. The use of anti-suit injunctions in international litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 28, p. 38, 1990.)



Enquanto tal, essa análise aprofundada não pode servir como fundamento para a inobservância do efeito negativo da competência-competência.

O critério *prima facie* proporciona, ainda, uma resposta apropriada a hipóteses de convenções arbitrais incompletas ou dúbias. Se, a despeito da deficiência da convenção, no sentido de não identificar corretamente a instituição arbitral responsável por administrar o procedimento ou o modo de formação do tribunal arbitral, for possível aferir a intenção das partes em levar a disputa à arbitragem, deve prevalecer a jurisdição arbitral para resolver essa questão preliminar<sup>272</sup>. Inclusive, quando não seja possível instaurar a arbitragem, o próprio Judiciário pode suprir a deficiência em procedimento de execução de convenção de arbitragem (item 2.1, *supra*). Deve-se privilegiar, portanto, o princípio da conservação dos contratos<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> GÉLINAS, Paul-A. Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness. *In*: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. Kluwer, 1999. p. 47-66; RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016. p. 274.

<sup>273</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 193-194.



### 3 EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS

Esse terceiro capítulo volta-se à compreensão da exceção de litispendência, enquanto aplicável à relação de identidade entre processos judiciais, a fim de verificar se seus fundamentos podem ser transpostos para a relação entre processo judicial e arbitragem concorrente, em razão de controvérsia quanto à extensão e regularidade da convenção arbitral, hipótese verificada no capítulo anterior.

Tendo em vista esse objetivo, após uma breve justificativa sobre a terminologia adotada (item 3.1), a análise da exceção de litispendência se iniciará pela origem do instituto no *civil law*, na qual se encontram suas bases (item 3.2). Segue-se com a identificação dos fundamentos que embasam sua aplicação no direito interno (item 3.3) e, em especial, sua qualificação como norma de ordem pública processual (item 3.3.1). Após, abordam-se os fundamentos que embasam sua observância no direito internacional (item 3.4), ressaltando-se o tratamento diferenciado que se reserva à hipótese *análoga* em que existente cláusula de eleição de foro exclusivo (item 3.4.1).

Em seguida, proceder-se-á com a comparação da regra da litispendência com a doutrina do *forum non conveniens*, por ser esse o instrumento utilizado em sistemas de *common law* para lidar com casos de concorrência entre jurisdições (item 3.5). Por fim, propõe-se uma identificação de uma ferramenta universal para tratamento de paralelismo de procedimentos que combine os critérios de ambas as tradições jurídicas (item 3.6).

#### 3.1 Terminologia adequada

Como brevemente falado já na introdução do trabalho, a litispendência consiste em verdadeira *regra* do processo civil brasileiro, segundo a qual a demanda proposta após uma primeira idêntica já em curso deve ser extinta. Trata-se de uma solução concreta.

Não se toma a litispendência como princípio processual, pois deve-se reservar a categoria de princípio às normas que constituam verdadeiros pilares de sustentação do sistema legal e que servem como diretrizes na aplicação do direito. Assim, embora as garantias do *ne bis in idem* e da *eficiência processual*, que embasam a exceção de litispendência (item 3.2, *infra*), insiram-se dentro da classificação de princípio jurídico<sup>274</sup>, a própria litispendência configura-se como uma regra.

---

<sup>274</sup> Uma vez que “*dispõem de uma abrangência suficiente para atingir o status de princípio*” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.).

Em segundo lugar, a litispendência em seu terceiro sentido configura-se estritamente como objeção processual, embora de maneira geral remeta-se a ela como exceção<sup>275</sup>. Trata-se, efetivamente, de matéria de defesa que *deve* ser invocada pela parte requerida, diante da pendência de outro processo que veicule demanda idêntica e que tenha sido proposto anteriormente ao processo em questão. No entanto, caso não alegada, a litispendência pode ser reconhecida *ex officio*<sup>276</sup>.

### 3.2 A origem da *lis pendens* e aderência aos sistemas jurídicos de *civil law*

A identificação das origens da regra ou efeito externo da litispendência enquanto vedação à repositura de demanda idêntica à demanda ainda pendente mostra-se pertinente tanto para verificar a disfuncionalidade do instituto, quanto para proporcionar uma comparação entre as abordagens antagônicas que os sistemas de origem *common law* e *civil law* dispensam a esse mecanismo de coordenação de processos<sup>277</sup>. Tendo isso em mente, passa-se a uma breve e não exaustiva retomada histórica.

A origem da vedação à litispendência remonta às antigas máximas latinas do *non bis in idem* e *bis de eadem re ne sit actio*, absorvidas pelos direitos canônico e romano, remetendo ao significado “*que não haja ação duas vezes sobre o mesmo caso*”<sup>278</sup>. À época do direito romano formulário, sua observância decorria do efeito extintivo operado com a *litis contestatio*, momento em que definido, por compromisso entre as partes da disputa, uma fórmula com a pretensão a ser decidida pelo *iudex*. Configurava-se, com isso, a preclusão do direito de ação incidente sobre aquela determinada relação obrigacional deduzida em

---

<sup>275</sup> “apesar de o veto à repetição da demanda não ser uma exceção em sentido estrito, ante a sua cognoscibilidade *ex officio*, tal impedimento é, como toda defesa, uma exceção” (DAGUANO JUNIOR, Oswaldo. *A litispendência no processo civil*. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 75.)

<sup>276</sup> Cf. art. 337, § 5º do atual Código de Processo Civil.

<sup>277</sup> “A determination of the root of the idea might shed light on the function which it was intended to perform, and might also serve as a *bridge between the sharp differences of approach which now pertain in the Civil and the Common Law systems*” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 27-28.)

<sup>278</sup> “littéralement: ‘*Qu’il n’y ait pas (ne sit) deux fois (bis) une action judiciaire (actio) à propos de la même affaire (de eadem re)*’”, conforme identificadas pelo retórico romano Quintiliano e por São Jerônimo nos séculos primeiro e quarto d.C. (DUCOS, Michèle; FRUYTO, Michèle. Origine de l’adage juridique *Non bis in idem*. *De Lingua Latina, Revue de Linguistique Latine du Centre Alfred Ernout*, n. 13/2017, p. 1-30, fev. 2017. Disponível em: <http://www.paris-sorbonne.fr/rubrique2315>. Acesso em: 04 set. 2018.). A previsão no *Digesto*, segundo Marcellus (“[w]herever issue is joined, the case should also be terminated there”), baseou-se nas *Institutas* de Gaius (séc. II a.C.).

juízo<sup>279</sup>. Como decorrência, se reproposta a mesma demanda, o demandado poderia invocar os efeitos da *litiscontestatio* como óbice à propositura de nova ação (*denegatio actionis*) ou ainda a exceção de coisa julgada (*exceptio rei iudicata vel in iudicio deducta*), ambos levando à sua absolvição caso acolhidos pelo *iudex*<sup>280</sup>.

Desde então já se coloca o impedimento da litispendência como “complemento natural e racional” à vedação ao rejuízo da causa<sup>281</sup>. Daí, inclusive, a intrínseca relação entre a *lis pendens* e a *res judicata*<sup>282</sup>, atuando para um mesmo objetivo, apesar de em momento distintos<sup>283</sup>.

No entanto, se a regra da *res judicata* já estava prevista no Digesto de Justiniano, o mesmo não ocorria com a litispendência, ao menos não como mecanismo de coordenação de processos pendentes<sup>284</sup>. Foi a partir da interpretação do direito romano clássico, organizado e sintetizado por juristas holandeses do século XVII, de acordo com a prática de

---

<sup>279</sup> “A *litis contestatio* produzia a preclusão da ação, vedando-se, pela regra *bis de eadem re ne sit actio*, a propositura de outra demanda fundada na mesma relação jurídica precedentemente deduzida em juízo. [...] Dentre os importantíssimos efeitos decorrentes da *litis contestatio*, a *novatio necessária* ensejava a extinção da relação de direito material (obrigação originária) deduzida em juízo, dando origem à uma nova relação (obrigação processual derivada), o que vedava, por força da regra *bis de eadem re ne sit actio*, o ajuizamento de outra ação lastreada na mesma relação jurídica substancial” (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 101, 103.)

<sup>280</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 101, 104.

<sup>281</sup> PÅLSSON, Lennart. *The institute of lis pendens in international civil procedure*. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandianvian Law, 1970. v. 14. p. 68.

<sup>282</sup> Como destacado por Kaj Hobér, os objetivos da coisa julgada e da litispendência estão refletidos nas máximas latinas *interest reipublicae ut sit finis litium* (“no interesse da sociedade, como um todo, o litígio deve ter um fim”) e *nemo debet bis vexari si contest curiae quot sid pro una et eadem causa* (“ninguém deve ser perturbado duas vezes se, aos olhos da corte, tratar-se de uma única e mesma causa”) (*Res judicata and lis pendens in national law*. In: *The Hague Academy of International Law. Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*. Leiden: Nijhoff; Boston: Brill, 2014. v. 366. p. 126. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.). Tradução livre do inglês para o português: “it is in the public interest that there should be an end to litigation” e “no man ought to be twice troubled or harassed if it appears to the court that it is for one and the same cause”, respectivamente. *College of Opticians of Ontario v. John Doe 1*, 2007 Can LII 20097. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2007/2007canlii20097/2007canlii20097.html>. Acesso em: 04 set. 2018. No mesmo sentido: *Desmond v. Kramer*, 232 A. 2d 470 (1967). Disponível em: [https://scholar.google.ca/scholar\\_case?case=7399978101428729202&q=232+A.+2d+470&hl=en&as\\_sdt=2,5](https://scholar.google.ca/scholar_case?case=7399978101428729202&q=232+A.+2d+470&hl=en&as_sdt=2,5). Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>283</sup> PÅLSSON, Lennart. *The institute of lis pendens in international civil procedure*. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandianvian Law, 1970. v. 14. p. 68.

<sup>284</sup> McLACHAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 220, 236.

suas cortes à época<sup>285</sup>, que a vedação da litispendência foi identificada como princípio do direito comum. Servia para regular o sistema judiciário descentralizado das províncias holandesas após o Tratado de Westfália, assim como outros estados nacionais então criados. Por isso, sustenta-se que foram esses estudos que inspiraram a adoção da *lis pendens* nos códigos de processo do século XIX, dentre os quais o francês<sup>286</sup>.

Além da contribuição ao direito interno, o trabalho desempenhado pelos holandeses sobre o direito romano influenciou também as bases do direito internacional privado e mais especialmente para a matéria do conflito de leis. Diversamente de sua utilidade na Roma antiga, de índole centralizadora, a litispendência assumiu nesse contexto um significado mais abstrato, como mecanismo de coordenação entre instituições judiciais estrangeiras, fundado na noção da *comity* (cortesia), respeito mútuo e conveniência comercial<sup>287</sup>. Apesar da intenção de reconhecer-se a vedação à litispendência no contencioso internacional, como lei geral a auxiliar o desenvolvimento de um método estruturado e positivado de regulação do conflito de leis, a estrita observância da prioridade entre processos não chegou, à época, ao contrário da coisa julgada, a ser efetivamente considerada aplicável nesse âmbito<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Tratam-se de Johannes Zangerus, Ulrich Huber e, especialmente, Johannes Voet, conforme McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 28-29.

<sup>286</sup> “the 1852 edition of Dalloz, Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence which, at XXIII, 101, relies in its exposition of the foundation for Article 171 of the French Code of Civil Procedure upon the authority of Voet and Zangerus” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 29, nota 59.). Em comentário ao artigo 100 do atual Code de Procedure Civil, Vincent e Guinchard ressaltam que “Historiquement, ce mécanisme classique de prévention servait à régler les conflits de compétence entre un *tribunal ecclésiastique et un tribunal laïque*” (*Procédure civile*. 25. ed. Paris: Dalloz, 1999. p. 405.).

<sup>287</sup> Nesse sentido, a decisão do Tribunal Internacional dos Oceanos e do Direito do Mar (UNCLO) de aguardar decisão em processo pendente perante a Corte de Justiça Europeia: “bearing in mind considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions both of which may be called upon to determine rights and obligations as between two States, the Tribunal considers that it would be inappropriate for it to proceed further with hearing the Parties on the merits of the dispute in the absence of a resolution of the problems referred to” (MOX Plant Case, Ireland v. United Kingdom, 24 de junho de 2003, Provisional Order n. 3, 126 ILR 310, 42 ILM 1187, UNCLOS, Annex VII, Tribunal, Mensah P, Crawford, Fortier, Hafner, Watts, § 28. Disponível em: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6164>. Acesso em: 30 dez. 2018.).

<sup>288</sup> O autor Campbell McLachlan considera que haveria um campo próprio do direito internacional privado, o do *conflito de processos* (“*conflict of litigation*”), em que inserida a litispendência enquanto princípio de coordenação judicial (*Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 32.).

### 3.3 Fundamentos da litispendência no direito interno

A adoção de critérios temporais de prioridade tem por objetivo evitar e impedir as consequências indesejáveis da relação de identidade entre demandas. Assim, os fundamentos para a aplicação da exceção de litispendência correspondem a consequências que se quer evitar<sup>289</sup>. Por isso, para apreender as razões que sustentam o instituto da litispendência, enquanto regra que impede o prosseguimento de demanda idêntica à anterior, convém verificar-se quais são as consequências negativas que se busca combater.

A primeira e principal consequência da regra da litispendência é o *bis in idem* que significa “a mesma coisa duas vezes”. Serve para designar a situação em que para um mesmo fato é endereçado, repetidamente, um tratamento jurídico, nem sempre o mesmo. O repúdio comum a essa situação é traduzido pela máxima *ne bis in idem*<sup>290</sup>. No campo processual, o *bis in idem* remete à existência de uma mesma demanda, proposta e pendente em duplicidade, levando, conseqüentemente, à pendência de um *procedimento* em duplicidade e a uma *decisão* em duplicidade<sup>291</sup>.

Surgem daí as principais consequências que os sistemas jurídicos adeptos da regra buscam evitar com a litispendência, que podem ser agrupadas segundo sua repercussão *sistêmica* ou *econômica*<sup>292</sup>.

---

<sup>289</sup> “*eventuais medidas* a serem tomadas por conta da existência de certa relação de identidade entre demandas que tramitam em separado devem partir da *realização de um juízo de valor a respeito das consequências* desse processamento autônomo de causas para o ordenamento jurídico. Constatar a persistência de alguma *ameaça a uma das finalidades do processo ou à possibilidade de promoção de algum de seus fins* é ao que deve se dedicar o magistrado que toma conhecimento da existência das demandas similares em tramitação” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*: de acordo com o Novo CPC e a Lei nº 13.256/2016. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 10-11.).

<sup>290</sup> “O princípio do *ne bis in idem* veda a dupla incriminação. Por isso, ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pelo mesmo fato. A instauração de um processo por fato (histórico) idêntico ao tratado em feito anterior configura litispendência” (ESTEFAN, André. *Direito Penal 1*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135-136. A esse respeito: ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*: primeiro volume – Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 234-235.

<sup>291</sup> “a promessa constitucional de controle jurisdicional e acesso à jurisdição (art. 5º, inc. XXXV) não chega ao ponto de permitir que *uma pretensão seja trazida ao Poder Judiciário mais de uma vez*. O *bis in idem* é tradicionalmente repudiado pelo direito, e nesse caso mediante a chamada exceção de litispendência. Também na disciplina processual da coisa julgada material reside um repúdio ao *bis in idem*: julgado o mérito e ocorrido o trânsito em julgado, proíbe-se que a mesma pretensão seja rerepresentada e novamente julgada” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. p. 71.)

<sup>292</sup> “o trato conferido ao tema é medida orientada pelos princípios da *economia processual* e da *harmonia ou uniformidade de decisões* [...]. O escopo fundamental de evitar *atividades inúteis e provimentos conflitantes* é a premissa e o fim desse estudo” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*: de acordo com o Novo CPC e a Lei nº 13.256/2016. 1. ed. Brasília: Gazeta

Sob uma perspectiva *sistêmica*, a pendência paralela de demandas judiciais idênticas gera inevitavelmente o risco de pronunciamentos inconsistentes ou efetivamente conflitantes. Por evitar esse risco, a regra da litispendência serve como uma antecipação à proteção da coisa julgada. Apesar de se tratar de *risco* de conflito entre as futuras decisões, é extremamente provável que esse se configure, considerando-se a subjetividade da atividade interpretativa de diferentes julgadores, estejam eles julgando com base em um mesmo ordenamento ou não.

Por outro lado, a insegurança jurídica acarretada pela litispendência é ainda maior do que aquela que a coisa julgada busca combater justamente porque envolve uma *previsão* de inconsistência ou contradição entre julgados, baseada na identificação das partes, causa de pedir e pedidos da demanda<sup>293</sup>. A insegurança é reforçada ainda na medida em que o potencial conflito de julgados pode interferir na viabilidade do cumprimento e execução do pronunciamento judicial.

Ademais, a disparidade de entendimentos acerca de uma mesma situação prejudica a consistência da fundamentação das decisões (*ratio decidendi*). Disso resulta impacto especialmente relevante em sistemas jurídicos adjudicatórios que se baseiam precedentes judiciais ou que, como o Brasil, tem aderido à utilização dos precedentes como meio de aprimorar o acesso à justiça<sup>294</sup>.

Como se percebe, a perspectiva de conflito entre decisões judiciais, suas fundamentações e respectivas coisas julgadas, constitui manifesta afronta à segurança jurídica esperada de um sistema jurídico, colocando em risco sua coerência e com isso sua credibilidade<sup>295</sup> perante a sociedade, além da sua própria legitimidade<sup>296</sup>. Adicionalmente,

---

Jurídica, 2016. p. 12.). No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. p. 585.

<sup>293</sup> “But a determination of litispence cannot proceed completely on the same footing as that of *res judicata*, since it involves a prediction, based upon the claims asserted by the plaintiff, of the nature of the action” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 114.)

<sup>294</sup> A respeito de múltiplos temas relacionados à adesão do atual Código de Processo Civil brasileiro aos precedentes judiciais, v. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de (Orgs.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.

<sup>295</sup> “Além disso, a manutenção de processos idênticos poderia levar a decisões contraditórias, o que, além de *desprestígio ao Poder Judiciário*, poderá gerar no caso concreto problemas sérios de *incompatibilidade lógica ou prática dos julgados* contrários” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. p. 585.)

<sup>296</sup> “it potentially leads to conflicting decisions, which again are harmful both to the litigants and to society. Conflicting decisions can also be harmful to society, because they *highlight the lack of consistency of the legal order*. Serious and repeated inconsistencies may jeopardize the *legitimacy*



coloca-se como óbice relevante à efetividade processual, uma vez que a prolação de duas decisões distintas para uma mesma disputa equivale a não a resolver. Há que se considerar, também, que o potencial conflito entre decisões viola o princípio da igualdade processual, por permitir que situações substancialmente iguais sejam tratadas de maneira diversa.

Por outro lado, sob um viés *econômico*, a instauração de dois procedimentos levará a dispêndio duplicado e desnecessário de recursos financeiros e humanos<sup>297</sup>, apesar de suficiente uma única resposta jurisdicional para resolver o conflito de forma definitiva. Acarretará, também, inconveniente gasto de tempo, o que indiretamente gera custo adicional correspondente ao que se deixou de fazer e que poderia ter sido feito naquele *interim*.

Esse desperdício onera, primeiramente, às próprias partes, que arcam, em maior ou menor grau, a depender da regulamentação de cada tribunal, com parte dos custos do processo e contratação de advogados. Onera, igualmente, o próprio Estado, que emprega com subsídios públicos para garantir a prestação jurisdicional, mantendo e gerindo o funcionamento dos tribunais<sup>298</sup>. Enquanto recurso público, esse gasto é arcado indiretamente pela própria sociedade contribuinte.

Como tal, a exceção de litispendência favorece o princípio da economia processual, uma vez que evita todo o complexo de atos processuais que seriam incorridos com a duplicidade. Ademais, ao evitar eventuais conflitos entre os comandos judiciais interlocutórios direcionados às partes, beneficia a celeridade.

Por outro lado, o aspecto econômico da litispendência também corrobora a efetividade processual. Ao impedir-se a duplicação de processos judiciais, garante-se a

---

*and credibility of the legal order*” (CUNIBERTI, Gilles. Parallel Litigation. *ICSID Review*, v. 21, n. 2, p. 395, Fall 2006.)

<sup>297</sup> “Para começar, dois procedimentos paralelos irão certamente *causar inconveniência* ao menos do ponto de vista de *uma das partes*. Não apenas irá *dobrar a quantidade de trabalho* inerente ao contencioso necessário, mas os *custos de participar* em dois procedimentos diversos vão aumentar consequentemente” (trad. livre). “To begin with, two parallel proceedings will most certainly cause inconvenience from at least one of the parties’ point of view. Not only will twice the amount of work attached to litigation be required, but the costs for participating in two different proceedings will consequently increase” (FORSTÉN, Denice. *Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration: a comparative study between the common law and civil law traditions*. Orientador: Henrik Bellander. Dissertação (Mestrado em Direito Processual (Arbitragem)) – Universidade de Uppsala, 2015. p. 37. Disponível em: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:813565/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

<sup>298</sup> “A exemplo do que ocorre em vários países, também no Brasil as custas ou taxas judiciárias são utilizadas para cobrir os custos operacionais dos tribunais. Por isso, a quantia arrecadada é extremamente relevante, vez que os orçamentos destinados às cortes de justiça são, em geral, insuficientes.” (QUADROS, Noeval de. As custas judiciais em foco. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/agencia-cnj-de-noticias/artigos/13592-as-custas-judiciais-em-foco>. Acesso em: 16 jun. 2018.)

efetividade enquanto instrumentalidade positiva do processo, obtendo o máximo de resultado da atividade jurisdicional, com o emprego do mínimo de recursos e de tempo necessários ao alcance da pacificação da disputa<sup>299</sup>.

Por fim, enquanto efeito da litispendência em sentido amplo (primeira acepção do termo, cf. Introdução), o efeito impeditivo da litispendência decorre também de um objetivo maior. Esse objetivo consiste na neutralização dos efeitos que o tempo imputa ao processo<sup>300</sup>.

### 3.3.1 Litispendência como norma de ordem pública processual

A exata identificação das normas de ordem pública não se revela tarefa fácil. Isso porque, de um modo amplo, a ordem pública traduz-se como verdadeiro princípio, de conteúdo programático e abstrato, voltado a preservar valores tidos como socialmente relevantes para uma determinada sociedade e em determinada época<sup>301</sup>. De um modo restrito, representa normas concretas e positivadas deduzidas a partir daqueles valores de relevância social, em geral instituídos constitucionalmente, incidentes sobre o direito material ou processual<sup>302</sup>.

Justamente por sua amplitude, a ordem pública não se resume a um campo de absoluta indisponibilidade. Apesar de concernente a uma coletividade e, por isso,

---

<sup>299</sup> “Falar da efetividade do processo, ou da sua *instrumentalidade em sentido positivo*, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 362.). No mesmo sentido: “*Celeridade e segurança* são valores concorrentes para um resultado *justo e equo*, colocados em relação de proporcionalidade inversa: a *celeridade* a todo custo tem sido uma grande mazela em relação à qualidade dos julgamentos; do mesmo modo, a *segurança jurídica*, alcançada por meio de um processo lento, constitui fonte de angústias e denegação da justiça” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*: de acordo com o Novo CPC e a Lei nº 13.256/2016. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 14-15.).

<sup>300</sup> “A finalidade primeira da exceção de litispendência está ligada à questão da eficácia do processo *pendente*, sem prejuízo de gerar – em decorrência de tal finalidade – outros reflexos, ligados à economia processual, à harmonia de julgados, etc.” (DAGUANO JUNIOR, Oswaldo. *A litispendência no processo civil*. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 74.)

<sup>301</sup> “As normas de ordem pública são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera *indispensável à organização social*, segundo os preceitos de direito. Trata-se assim de um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a *singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época*” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69.)

<sup>302</sup> “As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como *integrantes de seu núcleo essencial*, compondo o universo mais ou menos amplo dos *valores éticos, sociais, culturais, econômicos e até religiosos*, que a *sociedade brasileira elegeu e procura preservar*” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67.)

transcendente a interesses meramente individuais, as matérias de ordem pública não abrangem apenas direitos indisponíveis, envolvendo igualmente direitos disponíveis<sup>303</sup>.

Por outro lado, apesar de imperativa, a ordem pública também não se equipara às questões reconhecíveis *ex officio*. O reconhecimento *ex officio* é apenas um dos atributos das questões de ordem pública. Além desse, as questões de ordem pública caracterizam-se por não ensejarem preclusão, podendo ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição<sup>304</sup>. Inclusive, há questões que podem ser reconhecidas pelo juiz *ex officio*, mas que não configuram ordem pública<sup>305</sup>.

Postas essas características gerais, a ordem pública define-se como núcleo de normas de interesse coletivo cuja observância se impõe nas relações jurídicas, servindo como fator de delimitação da autonomia da vontade<sup>306</sup>. Enquanto tal, condiciona a eficácia a essas relações privadas pelo ente detentor de soberania.

Configura-se como ordem pública *interna* aquela que representa os interesses da coletividade de determinado Estado e que se aplica às relações jurídicas mantidas sob seu território. Distingue-se da ordem pública *internacional*, que se aplica às relações internacionais de determinado Estado, constituindo verdadeiro filtro de tolerância para reconhecimento de decisões estrangeiras. Enquanto tal, a ordem pública internacional afigura-se mais ampla do que a interna, de modo a proporcionar um amplo acesso à justiça, compondo-se de valores tidos por universais, que não justificam a reserva característica da ordem pública interna<sup>307</sup>. Há, ainda, uma ordem pública transnacional que corresponde aos

---

<sup>303</sup> “Se é fato que tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos indisponíveis” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 44.)

<sup>304</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 111.

<sup>305</sup> Aprigliano cita como exemplos de atividades de direção do processo – como determinar a supressão de expressões injuriosas nos escritos do processo, a intimação pessoal dos advogados da designação de nova audiência, etc. – assim como outras atividades não obrigatórias, como a determinação para reunião de causas por conexão e para retificação do valor da causa (*Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 110-111.).

<sup>306</sup> “a autonomia da vontade encontra na ordem pública o seu principal limitador [...] aprofundar este tema [ordem pública] significa, portanto, buscar estabelecer o núcleo de normas imperativas que devem ser respeitadas pelas partes, e de cuja inobservância se possa extrair a violação à ordem pública” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 43.)

<sup>307</sup> “a ordem pública internacional de um país é necessariamente mais tolerante que a sua ordem pública interna, sendo aquela somente manejável em situações mais drásticas, em que haja manifesto risco de afronta aos valores consagrados e protegidos pela Constituição” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 56.)

valores coincidentemente adotados pelos sistemas jurídicos nacionais. Traduz um sentimento universal de justiça e moral<sup>308</sup>.

No âmbito processual, a ordem pública incide sobre o controle de regularidade da prestação jurisdicional através de normas voltadas a garantir o acesso à justiça, com o alcance de uma solução justa, célere e efetiva<sup>309</sup>. Ainda que imperativas, as normas processuais devem ser aplicadas instrumentalmente, de acordo com os fins do processo e com o devido processo legal<sup>310</sup>. Atuam tanto no interesse do Estado, enquanto prestador da atividade jurisdicional, quanto no do particular, como destinatário dessa função<sup>311</sup>. No direito brasileiro, representa-se especificamente pelos requisitos impostos ao processo. São as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades processuais insanáveis<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 54. No mesmo sentido: “existe um conjunto mais ou menos vasto de princípios e normas de caráter não jurídico positivo, mas fruto da ciência do Direito, do Direito Natural ou do sentimento de jurisdição universal ou largamente transnacional, que constituem elementos enformadores da *ordem jurídica internacional comum a inúmeros estados*” (BARROCAS, Manuel P. A ordem pública na arbitragem. *Revista de Direito Empresarial*, v. 5, p. 309-389, p. 5 da versão eletrônica, set.-out. 2014.).

<sup>309</sup> “a ordem pública processual pode ser definida como um *conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo*, necessariamente voltadas para o objetivo maior de *perimir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade*, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatoria observância do contraditório, e que apenas *excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento de mérito do litígio*” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.). No mesmo sentido: QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*. Orientadora: Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 29-33.

<sup>310</sup> “a experiência dos séculos mostra ao constituinte, ao legislador e ao juiz que é muito mais provável obter *resultados bons e justos* quando os *pilares do devido processo legal são respeitados*, o processo se desenvolve em efetivo contraditório e o julgador se pauta por uma linha de independência e *respeito às formas indispensáveis*, endereçando àquelas um tratamento substancialmente isonômico etc.” (grifos nossos) (DINAMARCO, Cândido Rangel. In: GOUVÊA, Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Neves da (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil* – (arts. 1º ao 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1. p. 54.)

<sup>311</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: Comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

<sup>312</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 75; QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*. Orientadora: Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 29-33. Diferentemente, ressaltando a ordem pública processual como “os direitos e garantias fundamentais no processo”: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015. p. 148-153.

Como anteriormente exposto no que diz respeito ao sistema jurídico brasileiro e alguns outros sistemas (item 3.3, *supra*), a litispendência corresponde a pressuposto processual negativo entre processos nacionais. Uma vez constatada a situação de duplicidade, deve ser extinto o processo sem julgamento de mérito. Trata-se de norma cogente, que independe de alegação da parte e que deve ser aplicada *ex officio*, a qualquer tempo e grau de jurisdição, até a formação da coisa julgada<sup>313</sup>. A obrigatoriedade da regra sinaliza o interesse público que reside na proteção de determinados valores, relacionados às finalidades já abordadas anteriormente – evitar decisões conflitantes e gasto desnecessário de recursos. Encontra-se, portanto, no campo da ordem pública, em razão dos interesses que visa proteger<sup>314</sup>.

### 3.4 Fundamentos da litispendência internacional

No cenário internacional, as preocupações que sustentam a aplicação da exceção de litispendência ora são negadas, ora são reforçadas em ainda maior escala do que na nacional, conforme prevaleça postura mais protecionista ou integrativa e cooperativa de cada sistema jurídico com relação aos limites da jurisdição.

De um lado, colocam-se os sistemas jurídicos que autorizam o prosseguimento do processo na jurisdição nacional *independentemente* da pendência concomitante de uma mesma demanda perante autoridade jurisdicional estrangeira. Prevalece, nesse caso, preocupação com a proteção da soberania do país, desobrigando a autoridade jurisdicional brasileira a declinar em favor de Justiça estrangeira<sup>315</sup>. A situação de paralelismo é tratada

---

<sup>313</sup> Isso porque com a coisa julgada, encerra-se a litispendência. Há quem defenda que a litispendência deve ser *suprida pelo mero julgamento de mérito da segunda demanda proposta*: “se a segunda demanda vier a receber julgamento de mérito antes, é mais razoável que tal decisão venha a prevalecer, extinguindo-se a primeira demanda, que ainda não fora julgada” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 144.)

<sup>314</sup> “O repúdio da ordem jurídico-processual ao *bis in idem* chega ao ponto de mandar que o juiz faça *de ofício o controle da originalidade da demanda*, extinguindo o processo mesmo sem que o demandado o peça (CPC, art. 485, § 3º) e *mesmo no caso improvável de este aceitar expressamente a repetição*. Como se trata de *matéria de ordem pública*, referente ao exercício de uma função estatal que é a jurisdição, nega-se o próprio Estado, independentemente da vontade dos litigantes, a exercê-la duas ou várias vezes com o mesmo objetivo” (grifos nossos) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2. p. 75.)

<sup>315</sup> “No plano internacional, contudo, o reconhecimento da litispendência estrangeira importa redução da extensão da jurisdição nacional porque esta ficará desfalcada do poder de julgar a causa ajuizada no exterior; daí caber ao fenômeno o nome de prevenção da jurisdição e ser possível conceituá-lo como efeito da litispendência internacional” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, v. 50, p. 51-57, esp. p. 16 da versão eletrônica, abr.-jun. 1988.)

como total indiferença, eventualmente reconhecendo-se apenas a coisa julgada, mediante homologação da sentença estrangeira, independentemente de ter sido proposta antes ou depois de ação idêntica que tramite no território nacional e em que ausente decisão definitiva<sup>316</sup>.

O não reconhecimento da litispendência internacional fundamenta-se, ainda, nos princípios da não intervenção e da não ingerência característicos do direito internacional. A atividade jurisdicional é considerada indispensável e indelegável quando confrontada com o exercício paralelo por jurisdição estrangeira<sup>317</sup>. Isso, inclusive, porque o declínio em favor de jurisdição estrangeira não se coloca como uma mera decisão, mas configura-se como uma submissão em favor de outra autoridade jurisdicional<sup>318</sup>.

Como argumento adicional contra o declínio em favor de outra jurisdição, assume relevo também a provável incongruência na identificação tanto do tribunal instaurado em primeiro lugar, quanto dos elementos que identificam duas demandas, que variam segundo os critérios dos diferentes sistemas jurídicos nacionais<sup>319</sup>.

Seguindo essa perspectiva, relega-se a segundo plano eventuais ônus arcados pelo poder público ou às partes do processo em duplicidade que tramita no território estrangeiro<sup>320</sup>. Por sua vez, a preocupação com a potencial incoerência entre decisões

---

<sup>316</sup> É esse o caso do ordenamento jurídico brasileiro que prevê no art. 24, par. do Código de Processo Civil que “A pendência de causa perante a jurisdição brasileira *não impede a homologação* de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil”. Por essa interpretação: TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 244-245.

<sup>317</sup> “Ao dispor sobre o exercício da sua jurisdição de maneira afirmativa, o legislador parte da concepção de que *o Estado pode exercer ilimitadamente sua própria jurisdição*” (MANGE, Flávia Foz. *Processo internacional: reflexões sobre os efeitos da litispendência internacional*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattell Gomes (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2017. v. 1. p. 356.). “[...] ao aceitar a alegação de litispendência, o juiz nacional se vê impedido de exercer jurisdição, uma circunstância de certa forma inusitada – além de razões pessoais (psicológicas), se supõem haver também *razões de ordem pública (indeclinabilidade da jurisdição)*” (TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 231.)

<sup>318</sup> “what is involved is *not merely a decision* on the part of one court to decline its jurisdiction, but a *choice between two fora*, each of which may decide to exercise, or relinquish, jurisdiction” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 25-26.)

<sup>319</sup> MEHREN, Arthur von. *Adjudicatory Authority in Private International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2007. p. 292.

<sup>320</sup> “A eficiência judicial carrega consigo um certo apelo utilitário. Mas ela não explica, sem mais, *por que dever-se-ia estar preocupado com a conservação de recursos judiciais fora de um sistema legal específico* em que o tribunal esteja estabelecido” (trad. livre). “Judicial efficiency carries with it a certain utilitarian appeal. But it cannot explain, without more, why one should be concerned with

também é superada na medida em que a decisão estrangeira nada representa para o sistema jurídico até ser efetivamente homologada, prevalecendo antes disso o julgamento buscado dentro do território nacional. Por esse viés, toma-se como suficiente resolver o potencial conflito entre decisões com o reconhecimento da coisa julgada emanada de decisão estrangeira, até porque com isso se garante maior eficácia no sentido de impedir novos julgamentos sobre causas conexas<sup>321</sup>.

É essa a posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Civil de 1973 (art. 90) e mantida na atual legislação (CPC-15, art. 24)<sup>322</sup>, que nega reconhecimento à litispendência internacional, salvo se estabelecida em tratado ou convenção internacional. Parte da doutrina critica a opção do legislador brasileiro, entendendo ser incongruente com o tratamento dispensando à litispendência no âmbito interno<sup>323</sup>, entre outros fundamentos, que serão vistos na sequência, que respaldam o reconhecimento da litispendência internacional.

A atribuição de relevância ao paralelismo entre processos nacional e estrangeiro considera as mesmas consequências acarretadas internamente e que motivam a aplicação nesse âmbito, mas agora em escala internacional<sup>324</sup>.

---

the conservation of judicial resources outside the specific legal system in which the particular court is established” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 25-26)

<sup>321</sup> “Esses propósitos [da coisa julgada] não podem por definição ser resolvidos pela doutrina da litispendência, pois essa volta-se à situação em que não há julgamento. A relação com a *res judicata* é por isso, no máximo, uma tentativa de evitar julgamentos conflitantes com os efeitos da *res judicata* no futuro” (trad. livre). “These purposes cannot by definition be served by the doctrine of *lis pendens*, since it is concerned with a situation in which there is no judgment. The link with *res judicata* is therefore, at best, an attempt to avoid conflicting judgments with *res judicata* effects in the future” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 25.)

<sup>322</sup> Artigo 24: “A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil”.

<sup>323</sup> É essa a opinião de Mange que, entretanto, chama atenção para que, caso reconhecida a litispendência internacional, deveria ela ser condicionada à viabilidade do reconhecimento da potencial decisão estrangeira no Brasil, matéria que atualmente é atribuída ao Superior Tribunal de Justiça (MANGE, Flávia Foz. Processo internacional: reflexões sobre os efeitos da litispendência internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2017. v. 1. p. 364.). Também alertando para essa incompatibilidade: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I. p. 307.

<sup>324</sup> “Parallel litigation in more than one country between the same, or related, parties in relation to the same, or related, issues may lead to *injustice, delay, increased expense, and inconsistent decisions*” (COLLINS, Lawrence; DROZ, Georges. *The principles for determining when the use of the doctrine of *forum non conveniens* and *anti-suit injunctions* is appropriate*. Institut de Droit

Com efeito, em termos *econômicos*, o assoberbamento dos Judiciários ao redor do mundo e a conseqüente morosidade na entrega da Justiça demandam coordenação entre os Judiciários voltada à eficiência na prestação jurisdicional em nível global<sup>325</sup>.

No que se relaciona ao aspecto *sistêmico*, a efetividade das decisões proferidas internacionalmente, ao proporcionar sua execução em territórios estrangeiros, beneficia a intensificação das relações comerciais no atual processo de globalização. Evitam-se prejuízos à efetividade das tutelas buscadas<sup>326</sup> e eventuais sanções políticas e econômicas típicas das relações jurídicas internacionais<sup>327</sup>. Por outro lado, coibir o paralelismo atende à demanda internacional contra condutas desleais e táticas de partes que se utilizam de seu poderio econômico em manifesto abuso do direito de acesso à justiça<sup>328</sup>.

---

International, Session Bruges, 2003. Disponível em: [http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2003\\_bru\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_01_en.pdf). Acesso em: 11 nov. 2018.)

<sup>325</sup> “a duplicidade de demandas perante o Judiciário de países diversos pode ocasionar *desnecessária movimentação e assoberbamento da máquina judiciária*, em tempos nos quais trava-se *intensa batalha contra o grave problema do colapso dos tribunais* e da demora na duração dos processos em todo o mundo” (HILL, Flávia Pereira. Novas perspectivas sobre a litispendência internacional. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, v. 12, p. 187, 2013.)

<sup>326</sup> “Muito embora possa até ser possível admitir a jurisdição ilimitada de cada Estado [no plano da cognição, abstrato], *a realização do direito, a sua efetiva satisfação dificilmente será alcançada*, pois seria impossível a execução de uma determinada sentença estrangeira sem ferir a soberania de outro Estado” (MANGE, Flávia Foz. Processo internacional: reflexões sobre os efeitos da litispendência internacional. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2017. v. 1. p. 357.)

<sup>327</sup> “Aos poucos, porém, por força da *crecente aproximação política e comercial entre os países*, potencializada pela globalização e *interdependência econômica entre eles*, e da formação de acordos regionais de integração política, econômica e jurídica que provocaram um grande aumento da circulação internacional de indivíduos e empresas, observa-se que *essa resistência* [com relação ao reconhecimento da litispendência internacional] *tem sido rompida*” (CELLI JR., Umberto. Litispendência internacional no Brasil e no Mercosul. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 219-220, out.-dez. 2011.). No mesmo sentido, em artigo escrito há mais de vinte anos: PEREIRA, Luís César Ramos. A litispendência internacional no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 84, n. 711, p. 28, 1995.

<sup>328</sup> “o legislador pátrio não utilizou essa oportunidade para refletir sobre as inter-relações entre Poderes Judiciários e a necessidade de maior cooperação para evitar esforços desnecessários, desgastes com litígios paralelos e *utilização de fórum shopping como estratégia processual ou tática de guerrilha de partes com maior poder econômico*” (MANGE, Flávia Foz. Processo internacional: reflexões sobre os efeitos da litispendência internacional. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2017. v. 1. p. 374.). No mesmo sentido: “*movimentar duplamente a máquina judiciária, seja de um mesmo país, seja de países diversos, consiste em conduta que merece ser analisada sob o prisma da boa-fé*. Caso desvirtue as finalidades do direito de ação e acabe por representar um fator de instabilidade e de risco à boa administração da justiça, deve ser coibida e censurada” (HILL, Flávia Pereira. Novas perspectivas sobre a litispendência internacional. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, v. 12, p. 184, 2013.).



Adicionalmente, o reconhecimento das regras de prioridade entre processos paralelos favorece o equilíbrio do sistema jurídico internacional, contendo excessos do exercício jurisdicional, nos casos de concorrência de competência, em que não há interesse do Estado em ter exclusividade na solução do conflito<sup>329</sup>. Nessa medida, consistiria em verdadeira aplicação da não intervenção e não ingerência<sup>330</sup>.

Todos esses relevantes fatores em favor a adoção da litispendência em nível internacional resumem-se a uma visão mais abrangente da administração da justiça.

O sistema legal suíço é um forte exemplo de adesão à vedação à litispendência em nível internacional, estando prevista no art. 9º do Código Federal de Direito Internacional Privado<sup>331</sup>, em que se estabelece como condição, além da identidade entre as demandas, a viabilidade do reconhecimento da futura decisão estrangeira perante os tribunais suíços. A vedação à litispendência foi reconhecida pelo Tribunal Federal Suíço como norma de ordem pública, aplicável inclusive à arbitragem<sup>332</sup>. Por força de severas críticas de arbitralistas, em posterior alteração legislativa foi acrescentado novo dispositivo na referida normativa de direito internacional privado, isentando expressamente o árbitro de observar a prioridade de processo proposto perante jurisdição estatal<sup>333</sup>. De todo modo, a norma permanece vigente no que diz respeito a processos judiciais estrangeiros.

---

<sup>329</sup> Como define McLachlan, a litispendência pode ser reconhecida internacionalmente “como meio de declínio ou ajuste do exercício excessivo da jurisdição originária” (trad. livre) “*as a means of declining or fine-tuning otherwise excessive exercises of original jurisdiction*” (*Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 21.).

<sup>330</sup> “[...] princípios de não intervenção e de não ingerência que regem o direito internacional e cuja aplicação prática leva à abstenção por parte de cada Estado de legislar e julgar de maneira excessiva e sem limites pessoas e coisas que estejam submetidas à competência territorial de outros Estados” (MANGE, Flávia Foz. Processo internacional: reflexões sobre os efeitos da litispendência internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2017. v. 1. p. 357.)

<sup>331</sup> “The Swiss court shall dismiss the action as soon as a foreign decision is submitted to it which can be recognized in Switzerland” (Switzerland’s Federal Code on Private International Law (CPIL). Disponível em:

[https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB).pdf). Acesso em: 28 set. 2018.)

<sup>332</sup> Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (Spain) v. Colon Container Terminal S.A. (Panama), Tribunal fédéral, 14 de maio de 2001. *ASA Bulletin*, Association Suisse de l’Arbitrage, Kluwer Law International, v. 19, n. 3, p. 555-565, 2001. Comentando o julgado: HOBÉR, Kaj. *Res judicata and lis pendens in national law*. In: *The Hague Academy of International Law. Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*. Leiden: Nijhoff; Boston: Brill, 2014. v. 366. p. 253. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.

<sup>333</sup> Art. 186 (bis) do Código Federal de Direito Internacional Privado: “1. The arbitral tribunal shall itself decide on its jurisdiction. 1bis It shall decide on its jurisdiction notwithstanding an action on

A França, por sua vez, coloca-se em uma posição intermediária. Apesar da ausência de regra expressa impondo a observância da litispendência internacional, admitiu-se, em decisão de 1974, a aplicação da exceção de litispendência diante de decisão a ser proferida no processo estrangeiro, suscetível de reconhecimento pelos tribunais franceses, em caso de competência concorrente. A sua aplicação, no entanto, deu-se dentro da discricionariedade do tribunal francês<sup>334</sup>.

A litispendência internacional é estabelecida em tratados e convenções internacionais e ordens supranacionais que respaldam a livre circulação de decisões judiciais. Nesse caso, as jurisdições de cada Estado-membro sujeitam-se a uma coordenação própria do suprasistema criado, afastando possíveis incoerências entre decisões. Para garantir a efetividade da regra, instituem-se ainda órgãos supranacionais próprios, a quem incumbirá decidir divergências sobre sua aplicação, julgar e sancionar o seu descumprimento. Alguns exemplos de integração como essa estão presentes no Código de Bustamante<sup>335</sup>, no Protocolo de Las Leñas<sup>336</sup> – dos quais o Brasil é signatário – e o Regulamento nº 1.215/2012, atualmente vigente na União Europeia<sup>337</sup>.

---

the same matter between the same parties already pending before a state court or another arbitral tribunal, unless there are serious reasons to stay the proceedings”.

<sup>334</sup> TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 239.

<sup>335</sup> Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, art. 394: “*La litis pendency por pleito en otro de los Estados contratantes* podrá alegarse en materia civil cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada” (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 10 nov. 2018.). No entanto, como apontado por Mange: “há divergência na doutrina se o referido artigo foi revogado pelo art. 90 do CPC/1973” (MANGE, Flávia Foz. *Processo internacional: reflexões sobre os efeitos da litispendência internacional*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2017. v. 1. p. 365-366.).

<sup>336</sup> Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009, art. 22, 2ª parte: “Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento” (Disponível em: <http://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/protocolo-de-las-lenas/>. Acesso em: 10 nov. 2018.).

<sup>337</sup> Regulamento (UE) nº 1.215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, art. 29: “Sem prejuízo do disposto no artigo 31º, nº 2, quando ações com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados-membros, qualquer tribunal que não seja o tribunal demandado em primeiro lugar deve suspender oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal demandado em primeiro lugar” (Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=PT>. Acesso em 10 nov. 2018.)

A percepção dos fundamentos que sustentam a litispendência internacional é relevante para o presente trabalho, na medida em que, uma vez relativizada a prioridade do árbitro para confirmar sua jurisdição, surge uma competência concorrente (item 2.3, *supra*). Nesse caso, o reconhecimento da litispendência, assim como na concomitância entre processos em jurisdições estatais distintas, seria fortalecido pelo reconhecimento da litispendência internacional, especialmente em se tratando de arbitragem com sede no exterior que poderia ser equiparada, segundo uma posição territorialista e monolocalizada da arbitragem (itens 1.2.2 e 1.2.3, *supra*), como processo estrangeiro.

### 3.4.1 A cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro

No âmbito do direito processual internacional, faz-se pertinente ainda uma outra comparação entre a convenção arbitral e a cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro. Voltam-se, ambas, a conferir jurisdição a uma autoridade jurisdicional específica, arbitral ou estatal<sup>338</sup>.

Como visto anteriormente, o Regulamento atual da União Europeia (Reg. nº 1.215 de 2012) prevê em seu artigo 29 a aplicação da vedação da litispendência entre Estados-membros<sup>339</sup>. Estabelece, no entanto, como exceção à incidência da regra da prioridade a hipótese em que existente cláusula de eleição de foro, conforme o artigo 31, (2) da Convenção. Assim, prevê-se que, proposta demanda em primeiro lugar perante tribunal *não indicado* na cláusula de eleição, deverá ele suspender o processo até que o foro eleito declare que não possui jurisdição segundo a referida cláusula.

Conforme o considerando 20, a suspensão em favor do foro eleito deve ocorrer “*logo que o tribunal designado é demandado subsequentemente num processo com causa de pedir e com as mesmas partes*”. Esclarece-se que, com isso, se objetiva que o tribunal designado na cláusula de eleição tenha prioridade para decidir sobre a validade desse acordo e sobre sua extensão. Ademais, acrescenta-se que o tribunal designado na cláusula de eleição deverá prosseguir com o processo “*independentemente de o tribunal não designado já ter decidido a suspensão da instância*”<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> “Não haveria sentido em se tratar desigualmente, *acordos tão semelhantes*” (TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 170.). No mesmo sentido: TANG, Zheng Sophia. Parallel proceedings and anti-arbitration injunction. *Journal of Business Law*, n. 7, p. 589-610, esp. p. 609, 2012.

<sup>339</sup> Vide nota 334, *supra*.

<sup>340</sup> “a fim de reforçar a eficácia dos acordos exclusivos de eleição do foro competente e de evitar táticas de litigação [sic] abusivas, é necessário prever uma *exceção à regra geral de litispendência*,

De acordo com os esclarecimentos feitos no referido considerando, é possível apreender que, ainda que o art. 25 do Regulamento condicione a atribuição de competência a um tribunal de um Estado-membro por convenção das partes a sua validade<sup>341</sup>, a prioridade no reconhecimento de eventual nulidade do pacto deve ser atribuída ao foro eleito<sup>342</sup>.

No que diz respeito à legislação brasileira, o atual Código de Processo Civil, em seu artigo 25, exclui a jurisdição brasileira “*quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação*”. A disposição parece pôr fim à anterior divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de eleição de foro estrangeiro em casos de competência concorrente<sup>343</sup>. Na ausência de regra expressa estabelecendo a prioridade da autoridade jurisdicional estrangeira na confirmação da validade da cláusula de eleição, contudo, é questionável se a autoridade judicial instaurada em primeiro lugar estaria obstada a proceder à mesma análise, conforme autorizado na regulamentação europeia.

---

a fim de lidar de forma satisfatória com uma situação particular no âmbito da qual poderão ocorrer *processos concorrentes*. Trata-se da situação em que é demandado um tribunal não designado num acordo exclusivo de eleição do foro competente, e o tribunal designado é demandado subsequentemente num processo com a mesma causa de pedir e com as mesmas partes. Nesse caso, o tribunal demandado em primeiro lugar *deverá ser chamado a suspender a instância logo que o tribunal designado seja demandado e até que este declare que não é competente por força do acordo exclusivo de eleição do foro competente*. Isto destina-se a, numa tal situação, dar *prioridade ao tribunal designado para decidir da validade do acordo e em que medida o acordo se aplica ao litígio pendente*. O tribunal designado *deverá poder prosseguir a ação independentemente de o tribunal não designado já ter decidido da suspensão da instância*” (Na versão em português, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=PT>.

Acesso em: 10 nov. 2018.)

<sup>341</sup> “1. Se as partes, independentemente do seu domicílio, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência, *a menos que o pacto seja, nos termos da lei desse Estado-membro, substantivamente nulo*. Essa competência é exclusiva, salvo acordo das partes em contrário. O pacto atributivo de jurisdição deve ser celebrado: a) Por escrito ou verbalmente com confirmação escrita; b) De acordo com os usos que as partes tenham estabelecido entre si; ou c) No comércio internacional, de acordo com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial concreto em questão. 2. Qualquer comunicação por via eletrônica que permitam registo duradouro do pacto equivale à forma escrita” (Na versão em português, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=PT>. Acesso em: 10 nov. 2018.)

<sup>342</sup> Diferentemente, na Convenção de Haia sobre Cláusulas de Eleição de Foro 2005, não se estabelece uma prioridade em favor do foro eleito pelas partes (art. 6º). Nesse sentido: TANG, Zheng Sophia. Parallel proceedings and anti-arbitration injunction. *Journal of Business Law*, n. 7, p. 609, 2012; TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 172, nota 583.

<sup>343</sup> Na vigência da legislação processual anterior: TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o Judiciário brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 21, p. 84-113, abr.-jun. 2009.

Com relação à aplicação à arbitragem dessas disposições atinentes à cláusula de eleição de foro, é necessário ressaltar, primeiro, que o Regulamento nº 1.215/2012 excepciona expressamente sua aplicação à jurisdição arbitral<sup>344</sup>. Deixa-se clara a posição da Corte Europeia de Justiça no sentido de privilegiar o poder dos tribunais dos Estados-membros de se pronunciar sobre sua jurisdição, em detrimento da utilização de qualquer mecanismo voltado a impedir o paralelismo entre procedimentos<sup>345</sup>. O posicionamento implica uma clara competência concorrente e, conseqüentemente, admite a hipótese de litispendência, resolvendo-se a questão conforme o reconhecimento de coisa julgada às decisões resultantes<sup>346</sup>.

A despeito da indiferença com que é tratada na União Europeia, a arbitragem é favorecida pelo reconhecimento da competência-competência segundo os ordenamentos jurídicos nacionais, como o brasileiro. Nesse caso, uma vez prevista a competência do árbitro para decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção, deve-se prevalecer a prioridade do pronunciamento dessa autoridade jurisdicional<sup>347</sup>, a exemplo do tratamento dado pelo Regulamento 1.215/2012 às cláusulas de eleição de foro.

### **3.5 O *fórum non conveniens* como contraponto da litispendência nos sistemas jurídicos de *common law***

Os sistemas jurídicos do *common law* caracterizam-se pela utilização das medidas antiprocessos e pela aplicação da doutrina do *forum non conveniens*<sup>348</sup> como mecanismos de

---

<sup>344</sup> Considerando o nº 12: “O presente regulamento não deverá aplicar-se à arbitragem. Nada no presente regulamento deverá impedir que os tribunais de um Estado-membro, caso lhes seja submetida uma ação numa matéria para a qual as partes celebraram um acordo de arbitragem, remetam as partes para a arbitragem, suspendam ou encerrem o processo ou examinem se a convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação nos termos da lei nacional”.

<sup>345</sup> Nesse sentido, Erk cita o caso *West Tankers* (ERK-KUBAT, Nadja. *Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals*. Dissertação da University of St. Gallen. Aprovado por Prof. Dr. Markus Müller-Chen e Prof. J. D. Gary Born. Difo-Druck GmbH, Bamberg, 2014. p. 68.).

<sup>346</sup> ERK-KUBAT, Nadja. *Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals*. Dissertação da University of St. Gallen. Aprovado por Prof. Dr. Markus Müller-Chen e Prof. J. D. Gary Born. Difo-Druck GmbH, Bamberg, 2014. p. 69.

<sup>347</sup> TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 171.

<sup>348</sup> “o *forum non conveniens* constitui uma *complexa construção teórica*, denominada internacionalmente como uma ‘doutrina’” (CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?* Orientador: Gustavo Ferraz de Campos Monaco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 78.)

coordenação entre processos paralelos. Esse tratamento origina-se de contexto histórico próprio, diverso daquele em que se espelharam os ordenamentos do *civil law*<sup>349</sup>.

As medidas *anti-suit* eram instrumento utilizado pela *Court of Chancery*, tribunal de equidade da Inglaterra e País de Gales, como meio de invocar para si o julgamento de determinadas causas e prevenir seu julgamento pelas cortes do direito comum<sup>350</sup>. Sua prática originou-se da ausência de hierarquia entre as jurisdições da *equity* e da *common law* que caracterizavam o direito anglo-saxão.

Com a expansão britânica no século XIX, as medidas antiprocessos passaram a representar importante mecanismo para garantir a extensão do poder jurisdicional do rei, impedindo o prosseguimento de processos estrangeiros e alcançado àqueles que estivessem fora do seu território<sup>351</sup>. Até os dias atuais, essas medidas continuaram a ser utilizadas com base em regras complexas de competência<sup>352</sup>.

Assim como no sistema jurídico britânico, as cortes norte-americanas aderiram à utilização das liminares antiprocessos como meio de solucionar conflitos internos de jurisdição, decorrentes, nesse caso, do exercício discricionário do poder jurisdicional por cada ente federativo. Apenas nos anos 1990, os norte-americanos passaram a adotar as medidas *anti-suit* em âmbito internacional<sup>353</sup>.

Seguindo a marcante discricionariedade exercida através das medidas antiprocessos, as cortes inglesas passaram a adotar a doutrina do *forum non conveniens* desde o início do

---

<sup>349</sup> Destaque-se que os sistemas processuais de *common law* não se limitam e não se restringem a aplicação do *forum non conveniens* para coordenação dos processos judiciais. Utilizam-se de outros complexos institutos envolvidos no método de conflito de leis, como a identificação da *venue*, da *jurisdiction*, o *abuse of process* e o *estoppel*. Por uma questão de corte, o presente trabalho limitou-se a aprofundar o exame do *forum non conveniens*, considerando ser esse o mecanismo com o qual se costuma comparar a litispendência em âmbito internacional. Propondo a mesma comparação: ANDRIEUX, Gregoire. Declining jurisdiction in a future international convention on jurisdiction and judgments. How can we benefit from past experiences in conciliating the two doctrines of forum non convenience and lis pendens. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, v. 27, n. 3, p. 323, 2005.

<sup>350</sup> McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 53-54.

<sup>351</sup> “the king’s arm reached around the world [...]. Thus, a defendant was considered within the power or authority of the king’s court even when outside the territorial limits of the country” (STEIN, Alan. *Forum non conveniens* and the redundancy of court-access. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 133, n. 781, p. 798.)

<sup>352</sup> STEIN, Alan. *Forum non conveniens* and the redundancy of court-access. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 133, n. 781, p. 798.

<sup>353</sup> “[...] interjurisdictional injunctions were not invented for international cases alone. In fact, until relatively recently, American courts rarely exercised the power to restrain proceedings in the courts of foreign nations” (BERMANN, George. The use of anti-suit injunctions in international litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 28, p. 593-604, 1990.)

século XX. Com base nesse instituto, possibilitava-se o declínio da jurisdição em favor de foro estrangeiro, por ser considerado como mais conveniente.

O *forum non conveniens*, que consiste em evolução da doutrina escocesa do *forum non competens*, originou-se da necessidade de relativizar a estrita regra da litispendência no âmbito internacional, permitindo às cortes estatais deixarem de exercer a jurisdição, ainda que originariamente competentes, em função de determinadas circunstâncias, independentemente de o processo estrangeiro ter-se iniciado antes ou após o processo no foro<sup>354</sup>. Isso significa que, na aplicação desse instituto, a litispendência gerada pelo processo estrangeiro é apenas um dos elementos a serem considerados para o declínio da competência pelo juiz do foro em favor do juiz estrangeiro<sup>355</sup>.

Na prática escocesa, exigia-se para a aplicação do *forum non conveniens* a identificação de um foro alternativo e a demonstração de uma desvantagem, efetivamente injusta, causada ao demandado caso não declinada a competência<sup>356</sup>. Na Inglaterra, o instituto foi aplicado originalmente com base na constatação de que o prosseguimento do processo no foro se mostrasse como abusivo, opressivo e vexatório ao demandado e que, ao revés, a suspensão do processo não implicasse injustiça ao demandante<sup>357</sup>. Ou seja, em sua versão inglesa, prevalecia uma preocupação não apenas com a injustiça a ser causada ao demandado, mas também ao demandante.

Em 1978, a doutrina foi reformulada pelos ingleses, de modo a tornar mais concreta a noção de injustiça a ser sopesada, para condicionar sua aplicação à existência de um foro alternativo, em que a justiça possa ser feita com menos inconveniência e custo, e à não privação do demandante de vantagem pessoal ou jurídica. Essa aplicação foi lançada pela

---

<sup>354</sup> “This application increasingly became common practice in Scottish cases in the nineteenth century, when *forum non competens* ‘was available both where the court lacked jurisdiction and where it was not expedient for the due administration of justice to hear the case’” (BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 469-470.)

<sup>355</sup> McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 69.

<sup>356</sup> McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 57 e 69.

<sup>357</sup> BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 10-11.

*House of Lords* no caso *MacShannon v. Rockware Glass*<sup>358</sup>. Mais, atualmente, em julgado de 2000, inverteu-se a ordem do ônus da prova, possibilitando-se ao demandante demonstrar ao juiz a ausência de um foro natural no estrangeiro – escolhido apenas por força de interesses comerciais, por exemplo – e a necessidade de observância da justiça substancial em seu favor, de acordo com as circunstâncias específicas do caso<sup>359</sup>.

Por força da adoção da regra da litispendência na Convenção de Bruxelas, mantida na normativa judiciária atual da União Europeia (Reg. nº 1.215 de 2012), a tradição inglesa de aplicação do *forum non conveniens* deixou de ser aplicada em processos envolvendo residentes de Estados-membros<sup>360</sup>.

Nos Estados Unidos, foi no início do século XVIII que, no caso *Willendson v. Forsoket*<sup>361</sup>, se procedeu ao exercício da discricionariedade para declínio do exercício da jurisdição, ainda que *a priori* existente, envolvendo dinamarqueses e uma disputa marítima, com base nas noções de justiça e reciprocidade. Com a decisão, ampliou-se a prática para outros casos de jurisdição de almirantado (“*almiranty jurisdiction*”) que, em 1929, teve sua constitucionalidade confirmada, no caso *Douglas v. New York, New Haven & Hartford R. R. Co*<sup>362</sup>. No mesmo ano, Paxton Blair reconheceu aplicação da doutrina do *forum non conveniens* na prática de declínio de jurisdição<sup>363</sup>. Seguiu-se, a partir de então, uma série de decisões da Suprema Corte norte-americana no sentido de ampliar as condições dentro das

---

<sup>358</sup> BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 15.

<sup>359</sup> Caso *Spilada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, 1 A.C. 460 (H.L. 1987). No começo do século XXI, comentando sobre o caso *Lubbe v. Cape* (PLC, [2000] I W.L.R. 1545 (H.L.) (appeal taken from Eng.): “the doctrine allows plaintiffs to prevent a stay by showing that *trial in the alternative forum would not do justice and relies entirely on private-interest factors* to determine both the appropriateness of each forum and the availability of justice” (BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 474.).

<sup>360</sup> “The Owusu Court ultimately determined that the *civil law majority of Member State legal systems* (those following the *lis pendens* approach to claims of alternative jurisdiction) *wins out over the common law minority* (those with a doctrine of *forum non conveniens*)” (BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 32.)

<sup>361</sup> BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 38.

<sup>362</sup> BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 38.

<sup>363</sup> BLAIR, Paxton. The Doctrine of *Forum Non Conveniens* in Anglo-American Law. *Columbia Law Review*, v. 29, p. 1, 1929.



quais as cortes federais também poderiam declinar com fundamento na conveniência e justiça<sup>364</sup>.

Em 1947, pela primeira vez a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*<sup>365</sup>, reconheceu expressamente o *forum non conveniens* como meio legítimo para declínio de jurisdição, sob determinadas condições<sup>366</sup>. Segundo a Corte, a discricionariedade em questão poderia ser exercida quando existentes mais de um foro disponível, como meio de equilibrar interesses privados e públicos. Assim, sob uma perspectiva particular, cumpria observar, de um lado, as vantagens práticas de solucionar a disputa no foro alternativo e, de outro, os óbices a um julgamento justo naquele. Sob o viés público, impunha-se considerar tanto as dificuldades administrativas geradas pelo congestionamento dos órgãos judiciais quanto a preferência em resolver interesses locais no foro nacional.

Após uma segunda decisão no mesmo sentido da Suprema Corte<sup>367</sup>, uma nova previsão legal foi incluída no Código dos Estados Unidos (“U.S. Code”), autorizando as cortes distritais a transferirem ações civis para outros distritos com base “na conveniência das partes e testemunhas, no interesse da justiça” (tradução livre)<sup>368</sup>. Ao se tornar parâmetro legal, a utilização da discricionariedade para solucionar problemas como a distribuição da justiça e o congestionamento dos tribunais deixou de ser tratada como aplicação do *forum non conveniens*, equivalendo a efetiva regra de transmissão de foro (“*transfer of venue*”)<sup>369</sup>.

Por força de uma nova preocupação com casos envolvendo jurisdições alternativas fora dos Estados Unidos, a adoção do *forum non conveniens* ressurgiu no caso *Piper Aircraft v. Reyno*<sup>370</sup>. Na hipótese, diante do pedido do demandado para declínio da competência em favor de corte estrangeira, exigiu-se, primeiramente, confirmar a existência de foro alternativo e apropriado no exterior, para então proceder àquela mesma ponderação entre os

---

<sup>364</sup> *Canada Malting Co. Ltd. v. Paterson Steamships, Ltd.* 285 U.S. 413 (1932); *Rogers v. Guaranty Trust Co.* of N.Y. 288 U.S. 123 (1933); *Broderick v. Rosner*, 294 U.S. 629, 642-643 (1935).

<sup>365</sup> *Gilbert v. Gulf Oil Corp.*, 62 F. Supp. 291, 293-294 (S.D.N.Y. 1945).

<sup>366</sup> “In 1947, Gilbert and Koster settled the questions of (1) whether *forum non conveniens* was the law in the United States, and (2) the structure of its application in federal courts” (BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 48.)

<sup>367</sup> *Koster v. Lurnbennens Mut. Cas. Co.*, 330 U.S. 518 (1947).

<sup>368</sup> Section 1.404 (a) of Title 28.

<sup>369</sup> BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 478.

<sup>370</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).

interesses privados e públicos feita no caso *Gilbert*<sup>371</sup>. Assumiu, ainda, particular relevância a circunstância de o demandante do processo nos Estados Unidos ser estrangeiro, para concluir não se tratar do foro mais conveniente. Negou-se que o fato de a lei material estrangeira ser menos favorável ao demandante pudesse se caracterizar como circunstância a impedir o declínio da jurisdição.

Como destaca a doutrina<sup>372</sup> e outros precedentes<sup>373</sup> norte-americanos, o *forum non conveniens* serviu, de um modo geral, como complemento aos demais parâmetros típicos do direito processual americano, a *jurisdiction* (jurisdição) e a *venue* (foro competente)<sup>374</sup>. Foi para suprir a deficiência desses parâmetros, principalmente quando da intensificação das relações sociais com a conseqüente multiplicação dos foros a elas conectados, que as cortes norte-americanas passaram a invocar razões de conveniência, cortesia ou mesmo a ausência de outra solução para declinar da jurisdição para tratamento do paralelismo entre processos.

Com relação à influência da existência de processo paralelo pendente (*lis pendens*) no exercício do *forum non conveniens*, ao contrário dos ingleses, que conferem algum peso a esse elemento, apesar de não ser nem necessário, nem suficiente, o efeito negativo da litispendência é totalmente desconsiderado pelos norte-americanos. A postura que prevalece em seus tribunais, internamente, é de absoluta indiferença quanto à pendência de processo pendente anterior, razão pela qual tolera-se o paralelismo, deixando-se para resolver eventual conflito após a formação de coisa julgada<sup>375</sup>. No âmbito internacional, no entanto, o conflito com processo já proposto no exterior assume relevância com base no princípio da *comity* e como limite de ordem pública, que pode levar à corte norte-americana a declinar

---

<sup>371</sup> “Any *forum non conveniens* analysis must begin with a finding that *there is an alternative, appropriate forum*, and the court may condition a dismissal on grounds that guarantee the practical availability of such a forum. The next step is to engage in the *Gilbert balancing of private interest and public interest factors*” (BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 53.)

<sup>372</sup> “The doctrine of *forum non conveniens* developed in the United States in direct response to the evolution of jurisdiction and venue and helped fill the growing gap between the form and substance of those doctrines” (STEIN, Alan. *Forum non conveniens* and the redundancy of court-access. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 133, n. 781, p. 796.)

<sup>373</sup> *American Dredging Co. v. Miller*. 510 U.S., 1994. p. 443-455.

<sup>374</sup> “1. The proper or a possible place for a lawsuit to proceed, usu. because the place has some connection either with the events that gave rise to the lawsuit or with the plaintiff or defendant. 2. The territory, such as a country or other political subdivision, over which a trial court has jurisdiction” (BLACK, Henry Campbell; GARNER, Bryan Andrew. *Black’s law dictionary*. 4. pocket edition. St. Paul: Thomson Reuters, 2011. p. 805.)

<sup>375</sup> “the general rule in domestic cases is to allow both suits to proceed to judgment” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on Lis pendens and arbitration*. International Law Association. Toronto, 2006, p. 5.)

de sua jurisdição em favor da cooperação internacional<sup>376</sup>. De todo modo, não se confunde com a litispendência, na medida em que não exige a exata correspondência entre os elementos das demandas paralelas<sup>377</sup>.

Por meio dessa breve retrospectiva, buscou-se demonstrar os principais aspectos da utilização do *forum non conveniens* como instrumento utilizado nos sistemas jurídicos de *common law* inglês e norte-americano para o tratamento do paralelismo entre processos pendentes perante jurisdições distintas. Em síntese, pode-se dizer que esse tratamento se caracteriza pela *busca da solução justa em cada caso, desconsiderando estritas tecnicidades*<sup>378</sup>. É importante ter em mente essa tendência como alternativa à litispendência na solução da concomitância entre processo judicial e arbitragem.

### 3.6 Análise comparativa e método combinado

A comparação entre a regra da litispendência e a doutrina do *forum non conveniens* revela mecanismos com características marcantes e distintas entre si. O caráter objetivo e impositivo da litispendência contrasta com os critérios subjetivos e a aplicação discricionária típicos do *forum non conveniens*. Enquanto a litispendência incide, obrigatoriamente, quando identificadas a pendência anterior de demanda idêntica, para a aplicação do *forum non conveniens* a precedência do processo paralelo é tão somente um dos fatores que podem levar ao declínio da jurisdição exercida subsequentemente.

Em razão dessa nítida diferenciação, a coordenação do exercício da jurisdição em nível internacional torna-se um desafio, uma vez que permeado pelas preferências de *common law* e de *civil law*. Como visto, inclusive, apesar de sua incidência em âmbito

---

<sup>376</sup> BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 56.

<sup>377</sup> BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 56.

<sup>378</sup> Em caráter excepcional e por força da impossibilidade de acesso à fonte original, transcreve-se aqui a citação traduzida da obra de McLachlan, que resume com excelência a postura das cortes de *common law* perante a situação de paralelismo: “For civil lawyers should not forget that, *in the common law world, the search for the just and fair resolution of every single case* (Einzelfallgerechtigkeit in German) has a *long tradition in equity procedure*, which developed in response to the rigid procedure in the common law courts, and which, often manned by clergy, operated on reason and morality *rather than on legal technicalities*” (*Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 59), citando Baumgartner. Related Actions. 3 *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, v. 203, n. 218, 1998.

interno nos países de tradição *civil law*, muitos deles não reconhecem a litispendência com relação a processo estrangeiro (item 3.4, *supra*).

Nesse contexto, uma possível solução, apta a harmonizar o exercício do poder jurisdicional, seria alcançar uma combinação dos institutos em questão, mediante temperamento de seus extremos. Isso significaria admitir, por um lado, maior margem de interpretação na identificação dos requisitos da regra da litispendência e, por outro, conferir maior importância à pendência precedente de outro processo, voltado à solução de uma mesma disputa, perante outro tribunal.

A mescla supriria relevantes deficiências dos mecanismos, quando aplicados para regular conflitos entre jurisdições. De uma parte, preveniria distorções na aplicação da estrita regra da *litispendência*, proporcionando ao julgador maior flexibilidade para conciliar o universo de leis materiais e processuais potencialmente incidentes na sua aplicação<sup>379</sup>. De outra parte, reduziria a exacerbada discricionariedade das cortes de *common law* na adoção do *forum non conveniens*, conferindo-lhe certa previsibilidade e prevenindo seu uso de forma discriminatória<sup>380</sup>.

Em especial, a análise sobre a conveniência do declínio da jurisdição que leve em conta o processo que foi proposto em primeiro lugar proporciona controle sobre a boa-fé e cooperação que deve pautar as relações jurídicas processuais. É factível que o demandado de um primeiro processo instaure outro processo em paralelo – arbitragem ou processo – com o intuito de protelar o prosseguimento do primeiro processo, aproveitando-se do tempo despendido para esvaziar seu patrimônio. Contudo, a propositura do primeiro processo também pode constituir-se como estratégia de um devedor, que se antecipa em propor a demanda perante Judiciário mais moroso. A propositura concomitante em diversas

---

<sup>379</sup> A common critic to European Regulation is that “A strict rule of *lis pendens* will not however, control *forum shopping*, unless it is capable of dealing with the pursuit of claims by *related parties*; and the *pursuit of reverse litigation*, the claim for a negative declaration, as a means of pre-empting the choice of forum” (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 145.). Também sugerindo um juízo de conveniência na aplicação da litispendência: ORREGO VICUÑA, Francisco. *Lis pendens arbitralis*. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. p. 207-218, esp. p. 211. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

<sup>380</sup> “Some courts have applied a domestic plaintiff standard to foreign plaintiffs from countries that are party to a Treaty of Friendship, Navigation and Commerce with the United States; such treaties consistently include a provision requiring *nondiscriminatory treatment* of nationals of the other state” (BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 480).

jurisdições pode, ademais, constituir medida de boa-fé, fundada na preocupação de um credor em alcançar os bens do devedor em diferentes jurisdições, como meio de assegurar a futura condenação<sup>381</sup>.

Já existem tentativas para o estabelecimento de parâmetros que combinam *lis pendens* e *forum non conveniens* para regulação adequada do contencioso transnacional, aderente à realidade globalizada atual. É esse o caso do projeto da Convenção de Haia sobre Jurisdição e Julgamento em Matérias Cíveis e Comerciais de 2001<sup>382</sup>, dos Princípios do Processo Transnacional elaborados pelo American Law Institute e pela UNIDROIT (2004)<sup>383</sup> e dos princípios do Acesso Transnacional à Justiça elaborados pela *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (2016)<sup>384</sup>.

Como bem coloca McLachlan, esses avanços mostram-se particularmente importantes quando, na ausência de um “suprassistema” para reger a interação entre diversos sistemas legais, seja necessário acomodar tanto interesses de ordem privada, quanto interesses de ordem pública. Aqueles, correspondentes à busca da justiça substancial pelos litigantes, desatrelada dos rígidos limites do Estado de Direito. Esses, concernentes ao respeito mútuo entre os diversos sistemas de adjudicação, de modo a atender às diferentes maneiras com as quais interagem<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> ERK-KUBAT, Nadja. *Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals*. Dissertação da University of St. Gallen. Aprovado por Prof. Dr. Markus Müller-Chen e Prof. J. D. Gary Born. Difo-Druck GmbH, Bamberg, 2014. p. 12.

<sup>382</sup> Especificamente: Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6 – 20 June 2001: Interim Text, de acordo com arts. 21 e 22. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/response-to-the-preliminary-draft-convention-2000-2001->. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>383</sup> Especificamente, itens 2.5 e 2.6. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>384</sup> Disponível em: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

<sup>385</sup> McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 90.



## **4 EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE ARBITRAGEM E PROCESSO**

Tendo em vista as premissas fixadas nos itens anteriores quanto ao que representa a pendência da arbitragem (primeiro capítulo), ao que configura hipótese de concorrência entre jurisdição arbitral e estatal em caso de divergência sobre a extensão e regularidade da convenção de arbitragem (segundo capítulo) e aos fundamentos que justificam a aplicação da litispendência enquanto exceção processual no âmbito interno e internacional (terceiro capítulo), esse quarto capítulo tem como enfoque a aplicabilidade da exceção de litispendência à arbitragem.

Para tanto, procede-se inicialmente a uma comparação entre a competência-competência, regra concebida para regular a coordenação entre a jurisdição arbitral e judicial no que diz respeito à confirmação da competência do árbitro e a exceção de litispendência, pautada no critério neutro da anterioridade (item 4.1).

Passa-se, em seguida, ao exame da adoção do critério temporal na coordenação do processo judicial com a arbitragem, subdividindo-se em duas perspectivas. A primeira, do juiz, diante da pendência da arbitragem (item 4.2.1), de acordo com o sistema jurídico francês (item 4.2.1.1) e o sistema jurídico brasileiro (item 4.2.1.2). A segunda, do árbitro, diante da pendência anterior de processo judicial (item 4.2.2). Nesse segundo caso, enfoca-se o efeito do processo judicial paralelo na arbitragem em função da jurisdição perante a qual tramita (item 4.2.2.1) e em função de sua prioridade (item 4.2.2.2).

Por fim, serão identificadas as consequências de se tomar como irrelevante a pendência de processo judicial ou arbitragem em paralelo em que se discute a extensão e regularidade da convenção arbitral (item 4.3).

### **4.1 Competência-competência e exceção de litispendência**

Se por um lado não se pode confundir a aplicação da competência-competência com a incidência da regra da litispendência, por outro, os institutos não são totalmente indissociáveis. Faz-se necessário o confronto entre as duas noções, de modo a verificar em que medida se distinguem e em que medida se assemelham e mesmo se combinam.

Uma das principais diferenças comumente destacadas entre os institutos consiste em que, ao contrário da litispendência, a competência-competência não se constitui como uma regra neutra, sendo ínsito a ela o favorecimento da arbitragem. Com efeito, a exceção de

litispêndência aplica-se de maneira objetiva e automática, sem considerar a legitimidade da jurisdição ou do juízo perante o qual a primeira demanda foi proposta<sup>386</sup>. Por força dessa indiferença com relação à legitimidade do órgão jurisdicional que foi acionado em primeiro lugar, justifica-se sua aplicação na medida em que ambos os órgãos insiram-se em esfera jurisdicional de um determinado Estado. Ainda que pertençam a esferas jurisdicionais distintas, a incidência também se valida enquanto vigore entre eles um comprometimento mútuo de cooperação (itens 3.3 e 3.4, *infra*).

Por sua vez, a competência-competência atua especialmente para proteger a arbitragem contra manobras protelatórias, o que se justifica tanto na presunção de validade da convenção arbitral quanto no *pacta sunt servanda* (item 2.2, *supra*). Como tal, a competência-competência é *indiferente ao paralelismo* da arbitragem com uma mesma demanda na esfera judicial, exatamente o oposto ao que preconiza a regra da litispêndência.

No entanto, em um contexto de interação entre a arbitragem e as jurisdições nacionais, torna-se necessário um *efeito negativo* que impeça que qualquer outro órgão jurisdicional além do árbitro proceda à análise da jurisdição arbitral segundo a convenção de arbitragem. Com esse viés negativo, a competência-competência reafirma a *atribuição positiva* ao árbitro de decidir sobre sua jurisdição em face de eventuais tensões que possam decorrer de a questão jurisdicional estar sendo paralelamente discutida em processo judicial<sup>387</sup>.

Isso porque, ao permitir-se a pendência concomitante dos pronunciamentos do árbitro e do juiz acerca da jurisdição arbitral, o princípio da competência-competência torna-se ineficiente enquanto regra de distribuição de poder<sup>388</sup>. É, portanto, nesse aspecto negativo

---

<sup>386</sup> “não poderá o juiz deixar de acolher a exceção de litispêndência em razão de eventual consideração sobre a inviabilidade do processo pré-existente” (DAGUANO JUNIOR, Oswaldo. *A litispêndência no processo civil*. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 84.)

<sup>387</sup> “Le but de la règle est ici d’éviter que les pressions financières résultant de contentieux multiples se déroulant en parallèle et la crainte de voir intervenir à tout moment une décision d’une juridiction étatique présumée l’emporter sur la sentence, ne ruine l’avantage résidant dans l’autorisation donnée aux arbitres de se prononcer eux-mêmes sur l’existence, la validité et l’étendue de la convention d’arbitrage” (GAILLARD, Emmanuel. *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence*. In: AKSEN, Gerald. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publication 693, ICC Publishing, 2005. p. 313.)

<sup>388</sup> “O princípio da competência-competência precisa ser entendido como uma norma de eficiência, voltada a uma finalidade prática, o que somente pode ser alcançada ao se enxergar o referido princípio como uma regra que distribui poder de modo excludente” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. 120



que a competência-competência persegue objetivos comuns ao da regra da litispendência, a segurança jurídica, além da eficiência e economia processual (item 3.3, *supra*). Por isso, inclusive, o efeito negativo da competência-competência é, segundo grande parte dos ordenamentos jurídicos, temporário; estende-se até o pronunciamento dos árbitros, sujeitando-se à anulação pelos tribunais estatais da sede ou de qualquer outra corte nos quais se busque reconhecimento.

Há, assim, uma ordem cronológica pela qual se opera a competência-competência, pela qual se confere prioridade ao árbitro na análise de sua jurisdição, a ser seguida de eventual reanálise do Judiciário. No entanto, ao invés de priorizar o juízo perante o qual proposta demanda em primeiro lugar, prioriza-se o pronunciamento do árbitro em face do pronunciamento do juiz<sup>389</sup>.

Contudo, a ordem de prioridade da competência-competência não se impõe de maneira absoluta. Mesmo no sistema jurídico francês, reconhecido por acolher em larga medida a competência-competência, em especial seu efeito negativo, não há um total impedimento a que o Judiciário se pronuncie quanto à legitimidade da jurisdição arbitral, desde que dentro de determinados critérios materiais (item 2.3.1, *supra*), processuais (item 2.3.2, *supra*) e temporais (item 4.2, *infra*). Ao mesmo passo, enquanto reconhecido o efeito positivo da competência-competência e ausente direta submissão dos árbitros aos juízes, o árbitro não pode ser impedido de analisar a convenção arbitral, ainda que eivada de vício grave, reconhecível *prima facie*.

Nesse contexto, em que o juízo sobre a regularidade e extensão da convenção arbitral é exercido concomitantemente por árbitro e juiz, assume relevância a pendência precedente do processo ou da arbitragem. O fato de existir uma jurisdição concorrente na definição da existência, validade e eficácia da convenção arbitral deve considerado em alguma medida. O fator temporal surge, assim, como meio de reforçar o efeito negativo da competência-competência, voltado a evitar que o paralelismo de pronunciamentos quanto à jurisdição arbitral comprometa a eficácia do método e, de certo modo, beneficiando igualmente o efeito

---

Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 24.)

<sup>389</sup> “o efeito negativo do princípio da *compétence-compétence* pressupõe uma ideia de cronologia. Ele não só permite que os árbitros *decidam sozinhos* sobre a sua própria competência, mas que *sejam os primeiros a fazê-lo*” (NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem e demandas paralelas: a visão do árbitro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 346.)

positivo considerando as consequências da ausência de coordenação mediante declínio de uma das jurisdições concorrentes (item 4.3, *infra*).

O que se conclui a partir desse confronto é que, apesar de distintas, a litispendência, enquanto regra que prioriza o processo em curso em face de processo subsequente, pode servir como *critério suplementar* na prioridade estabelecida pelo efeito negativo da competência-competência. Sob outra perspectiva, pode-se entender que a relevância atribuída à anterioridade da demanda judicial em face da arbitral ou vice-versa integra o próprio funcionamento da competência-competência. Como tal, esse elemento temporal ínsito à aplicação da competência-competência deve ser bem definido de modo a funcionar adequadamente. É com esse intuito que se passa a abordá-lo.

## **4.2 Critério temporal na aplicação da competência-competência**

Neste tópico, procurar-se-á identificar em que medida o critério temporal serve como critério suplementar para prevenir ou impedir o prosseguimento em paralelo de processo judicial e arbitragem. Essa análise será dividida em dois enfoques: o primeiro, dos efeitos que a *pendência da arbitragem* implica ao prosseguimento do processo judicial, tomando-se como base de análise as legislações do Brasil e da França (item 4.2.1) e o segundo, dos efeitos que a *pendência do processo judicial* implica ao prosseguimento da arbitragem (item 4.2.2).

### **4.2.1 A pendency da arbitragem perante o processo judicial**

Por essa primeira perspectiva, propõe-se a analisar a influência da pendency do processo arbitral quando levada ao conhecimento do juiz em processo judicial voltado à resolução de idêntica controvérsia.

Inicia-se esse exame com base na legislação francesa, que se destaca pelo amplo reconhecimento do efeito negativo da convenção arbitral<sup>390</sup> e da competência-competência<sup>391</sup>. Após, passa-se à análise da legislação brasileira, tendo em vista relevantes

---

<sup>390</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 93.

<sup>391</sup> Segundo Emmanuel Gaillard e Yas Banifatemi, a terminologia foi sugerida originalmente por Emmanuel Gaillard em 1994 na obra *Convention d'arbitrage*. In: *Juris Classeur: Droit International*, Fasc. 586-5, § 49, 50 (The negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators. In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. *Enforcement of Arbitration* 122

alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, ao prever nova hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito (artigo 485, inc. VII).

#### 4.2.1.1 O modelo francês

##### i) Exceção de arbitragem

O art. 1.448 do Código de Processo Civil francês dispõe que “quando uma disputa prevista em convenção de arbitragem seja levada perante a jurisdição estatal, essa deve se declarar incompetente, *exceto se o tribunal arbitral ainda não foi instaurado* e se a convenção arbitral for manifestamente nula ou manifestamente inaplicável” (trad. livre, grifos nossos)<sup>392</sup>. Como se verifica, o dispositivo legal institui uma abertura para que o Poder Judiciário possa analisar a convenção arbitral no caso de não estar ainda pendente uma arbitragem. *A contrario sensu*, uma vez instaurada a arbitragem, não se permite qualquer exame da convenção pelo Judiciário, independentemente da gravidade do vício ou da profundidade da análise necessária para sua verificação, incumbindo a esse declinar imediatamente de sua jurisdição<sup>393</sup>.

Reconhecem-se na disposição legal tanto o efeito negativo da convenção de arbitragem, uma vez que obriga o declínio da jurisdição estatal em favor da arbitral com base nessa convenção, quanto o efeito negativo da competência-competência, uma vez que impede que o Judiciário proceda à análise da regularidade e extensão da convenção, em prejuízo da realização dessa análise pelo árbitro<sup>394</sup>.

Como destacam Geisinger e Levy, a referida disposição do diploma processual francês contém “as sementes do raciocínio da *lis alibi pendens*”, pois, ao estabelecer hipótese

---

*Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008. p. 259.)

<sup>392</sup> Versão original em francês: “Lorsqu’un litige relevant d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable” (Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000023450909&idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181002>. Acesso em: 02 out. 2018.)

<sup>393</sup> O juiz *extinguirá* o processo, em oposição a outros diplomas legais que preveem a mera *suspensão* para que se aguarde a decisão do árbitro como na legislação inglesa (*section 9*). Vide item 2.1.1, *supra*.

<sup>394</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 99.

de prioridade absoluta do tribunal arbitral, utiliza-se de distinção baseada na cronologia<sup>395</sup>. Em outros termos, a partir de um critério temporal, qual seja a instauração da arbitragem, institui-se uma vedação automática ao prosseguimento do processo judicial, o que se equipara ao raciocínio da exceção de litispendência.

Atribui-se relevância à litispendência, nesse caso, somente para favorecer a arbitragem, assim como ocorre segundo a legislação francesa<sup>396</sup>. O óbice imposto à análise do Judiciário incide a partir do momento em que instaurada a arbitragem, o que ocorre com a nomeação e aceitação pelo árbitro do encargo de solucionar uma determinada disputa<sup>397</sup>. Por outro lado, uma vez proferida pelo árbitro sentença sobre sua jurisdição, seja ela parcial ou final, sujeita-se ela à ampla revisão (*full review*) dos tribunais franceses, tenha confirmado ou negado a jurisdição arbitral (art. 1.520, 1º)<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> GEISINGER, Elliott; LÉVY, Laurent. *Lis alibi pendens* in International Commercial Arbitration. *Complex Arbitrations: Perspectives on their procedural implications – Special Supplement*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, p. 55, nota 11, 2003.

<sup>396</sup> “Il s’agit là encore d’une *litispendance à sens unique*, qui a soulevé de vives critiques dans la doctrine italienne, mais qui témoigne néanmoins d’un *effort louable pour éviter la duplication des procédures de contrôle de la compétence*” (POUDRET, Jean-François. L’originalité du droit français de l’arbitrage au regard du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 56, n. 1, p. 133-149, esp. p. 144, 2004.). “C’est en ce sens, et en ce sens seulement, que l’effet négatif de la compétence-compétence consacre une priorité chronologique à la décision de l’arbitre par rapport à celle du juge étatique” (GAILLARD, Emmanuel. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence. In: AKSEN, Gerald. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publication 693, ICC Publishing, 2005. esp. p. 317. *Vide também*: ERK-KUBAT, Nadja. *Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals*. Dissertação da University of St. Gallen. Aprovado por Prof. Dr. Markus Müller-Chen e Prof. J. D. Gary Born. Difö-Druck GmbH, Bamberg, 2014. p. 122.

<sup>397</sup> “For a dispute to be referred to an arbitral tribunal, clearly *the tribunal must have been constituted*, that is to say only when the third member of the tribunal has accepted his appointment to adjudicate the claim” (DELVOLVÉ, Jean-Louis; ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald. *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2009. p. 78.)

<sup>398</sup> Versão original em francês: “Le recours en annulation n’est ouvert que si: 1º Le tribunal arbitral s’est déclaré à *tort compétent* ou *incompétent* [...]” (DELVOLVÉ, Jean-Louis; ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald. *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2009. p. 78.). Em comentário sobre a hipótese de anulação de *sentença de incompetência* do árbitro, Magali Boucaron-Nardetto identifica sua justificativa na necessária neutralidade no exercício do poder de revisão das cortes judiciais sobre as decisões arbitrais, além da força obrigatória dos contratos (*Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. § 639, p. 484-485.).

A alínea seguinte do mesmo dispositivo legal prevê que “a jurisdição estatal não pode declarar de ofício a sua incompetência”<sup>399</sup>. Condiciona-se, portanto, o declínio da jurisdição estatal em face de convenção arbitral à alegação das partes. A exigência é consentânea ao que se expôs anteriormente com relação à impossibilidade de, caso se permitisse o reconhecimento *ex officio* da convenção arbitral, impedir-se às partes renunciarem à eleição da via arbitral como meio de solução do litígio, segundo razões próprias de conveniência alheias ao interesse público<sup>400</sup>.

A notícia da instauração da arbitragem pode vir ou não acompanhada da exceção de arbitragem oposta pelo demandado. Caso acompanhada da exceção, a notícia afasta de maneira absoluta a possibilidade de o juiz analisar eventual vício no negócio arbitral porque nesse caso trata-se de presunção inafastável da aparência da convenção arbitral, pela qual se justifica o declínio automático do juiz estatal<sup>401</sup>. É a essa hipótese que o dispositivo legal se refere e à qual se aplica a vedação ao reconhecimento de ofício. Se, no entanto, a notícia da instauração da arbitragem venha desacompanhada da exceção, ela por si só enseja o declínio da jurisdição estatal, enquanto questão de ordem pública<sup>402</sup>.

Na sequência, a alínea terceira do art. 1.448 do *Code de Procédure Civile* francês estabelece o caráter mandatório dos efeitos negativos da competência-competência e da convenção arbitral tal como regulados no dispositivo, impossibilitando às partes convencionarem de maneira diversa. A disposição não se estende, contudo, à arbitragem

---

<sup>399</sup> Versão original em francês: “La juridiction de l’Etat ne peut relever d’office son incompetence” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013.).

<sup>400</sup> “From a comparative perspective, French law probably allows the *widest recognition of the negative effect in granting an arbitral tribunal absolute priority to decide on its jurisdiction*. [...] However, there are certain limits, even under French law. *French law does not allow a French state court to decline jurisdiction of its own motion*: Art. 1448 (2) French Code of Civil Procedure expressly states that the French state court may not decline jurisdiction *ex officio*” (GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*. 3. ed. The Netherlands: Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2016. p. 135.)

<sup>401</sup> “cette *présomption irréfragable* – le temps du procès arbitral – d’apparence de compétence arbitrale nous semble parfaitement légitime au regard de la *seule existence de l’instance arbitrale*. [...] Ce seul élément suffit donc à justifier le *renvoi automatique* du juge étatique devant le tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence. [...] L’impératif de ne pas dupliquer les procédures devant la justice publique et la justice arbitrale doit primer sur toute autre considération” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. § 263, p. 231.)

<sup>402</sup> “Pour détruire cette apparence, il faut que la partie qui entend s’opposer à l’efficacité de la convention d’arbitrage démontre le caractère manifestement nul ou inapplicable de celle-ci. Il ne saurait logiquement y avoir ici de pouvoir d’office du juge (*sauf hypothèse exceptionnelle où l’ordre public l’imposerait*). La voie est étroite, tant que les critères sont interprétés de manière restrictive” (RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l’arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016. p. 272.)

internacional (art. 1.506), o que pode ser atribuído à variedade com a qual os efeitos negativos da convenção arbitral e da competência-competência são tratados pelos diversos sistemas jurídicos (item 2.2.4, *supra*). Adota-se, quanto a essa modalidade, postura mais liberal, autorizando que as partes convençionem a ordem de apreciação da regularidade e extensão da convenção arbitral. Essa autorização não possibilita, no entanto, a supressão da análise sobre a jurisdição arbitral<sup>403</sup>.

A propósito, há regulamentos de câmaras de arbitragem que atribuem a seus órgãos internos o poder de resolver controvérsias preliminares atinentes a vícios suscitados na convenção arbitral<sup>404</sup>, o que se aplicará uma vez indicada pelas partes a referida instituição para administrar o procedimento arbitral<sup>405</sup>. Contudo, a análise das câmaras arbitrais limita-se a uma confirmação da existência, *prima facie*, da convenção de arbitragem apta a autorizar o registro do procedimento arbitral naquele órgão privado, mas não substitui o exercício da competência-competência posteriormente pelos árbitros<sup>406</sup>.

Em qualquer caso, a análise judicial da convenção arbitral só é admitida quando realizada incidentalmente, e não a título principal<sup>407</sup>. Apesar de inexistir disposição expressa, a vedação à demanda autônoma para declaração de nulidade da convenção arbitral

---

<sup>403</sup> “Au regard de l’importance que le principe compétence-compétence dans son ensemble revêt, règle de conflit entre justice publique et justice privée, d’autant plus indispensable en matière internationale car c’est dans ce domaine que le risque de procédures parallèles est le plus élevé, l’effet négatif, la première étape du mécanisme, ne devait pas être à la disposition des parties. Néanmoins, compte tenu de la diversité des solutions retenues en droit comparé afin de résoudre les conflits de compétence entre justice publique et justice privée, il nous semble tout à fait acceptable que les parties puissent elles-mêmes choisir la manière dont ce conflit peut être résolu” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. § 71, p. 79-78.)

<sup>404</sup> Nesse sentido, vide o artigo 6 (4) do Regulamento de Arbitragem da CCI de 2017: “Em todos os casos submetidos à Corte, de acordo com o artigo 6º (3), esta deverá decidir se, e em que medida, a arbitragem deverá prosseguir. A arbitragem deverá prosseguir se, e na medida em que, a Corte esteja *prima facie* convencida da **possível existência** de uma convenção de arbitragem de acordo com o Regulamento” (Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/?preview=true>. Acesso em: 17 out. 2018.).

<sup>405</sup> ARROYO, Diego P. Fernández. Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy? In: FERRARI, Franco (Ed.). *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*. Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. Huntington: JurisNet, 2016. p. 149-199, esp. p. 200.

<sup>406</sup> RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l’arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016. § 385, p. 283.

<sup>407</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. § 223, p. 194; ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald H. *et al. French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2009. p. 78.

foi reconhecida pela jurisprudência francesa como decorrência do princípio da validade da convenção arbitral<sup>408</sup> e da competência-competência<sup>409</sup>.

Por isso, apenas a análise incidental e *prima facie* é compatível com o efeito negativo da competência-competência, servindo para complementar e não suprimir o efeito positivo desse princípio. Nesse sentido, não se concebe um exame completo da convenção, porque o árbitro não pode ser tolhido do direito de julgar sua própria competência, resguardada a prerrogativa da jurisdição estatal de deixar de executar a sentença, quando proferida, em uma análise aprofundada (“*full review*”). Segundo esse raciocínio, não há como se admitir nem processo autônomo, nem pedido autônomo voltado à análise aprofundada da regularidade da convenção arbitral, antes de proferida a sentença arbitral, a partir da qual resta aberta a possibilidade de revisão do posicionamento dos árbitros.

A impossibilidade de um pronunciamento quanto à convenção arbitral em sede principal é confirmada ainda pela interpretação do art. 1.465 do diploma processual civil francês<sup>410</sup>. O dispositivo institui o efeito positivo da competência-competência, ao atribuir ao árbitro o poder de decidir sobre sua jurisdição, mas refere-se a essa competência como sendo *exclusiva* do árbitro<sup>411</sup>. Por isso, ainda que se permita que o juiz deixe de declinar de sua jurisdição se constatar que a convenção arbitral é manifestamente nula e inaplicável, antes da instauração da arbitragem, conforme a primeira parte do art. 1.448 do mesmo diploma legal, esse pronunciamento não exclui o exercício da jurisdição arbitral. No máximo, influenciará na concessão de efetividade à arbitragem, seja para medidas de apoio, seja para execução da sentença arbitral.

A propósito, a limitação do art. 1.448 do Código de Processo Civil francês, além de aplicar-se ao juiz ao qual submetida demanda *de mérito* abrangida por convenção arbitral

---

<sup>408</sup> De acordo com o qual não se aplica à arbitragem o art. 2.061 do Código Civil francês: “dispositivo que permite a *anulação de cláusula compromissória* se a natureza da matéria é civil” (GAILLARD, Emmanuel. O efeito negativo da competência-competência. Tradução de Cláudio de Melo Valença Filho e Gisella Mation. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague, Kluwer, v. VI, n. 24, p. 224, 2009.).

<sup>409</sup> Nesse sentido, os casos: *M. Zanzi v. J. de Coninck et Autres*, Cour de Cassation (1re Ch. Civile) 5 de janeiro de 1999. *In: Rev. Arb.* 1999, p. 260 (relativo à arbitragem internacional) e *Société Coprodag et Autre v. Dame Bohin*, Cour de Cassation (2 Ch. Civ.), 10 de maio de 1995. *In: Rev. Arb.*, p. 617, 1995 (relativo à arbitragem doméstica).

<sup>410</sup> Versão original em francês: “Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel”.

<sup>411</sup> “Mieux, la règle est doublement consacrée puisque le nouvel article 1.465 CPC reconnaît non seulement l’effet positif de la compétence-compétence, *mais également son effet négatif par l’adjonction de l’adjectif seul*” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. § 261, p. 62.)

relativa a arbitragem doméstica ou internacional (art. 1.506, 1º), alcança também ao juiz de apoio (“juge d’appui”)<sup>412</sup>. Assim, apesar de permitir-se que “se a convenção de arbitragem for manifestamente nula ou manifestamente inaplicável, o juiz de apoio declarará não ser cabível a designação” (art. 1.455, trad. livre)<sup>413</sup>, essa possibilidade restringe-se ao momento anterior à instituição da arbitragem, não subsistindo após a formação do tribunal arbitral<sup>414</sup>.

Por fim, cabe mencionar que, caso proposta demanda anulatória contra a sentença parcial do árbitro sobre sua jurisdição, durante o seu curso, não se suspenderá o andamento da arbitragem. O efeito suspensivo da apelação ou recurso de anulação, relativo a arbitragens domésticas (art. 1.496), limita-se à execução da sentença arbitral, não se direcionando à própria arbitragem<sup>415</sup>.

Uma vez compreendido o regramento do efeito negativo da competência-competência em favor da arbitragem no sistema jurídico francês, segundo o art. 1.448 do Código de Processo Civil, passa-se ao aprofundamento sobre o limite temporal eleito como critério que, como se verá mais adiante, difere daquele adotado na legislação brasileira.

#### **a) Limite temporal**

A legislação francesa estabelece como marco absoluto de impedimento à análise de vício na convenção arbitral pelo juiz estatal o momento em que *instituída a arbitragem*, o que se dá com a aceitação pelo árbitro de seu encargo e a constituição do tribunal arbitral, se for o caso<sup>416</sup>. O limite é oportuno e se justifica pelas seguintes razões.

---

<sup>412</sup> O juiz de apoio corresponde à figura instituída pela legislação francesa a quem se atribui a função de viabilizar a designação do árbitro e a formação do tribunal arbitral quando insuficiente o modo de apontamento estabelecido na convenção arbitral (arts. 1.451 (3), 1.453 e 1.454). A esse respeito, v. BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. § 261, p. 230.

<sup>413</sup> Versão original em francês: “Si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d’appui déclare n’y avoir lieu à désignation”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000023450909&idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181002>. Acesso em: 17 out. 2018.

<sup>414</sup> “Cette limite temporelle au jeu des exceptions s’impose aussi bien au juge saisi au fond d’un litige identique à celui porté devant le tribunal arbitral, qu’au *juge d’appui*, que l’arbitrage soit interne ou international” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. § 261, p. 230.)

<sup>415</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 439-440. Interessante notar que a lei modelo da UNCITRAL prevê expressamente essa limitação em seu art. 16 (3). Disponível em: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf). Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>416</sup> “La jurisprudence, après quelques hésitations, a retenu que le tribunal arbitral devait être considéré comme saisi à compter de sa constitution, c’est-à-dire au moment de l’acceptation de sa mission par le dernier des arbitres à y consentir” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-*



Primeiro, por mais indispensável que seja a existência do consenso das partes como condição para o exercício da jurisdição arbitral, o que justifica o reconhecimento de vícios manifestos na convenção arbitral pelo juiz, o fato de estar pendente uma arbitragem consiste em uma presunção absoluta de que há no mínimo uma aparência da convenção. Tanto por isso, em caso de óbice à formação do tribunal arbitral, a intervenção do juiz voltada a viabilizar a arbitragem dependerá sempre da existência de convenção arbitral aparente<sup>417</sup>.

Além disso, em segundo lugar, a limitação atende à finalidade da competência-competência de evitar procedimentos paralelos e conflitos de competência, permitindo-se o controle do Estado ao final, após a prolação da sentença arbitral. Ou seja, estando pendente a arbitragem, qualquer análise do Judiciário levaria a um paralelismo imediato, instaurando evidente confronto com a jurisdição arbitral já em curso. Por isso, não se admite qualquer análise, por mais relevante que seja, uma vez instaurada a arbitragem<sup>418</sup>.

Em terceiro lugar, em consonância com as primeiras duas razões expostas, a permissão da análise *prima facie* anterior à instauração da arbitragem não tolhe o exercício da competência-competência pelo árbitro. Se efetivamente “nula ou inaplicável”, a arbitragem provavelmente não será instituída, seja porque nem mesmo operante, seja porque, ainda que possível na prática, o pronunciamento judicial convencerá as partes a não a instaurar. Caso ainda assim a arbitragem seja instituída, se a análise prévia do juiz sobre a convenção arbitral tenha se limitado efetivamente ao reconhecimento de um vício manifesto, enquanto tal, o vício será também reconhecido pelo árbitro, caso em que também não haverá o prosseguimento em paralelo.

---

*compétence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2013. § 265, p. 232.). No mesmo sentido: RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016. § 355, p. 266. Em sentido diverso: “It is rather, at least in ICC arbitration, *the actual transmission of the file to the arbitrators* which should be considered as the moment at which they are seized of the matter, for the purposes of application of Art. 1.458 of the New Code of Civil Procedure” (DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficacy of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 239.).

<sup>417</sup> “En cas de refus de participation à la constitution du tribunal arbitral par l'une des parties, l'intervention de l'autorité de soutien à la constitution du tribunal arbitral, quelle qu'elle soit – juge étatique, organe d'un centre d'arbitrage –, est toujours *subordonnée à l'existence de l'apparence d'une convention d'arbitrage*” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-competence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2013. § 263, p. 231.)

<sup>418</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-competence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2013. § 266, p. 233.

É nesse sentido que a limitação imposta pelo efeito negativo da competência-competência funcionará de modo a impedir o paralelismo quando haja uma uniformidade quanto aos critérios de validade da convenção arbitral. A limitação não impedirá o paralelismo, no entanto, em caso de não ser observada a limitação ao vício verificável *prima facie* e, além disso, caso esse seja sustentado com base em particularidades do sistema jurídico nacional em questão, dos quais divirjam os árbitros e que só poderão prevalecer enquanto condição para exequibilidade da sentença arbitral (item 1.2.3, *supra*).

Por fim, em quarto lugar, cumpre notar que o marco estabelecido, qual seja, a instituição da arbitragem<sup>419</sup>, procura ser o mais cedo possível, apto a impedir o maior número de atos em duplicidade e conflitantes nas jurisdições pública e privada. Antes disso, a mera propositura da demanda arbitral não se mostra suficiente, pois não garante que, desde esse momento, a instituição arbitral irá reconhecer a convenção arbitral ou que o tribunal arbitral será formado, o que evidencia grave risco de acesso à justiça. Uma vez que a arbitragem esteja operacional, ou seja, desde quando o árbitro já pode tomar decisões, aí sim justificasse a exclusão absoluta da competência do juiz para decidir sobre a convenção de arbitragem<sup>420</sup>.

#### 4.2.1.2 O modelo brasileiro

##### i) Exceção de arbitragem

Como mencionado anteriormente (item 2.2, *supra*), o Código de Processo Civil de 1973 limitava-se a prever o efeito negativo da convenção arbitral – e não da competência-competência – ao dispor sobre a exceção de arbitragem (arts. 267, inc. VII, e 301, inc. IX). A competência-competência encontrava suporte legal apenas para seu efeito positivo, consoante o parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem brasileira, que atribui ao árbitro a decisão sobre “questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Na ausência de vedação expressa a que os juízes procedam à análise da existência, validade e eficácia da convenção arbitral, o reconhecimento do efeito negativo da competência-competência era sustentado como consectário da previsão do efeito positivo<sup>421</sup>.

---

<sup>419</sup> Vide nota 415, *supra*.

<sup>420</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2013. § 267, p. 234.

<sup>421</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 183-184.

No entanto, apesar de a atribuição de competência a um órgão jurisdicional privado pressupor a ausência de competência do órgão jurisdicional estatal<sup>422</sup>, na prática, a ausência de diretrizes legais ou jurisprudenciais e a divergência doutrinária a respeito dos limites da prioridade concedida ao árbitro na apreciação de questionamentos quanto à sua jurisdição resultava na concorrência de jurisdições e acabava por suprimir o próprio efeito negativo da competência-competência.

Sem negar a possibilidade de o Judiciário realizar a análise da convenção antes de proferida a sentença arbitral, em sede de demanda anulatória, embargos à execução ou homologação de sentença arbitral estrangeira, a doutrina concentrava suas preocupações na identificação do tipo de vício ou do grau de cognição necessário em que cabível a relativização da competência-competência (item 2.3, *supra*). Alguns autores, porém, já estabeleciam uma limitação absoluta à análise da convenção arbitral pelo Poder Judiciário, sustentando que esse exame só poderia ser realizado, *prima facie*, antes da instituição da arbitragem e após a prolação da sentença arbitral, pois, uma vez instaurada a arbitragem, caberia exclusivamente aos árbitros a confirmação de sua jurisdição<sup>423</sup>.

Com o Código de Processo Civil de 2015, adveio alteração no regime brasileiro de regulação da competência-competência arbitral. Estabeleceu-se como hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito quando o juiz “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou *quando o juízo arbitral reconhecer sua competência*” (art. 485, inciso VII).

A segunda parte do dispositivo acresce elemento novo quanto ao previsto no diploma anterior que, à semelhança do Código francês, conduz ao declínio da jurisdição estatal em favor da arbitral<sup>424</sup>. Frise-se “à semelhança”, pois, primeiro, continua a inexistir especificação dos limites – ou seja, tipos de vícios e profundidade de exame – dentro dos

---

<sup>422</sup> “em sua concepção mais liberal, o princípio da competência-competência não pode conviver com uma distribuição *concorrente* de poder entre árbitros e Poder Judiciário para analisar a jurisdição arbitral. Idealmente, o efeito positivo pressupõe o efeito negativo e vice-versa (não obstante, na prática, muitos ordenamentos jurídicos não os contemplem nesta medida de proporcionalidade)” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 24.)

<sup>423</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 183, 213; GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 128-129; LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 44-50.

<sup>424</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 377.

quais o Judiciário estaria autorizado a deixar de observar a convenção arbitral. Em segundo, diferentemente do caso francês, atribui-se relevância ao pronunciamento do árbitro sobre sua competência, ao invés de conferi-la à instauração da arbitragem.

O novo dispositivo legal suscita questionamentos na doutrina no que diz respeito às características e ao modo de aplicação da nova hipótese legal de *extinção* do processo (a). De um lado, a disposição legal apresenta-se como acréscimo promissor em favor da jurisdição arbitral, uma vez que estabelece hipótese de extinção sem julgamento de mérito que privilegia a coordenação entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, a partir de critério temporal (b). De outra parte, a partir desse novo pressuposto, sustenta-se a incidência de uma outra hipótese, *de lege ferenda*, em que caberia a suspensão do processo judicial em razão da pendência processo arbitral (c).

#### **a) Classificação e modo de aplicação da nova hipótese**

No que diz respeito à classificação da hipótese normativa prevista na segunda parte do inc. VII do art. 485 do Código de Processo Civil, parte da doutrina defende se tratar de *novo* pressuposto processual negativo<sup>425</sup>, enquanto outra parte sustenta se tratar de exceção processual<sup>426</sup>. Há, ainda, quem afirme se tratar de hipótese que acarreta a ausência de pressuposto processual de existência<sup>427</sup>.

Para avaliar essas diferentes classificações, impõe-se considerar três principais características da hipótese legal: se configura fato interno ou externo; se é peremptória ou relativa; e se é reconhecível de ofício ou necessária a alegação da parte.

---

<sup>425</sup> “Há a criação de um novo pressuposto processual negativo. Quando o árbitro decidir ser competente para julgar determinado caso, o juiz deverá determinar a extinção do processo judicial. O juiz deve apenas acatar a decisão do árbitro; não é possível que o juiz a questione ou desconheça essa decisão” (LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 22-38, esp. p. 37, 2015.). No mesmo sentido: CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, 2017.

<sup>426</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira; VAUGHN, Gustavo Fávero. Preliminar de arbitragem no CPC/2015: nova Lei, antiga celeuma. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 71-97, esp. p. 6 da versão eletrônica, jan.-mar. 2017; BENEDUZI, Renato Resende. Cap. 11 – Preliminar de arbitragem no Novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. *A reforma da Arbitragem*. São Paulo: GEN/Forense, 2016, p. 286.

<sup>427</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 225.

A *primeira* característica é pacificamente admitida<sup>428</sup>: a decisão do árbitro sobre sua competência é fato externo ao processo, posto que proferida no âmbito da arbitragem. Trata-se, como destaca Cremasco, de atributo típico dos pressupostos processuais negativos. Isso porque, uma vez trazida aos autos a informação dessa ocorrência, justamente porque externa, emana dela um efeito negativo, a impossibilidade de exercício da jurisdição<sup>429</sup>. Diferencia-se dos pressupostos processuais positivos do processo que devem estar presentes no processo para que se permita prosseguir na prestação jurisdicional.

No que se refere à *segunda* característica, instaura-se divergência entre aqueles que defendem que a decisão do árbitro que reconhece sua competência coloca-se como óbice absoluto ao prosseguimento do processo, sem admitir análise *prima facie*, muito menos exame aprofundado da decisão arbitral, salvo no momento posterior à prolação da sentença arbitral<sup>430</sup>. Outros, contudo, assim como no que diz respeito ao acolhimento da alegação de convenção arbitral, admitem que mesmo a decisão arbitral positiva pode ser relativizada, ora

---

<sup>428</sup> Apesar de concordar que a decisão do árbitro que define sua jurisdição “produz efeitos externos ao processo arbitral (por exemplo, a impossibilidade ou possibilidade, conforme o teor da decisão, de ingresso de demanda judicial ou arbitral sobre o mesmo objeto)”, Monteiro discorda se tratar de pressuposto processual negativo, como se verá adiante (*Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 225.).

<sup>429</sup> CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, p. 17, 2017.

<sup>430</sup> CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentário ao artigo 485. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 538)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 413-414; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Nota 18 ao inc. VII do art. 485, p. 1206; MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 377; LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 22-38, esp. p. 36-37, 2015; CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, esp. p. 18, 2017. Rocha e Vaughn afirmam que “*Havendo decisão positiva do juízo arbitral, emanada de arbitragem em curso, deverá o juiz acatá-la*”, porém ressaltam em nota de rodapé “*admite-se o conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado*” (Preliminar de arbitragem no CPC/2015: nova Lei, antiga celeuma. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 71-97, esp. p. 6 da versão eletrônica, jan.-mar. 2017.

considerando casos “limítrofes, teratológicos”<sup>431</sup>, ora tomando por base a inafastabilidade da jurisdição estatal<sup>432</sup> ou ainda o “ambiente do processo civil autoritário”<sup>433</sup>.

Em nossa opinião, há uma efetiva peremptoriedade. Isso se evidencia, primeiramente, pela própria literalidade do dispositivo legal: o legislador não se referiu a situação em que se “acolhe a alegação de que o juízo arbitral reconheceu sua competência”<sup>434</sup>. Uma vez constatada a decisão positiva do juízo arbitral sobre sua jurisdição, nada há para ser acolhido, inexistindo margem para discricionariedade. Não poderia ser diferente. Por mais relevante que seja o vício apresentado ao juiz, além de minar a coordenação ideal entre as jurisdições estatal e arbitral, a relativização apresenta-se como desnecessária uma vez que, após proferida decisão arbitral sobre sua competência, assistirá à parte prejudicada a pretensão anulatória em sede própria, de embargos à execução ou em resposta a pedido de homologação de sentença estrangeira<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, p. 127-153, esp. p. 14 da versão eletrônica, jul.-set. 2016. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Márcia Lúcia Lins; SILVA RIBEIRO, Leonardo Feres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 859.

<sup>432</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 434.

<sup>433</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I. esp. p. 131-132.

<sup>434</sup> Demonstrando bem o contraste, o inc. VII do art. 485 do diploma processual civil institui como hipótese de extinção sem julgamento de mérito quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem”.

<sup>435</sup> “não temos dúvida em afirmar que se o ordenamento jurídico brasileiro já confere esta ferramenta de proteção à parte prejudicada [ação de anulação da sentença arbitral parcial em que os árbitros houverem reconhecido possuir jurisdição sobre a causa], não há razão para que se contorne a segunda parte do inciso VII do art. 485 do diploma processual civil” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 378.). Beneduzi afirma que “se se tratar de uma decisão arbitral interlocutória (proferida, assim, no curso da arbitragem), que decide a questão da competência sem extinguir o processo arbitral, no sentido de reconhecê-la, não é razoável exigir do interessado que espere até o seu fim para impugná-la. Ser-lhe-á permitido desde logo pedir a desconstituição desta decisão, autonomamente, na demanda de que trata o art. 33 da Lei 9.307/1996 [...]. Mas lhe será também possível cumular, em uma demanda judicial, a impugnação desta decisão positiva do árbitro sobre a sua competência com qualquer outro pedido que ele queira deduzir com fundamento na relação jurídica cuja submissão à arbitragem é controversa” (Cap. 11 – Preliminar de arbitragem no Novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. *A reforma da Arbitragem*. São Paulo: GEN/Forense, 2016. p. 287.).

Em nada altera o fato de o processo judicial ter se iniciado antes da arbitragem. O óbice é imposto tão somente pela prolação da decisão arbitral sobre sua jurisdição, que como tal se faz de observância peremptória<sup>436</sup>.

Passando à *terceira* característica, coloca-se nova dissidência na doutrina. De um lado, há quem considere que, assim como a convenção de arbitragem, a decisão do árbitro sobre sua competência não pode ser reconhecida *ex officio*, reputando necessária sua alegação pela parte ré<sup>437</sup>.

De outro lado, há quem entenda que a decisão do árbitro positiva sobre sua jurisdição deva – ou possa, conforme se repute existente ou não a característica da peremptoriedade – ser reconhecida de ofício pelo juiz, independentemente de alegação da parte<sup>438</sup>. Nesse caso, a decisão pode chegar ao processo pela iniciativa da parte, de qualquer outro interessado<sup>439</sup>, por ofício ou carta arbitral emitida pelo próprio árbitro ou instituição arbitral<sup>440</sup>. Aceita-se,

---

<sup>436</sup> “O efeito negativo da convenção de arbitragem passa a ser expressamente reconhecido, e o processo judicial, mesmo que iniciado antes da arbitragem, deverá ser extinto pelo juiz em atenção à decisão do árbitro” (LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 38, 2015.)

<sup>437</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira; VAUGHN, Gustavo Fávero. Preliminar de arbitragem no CPC/2015: nova Lei, antiga celeuma. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 71-97, esp. p. 6 da versão eletrônica, jan.-mar. 2017; BENEDUZI, Renato Resende. Cap. 11 – Preliminar de arbitragem no Novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. *A reforma da Arbitragem*. São Paulo: GEN/Forense, 2016. p. 286.

<sup>438</sup> TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, p. 81-103, esp. p. 12 da versão eletrônica, jan.-mar. 2014.

<sup>439</sup> “a hipótese de o árbitro declarar-se competente para julgar determinado caso, *a parte interessada deverá peticionar* no processo judicial pendente que possua idêntico objeto e pedir a extinção do processo judicial” (LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 22-38, esp. p. 36-37, 2015.). Quanto ao prazo em que deve ser informada: “caso a parte interessada tenha ciência da decisão arbitral e não informe ao Poder Judiciário *na primeira oportunidade*, poderá ser condenada nas penas de litigância de má-fé. Isso, porém, não impede que a matéria seja alegada e apreciada pelo Poder Judiciário a qualquer tempo” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 372.)

<sup>440</sup> “[...] caso os árbitros estejam cientes da tramitação paralela do processo judicial, *cumprirá à instituição de arbitragem*, a pedido dos árbitros, encaminhar a decisão arbitral reconhecendo jurisdição sobre a causa ao Poder Judiciário. [...] o tribunal arbitral, caso tenha ciência da tramitação do processo judicial paralelo, *deverá expedir carta arbitral informando ao Poder Judiciário a respeito da decisão positiva de jurisdição*” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 374.). Entendendo que deve ser informada através de *ofício*: CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como

inclusive, que o próprio juiz possa fazê-la consignar nos autos caso tome ciência do fato diretamente<sup>441</sup>.

Entendemos que a corrente que sustenta o reconhecimento *ex officio* da nova hipótese de extinção do processo afigura-se mais acertada. A justificar esse entendimento, a literalidade do dispositivo novamente auxilia: *não* se refere a “alegação de que o juízo arbitral reconheceu sua competência”, mas apenas “quando o juízo arbitral reconheceu sua competência”, do que se extrai a desnecessidade da sua alegação pela parte. Ademais, como a hipótese ora comentada não consta do rol do art. 337 do Código de Processo Civil, que elenca as preliminares a serem arguidas em contestação, confirma-se a dispensabilidade de sua alegação pelo réu, assim como a impossibilidade de renúncia tácita à convenção arbitral, prevista no § 6º do art. 337<sup>442</sup>, uma vez que tenha sido decidida a competência pelo juízo arbitral<sup>443</sup>. Assim, em que pese o § 3º do art. 485 do Código de Processo Civil não ter previsto expressamente o reconhecimento de ofício da segunda parte do inc. VII, esse reconhecimento se impõe segundo uma interpretação sistemática da legislação.

Ademais, o reconhecimento *ex officio* é legitimado tendo em vista o interesse público em proporcionar uma prestação jurisdicional eficaz e econômica, evitando o risco de decisões conflitantes, escopos da regra da litispendência (item 3.3, *supra*). Configura-se, por isso, como matéria de ordem pública processual.

---

pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, esp. p. 21, 2017; WAMBIER, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Márcia Lúcia Lins; SILVA RIBEIRO, Leonardo Feres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 859.

<sup>441</sup> “Caso o magistrado tome ciência da decisão de algum outro modo – notadamente extra-autos –, deve diligenciar no sentido de obter a certificação no processo judicial acerca da decisão do juízo arbitral, o que pode se dar por meio da intimação das partes para que digam a esse respeito nos autos, documentando, evidentemente, a sua manifestação ou por meio da expedição de ofício ao próprio árbitro (ou Tribunal) solicitando informações sobre o tema” (CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, esp. p. 22, 2017.)

<sup>442</sup> “§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”

<sup>443</sup> Nesse sentido, oportuna a análise feita por Guerrero sobre julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que “considerou que a convenção de arbitragem impediria a renúncia das partes, sendo matéria de competência absoluta e prevalecendo ainda que não fosse invocada, tendo em vista a existência de procedimento arbitral na Suíça, sinal óbvio de que as partes não renunciaram à cláusula compromissória” concluiu que “o procedimento arbitral induz litispendência e produz sentença com efeitos dotados de coisa julgada” (*Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 130.)



Note-se que uma vez reconhecida a competência pelo árbitro, admitir-se a renúncia tácita à convenção arbitral implicaria consentir com comportamentos absolutamente contraditórios e inadequados e, como tais, ilegítimos. Vejam-se os diferentes cenários, supondo-se ser “A” requerente da arbitragem e “B” requerido da arbitragem em que proferida decisão arbitral confirmando a jurisdição. Em função do comportamento de “A” ao propor a demanda arbitral, não pode ele renunciar à convenção arbitral, nem propondo o processo judicial (na posição de autor), nem deixando de alegar a convenção (na posição de réu). No que diz respeito a “B”, não tendo ele contestado a jurisdição arbitral perante o árbitro, da mesma forma, não pode renunciar à convenção arbitral, nem propondo o processo judicial (na posição de autor), nem deixando de alegar a convenção (na posição de réu). Tendo “B” contestado a jurisdição arbitral perante os árbitros e decidida a questão por esses, a propositura da demanda judicial pode ocorrer somente a partir da prévia anulação da sentença arbitral (v. item ‘b’, *infra*).

Em qualquer caso, o reconhecimento *ex officio* exige que as partes sejam previamente intimadas e ouvidas. Em especial, condição precedente para que a extinção do processo ocorra em função da decisão arbitral positiva quanto à competência é verificação da identidade entre as demandas levadas concomitantemente à arbitragem e ao Judiciário, o que deve ser analisado mediante análise *prima facie* (item 2.3.2, *supra*)<sup>444</sup>.

Em resumo, considerando tratar-se de fato externo, peremptório e reconhecível de ofício – ressalvada a necessidade de restar evidenciada a abrangência da convenção e a observância do contraditório – a hipótese legal da segunda parte do inc. VII do art. 485 do Código de Processo Civil configura-se como pressuposto processual negativo. Daí, inclusive, sua equiparação com a litispendência ao menos no que diz respeito ao modo como se aplica ao processo judicial. A incidência desse fato enseja o declínio da jurisdição do

---

<sup>444</sup> “Caberá ao réu do processo judicial meramente o ônus de provar (i) a existência da decisão do tribunal arbitral reconhecendo sua jurisdição sobre a causa e (ii) o alcance desta decisão sobre o objeto do processo judicial em curso [...] O autor da demanda judicial, naturalmente, será ouvido no processo judicial a respeito da decisão arbitral positiva, novamente em respeito ao princípio do contraditório. Nesta oportunidade, caberá ao autor da demanda judicial o ônus de provar a inexistência da decisão arbitral que embase o pedido da outra parte, o que significa, na verdade, provar que a decisão arbitral não atende aos requisitos dispostos na parte final do inciso VII do art. 485 do diploma processual civil” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 368.). O autor refere-se à existência de uma decisão arbitral positiva e final.

órgão estatal para apreciação do mérito do processo, mas os atos praticados até então existem, como quando reconhecido qualquer outro pressuposto processual negativo.

Ressalve-se, no entanto, que, como será visto no item 4.2.2, *infra*, se a decisão arbitral configura pressuposto processual negativo perante o juiz, eventual decisão prévia do Judiciário impacta de forma diversa o procedimento arbitral, tendo em vista as particularidades do exercício dessa jurisdição privada.

#### **b) Limite temporal como hipótese de extinção do processo**

A partir da previsão do novo elemento a ser considerado quando da análise da exceção de convenção arbitral, qual seja “*quando o juízo arbitral reconhecer sua própria competência*”, delineou-se, com maior clareza<sup>445</sup>, uma ordem de coordenação entre as jurisdições.

Para visualizar melhor como se dá essa coordenação de acordo com o dispositivo legal, importa considerar que o inciso VII do art. 485 do diploma processual civil alude a duas situações que levam ao julgamento de extinção sem julgamento de mérito: a primeira, já constante do diploma processual anterior, quando “*acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem*” e a segunda, acrescida no novo Código, que corresponde a critério temporal, quando “*acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência*”.

Considerando-se, ainda, que o legislador utilizou a conjunção “ou” entre as duas situações, verifica-se que quaisquer delas leva por si só à sentença terminativa. De um lado, o processo pode ser extinto porque o juiz entende que a alegação de existência da convenção procede (primeira possibilidade), independentemente de ter ou não o juízo arbitral reconhecido a sua competência. De outro, também pode ocorrer a extinção do feito a partir da constatação de que o juízo arbitral reconheceu a sua competência (segunda possibilidade), independentemente de alegação de convenção arbitral.

No que diz respeito à primeira possibilidade (primeira parte do inciso VII), a legislação permanece silente quanto aos critérios materiais dentro dos quais ao juiz seria autorizado rejeitar a alegação de convenção arbitral. Não há, como na legislação francesa, restrição a uma análise do juiz sobre “manifestamente nula ou inaplicável”<sup>446</sup>. Como visto,

---

<sup>445</sup> Pois, como dito acima (v. item 4.2.1.1, *i, supra*), mesmo antes da previsão da nova hipótese, já se defendia a necessidade de observância dessa alternância entre os juízos estatal e arbitral.

<sup>446</sup> Item 4.2.1.1, *supra*.

por força do efeito positivo da competência-competência, o juiz deve se restringir a uma análise *prima facie* da convenção arbitral (item 2.3.2, *supra*), que só pode ser rejeitada nesse momento anterior à sentença arbitral diante de vícios suficientemente graves e evidentes. Restará em aberto momento adequado para eventual exame aprofundado, em sede de execução ou de demanda anulatória da sentença arbitral.

No que diz respeito à segunda possibilidade (segunda parte do inciso VII), abrem-se duas sub-hipóteses. A *primeira* é aquela em que a informação de que o juízo arbitral reconheceu sua competência *não* tenha sido precedida da alegação de convenção arbitral. Nesse caso, o declínio ocorrerá pelo mero fato de ter sido informada a decisão positiva do juízo arbitral sobre sua competência, mediante alegação da parte ou por qualquer outro meio (v. item ‘a’, *supra*).

Em uma *segunda* sub-hipótese, a notícia de confirmação da jurisdição arbitral pelo árbitro pode ser cumulada com a alegação da convenção arbitral. Nessa hipótese, não caberá a análise sobre a regularidade e extensão dessa convenção, pois o advento da decisão do árbitro que confirma sua competência configurar-se-á como *trava adicional* ao exercício da jurisdição estatal em favor da arbitral<sup>447</sup>, à qual já deveria ter sido dada preferência a partir de quando alegada a convenção arbitral. Por isso, o declínio em favor da jurisdição arbitral torna-se impositivo.

É importante ressaltar que a decisão do juízo arbitral que decide impugnação à sua jurisdição – ou mesmo *ex officio*, posto que direito e obrigação do árbitro<sup>448</sup> – é, segundo a legislação brasileira (art. 20, §§ 1º e 2º da Lei de Arbitragem<sup>449</sup>), uma condição para o

---

<sup>447</sup> “o estabelecimento da convenção de arbitragem e o reconhecimento da sua regularidade (e, por conseguinte, da sua competência) pelo árbitro (ou Tribunal) traz consigo um *antecedente lógico que é o próprio reconhecimento inequívoco da jurisdição arbitral* – e o conseqüente afastamento do juízo estatal. Esse afastamento – que, em tese, é um dos efeitos da convenção de arbitragem que *sequer dependeria da instauração do juízo arbitral – ganha contornos ainda mais definitivos quando o próprio árbitro (ou Tribunal) reconhece que inexistem motivos para que ele não possa atuar no caso concreto*” (CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, p. 21, 2017.)

<sup>448</sup> “The tribunal *has the right* (pursuant to its ‘equal vocation’), and *the obligation* (pursuant to the New York Convention and the arbitration agreement), to reach decisions regarding its jurisdiction, and about the substance of the matters submitted to it” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 3 802.). No mesmo sentido: MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 25.

<sup>449</sup> “§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, *reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a*

prosseguimento do procedimento arbitral<sup>450</sup>. Assim, em regra<sup>451</sup>, é proferida no início do procedimento arbitral, mediante sentença parcial<sup>452</sup>. Pode ocorrer, no entanto, que a análise da jurisdição exija um conhecimento mais aprofundado sobre o mérito da disputa, como por exemplo quando diga respeito a falsificação de assinatura da convenção arbitral<sup>453</sup>, caso em que a questão jurisdicional poderá ser definida na sentença final.

De todo modo, em qualquer momento em que proferida, a sentença arbitral torna inviável a apreciação da convenção de arbitragem em sede preliminar de contestação. Exige-se que seja manejada ação específica para sua anulação, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem<sup>454</sup>, dentro do prazo legal de 90 (noventa) dias a partir da notificação da sentença,

---

*nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.*

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.”

<sup>450</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 227.

<sup>451</sup> Tratando como mera *possibilidade* a sentença parcial para confirmação da jurisdição: MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 161; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 64.

<sup>452</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a sentença parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 165, p. 5 da versão eletrônica, nov. 2008; MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 228.

<sup>453</sup> “quando o exame da jurisdição do tribunal arbitral envolver também o exame do mérito da causa, os árbitros, justificadamente, poderão deixar para analisar a matéria ao final da arbitragem” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 228.). Segundo Dinamarco: “é pouca ou nenhuma a eficácia imediata do laudo parcial quando o que decide não projeta efeitos diretos sobre a vida ou patrimônio dos litigantes, como no caso daquele que se limita a afirmar a competência dos árbitros. [...] No direito positivo italiano [...] vê-se uma *severa e oportuna ressalva no sentido de não triturar o julgamento arbitral mediante a prolação de laudos parciais exequíveis desde logo*, versando matéria preliminar – o que teria o efeito de ‘*sobrepôr ao contencioso arbitral ainda em curso o contencioso judicial referente à impugnação do laudo*’ (Guiseppe Tarzia)” (*A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 179.).

<sup>454</sup> Porém, segundo entende Beneduzi, “lhe [ao interessado] será também *possível cumular, em uma demanda judicial, a impugnação desta decisão positiva do árbitro sobre a sua competência com qualquer outro pedido que ele queira deduzir* com fundamento na relação jurídica cuja submissão à arbitragem é controversa” (Cap. 11 – Preliminar de arbitragem no Novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDEZI, Renato Resende. *A reforma da Arbitragem*. São Paulo: GEN/Forense, 2016. p. 287.).

se o caso, complementada pela decisão sobre o pedido de esclarecimento<sup>455</sup>. Ao ser proferida logo no início da arbitragem, a decisão arbitral impede de maneira absoluta que um processo judicial prossiga em paralelo à arbitragem, ao menos até que o pronunciamento arbitral não seja anulado<sup>456</sup>.

A partir dessas diferentes combinações extraídas do inc. VII do art. 485 do diploma processual, estabelece-se uma alternância *temporal* entre a competência do juiz e do árbitro para análise de regularidade da convenção arbitral, base da jurisdição arbitral.

Antes do reconhecimento da competência pelo árbitro, autoriza-se uma análise *prima facie* da convenção arbitral pelo Judiciário. Uma vez decidida pelo árbitro sua competência, resta obstada a análise da convenção com base em preliminar de contestação. Impõe-se a extinção do processo sem qualquer análise da convenção, inclusive porque a partir da decisão arbitral só se poderá revertê-la em sede de demanda anulatória<sup>457</sup>.

Essa alternância permite equilibrar a tensão entre o inevitável controle sobre a legitimidade da jurisdição arbitral e a necessária imunização da convenção arbitral a medidas procrastinatórias<sup>458</sup>. Por mais que haja um campo em que não será observado o efeito

---

<sup>455</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 431-432; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 64; MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 248; ZAKIA, José Victor Palazzi. Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária nº 13.129/2015. *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIII, n. 51, p. 39-65, esp. p. 58, 2016.

<sup>456</sup> “se a ideia das sentenças parciais é, quando for adequado, resolver antecipadamente parte dos litígios, melhor que o prazo da pretensão de desconstituição da sentença comece a correr imediatamente, seja para que a etapa judicial também inicie e termine o quanto antes, seja para que, findo o prazo, a decisão arbitral se torne imutável e isso até traga maior segurança ao painel arbitral no que toca ao restante do litígio” (MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 162.). No mesmo sentido: “esta regra geral se justifica por mais duas razões: (i) eliminar o mais breve possível a incerteza dentro do processo arbitral a respeito da jurisdição do tribunal arbitral e (ii) conceder à parte interessada, o mais breve possível, o direito de anular a decisão arbitral positiva a respeito de sua jurisdição” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 228.).

<sup>457</sup> No que se refere aos efeitos que o pronunciamento judicial implica ao juízo arbitral, v. item 4.2.2, *infra*.

<sup>458</sup> “Trata-se, portanto, de buscar o equilíbrio entre dois extremos: de um lado, a decretação de nulidade da sentença arbitral a pretexto de *mero inconformismo* camuflado por argumentos principiológicos puramente retóricos, em prejuízo do desenvolvimento do instituto (a intervenção judicial ‘desmedida’) e, de outro, a *total indiferença com a violação de garantias constitucionais no*

negativo da competência-competência, resta ele limitado a momento específico e a existência de vícios suficientemente relevantes. Adicionalmente, permite-se ao juiz antecipar-se na análise da regularidade da convenção arbitral pois nesse caso não há um ataque direto à convenção arbitral, mas sim uma alegação incidental que deve ser decidida como análise de sua própria competência<sup>459</sup>.

Assim como o sistema jurídico francês, a limitação instituída pela legislação brasileira é condizente com a viabilização do exame *prima facie* da convenção arbitral em sede de execução específica de cláusula compromissória. Isso porque é justamente a insuficiência da convenção arbitral, tal como materializada e redigida, que impossibilita a instauração da arbitragem, ensejando a propositura daquela demanda específica para sua execução. Nesse cenário, o exame da existência da convenção é condição precedente para que lhe seja concedida efetividade, permitindo-se verificar se a deficiência da convenção não compromete a própria identificação do consenso necessário para eleger a jurisdição arbitral<sup>460</sup>. Não há, nesse caso, risco de prosseguimento de processo judicial e arbitral em paralelo se a instituição da arbitragem restar efetivamente inviabilizada. Não se exclui,

---

*processo arbitral* – artigo 5º, incisos LIV e LV – em prejuízo dessas garantias e também do próprio direito fundamental de acesso à justiça – artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (a intervenção judicial ‘acanhada’)” (grifos nossos) (ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Orgs.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 385.). No mesmo sentido: “What courts need to be doing here is balancing the relevant interests. In the arbitration context, this involves considering the *private contractual entitlements* and *any public interest elements* that may be implicated in the case concerned” (grifos nossos) (SAMUEL, Adam. Fomento – A tale of litispendance, arbitration and private international law. In: BREDIN; LALIVE; POUDRET; TERRÉ (Eds.). *Liber Amicorum Claude Reymond: Autour de L’Arbitrage*. Paris: Litec, 2004. p. 259.).

<sup>459</sup> “o novo Código de Processo Civil deixa claro que a competência do juízo arbitral *não pode ser atropelada e tanto menos suprimida pelo juízo estatal*, eis que, uma vez iniciado o procedimento arbitral, o árbitro (ou Tribunal) teria sempre e inequivocamente a primeira palavra sobre a convenção e a sua competência” (CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, p. 17, 2017.)

<sup>460</sup> Em análise sobre a jurisprudência e doutrina brasileiras a esse respeito v. MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 399.

contudo, a possibilidade de conseguir-se o apoio de instituição arbitral privada<sup>461</sup> ou de outro foro judicial para suprir a insuficiência<sup>462</sup>.

No que tange ao cabimento de ação ou pedido autônomo voltado diretamente à declaração de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral, há quem a considere admissível no caso de não ter sido instaurada a arbitragem e estar-se diante de cláusula compromissória vazia, cujo vício possa ser constatado de plano<sup>463</sup>. Equivale à hipótese de controle judicial da convenção arbitral no caso de medidas de apoio, exceto pelo fato de que, em geral, o ataque direto à convenção vem cumulado com outros pedidos principais para apreciação da controvérsia de mérito. Ainda que viável o exame da convenção pelo juiz nessa hipótese, sua conveniência é seriamente questionável na medida em que causará litigância prematura que, se não inviabilizar a instauração da arbitragem, dificilmente será concluída antes da prolação da sentença arbitral<sup>464</sup>.

Por fim, convém mencionar que a decisão do juiz que extingue o processo em razão da decisão arbitral sobre sua jurisdição está sujeita a recurso de apelação, cujo efeito suspensivo não servirá para impedir que a arbitragem prossiga (arts. 1.009 e 1.012, do Código de Processo Civil). Já a decisão que deixa de extinguir o processo com base na decisão jurisdicional do árbitro, apesar de não expressamente prevista no rol do art. 1.015

---

<sup>461</sup> A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, por exemplo, prevê em seu artigo 12 mecanismos internos para suprir a ausência de consenso entre as partes na formação do tribunal arbitral ou na escolha do árbitro único. De todo modo, para que a Câmara assumira o procedimento arbitral instaurado, deve existir convenção arbitral atribuindo a esse órgão privado a administração da arbitragem ou elegendo a regulamentação da Câmara como aplicável ao procedimento (art. 6º) (Disponível em: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.).

<sup>462</sup> Na legislação francesa, por exemplo, prevê-se a figura do juiz de apoio à arbitragem, tanto para a arbitragem doméstica (art. 1.459), quanto para a arbitragem internacional (art. 1.505), sendo ele competente para, dentre outras atribuições, resolver controvérsias relacionadas à instituição da arbitragem (arts. 1.451-1.457), inclusive quando, apesar de ausência de relação da controvérsia com o sistema jurídico francês, configure-se risco de denegação de justiça (art. 1.505, '4'). Sobre o tema v. MOURRE, Alexis; AMEZAGA, Bingen. La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil. In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David (Eds.), *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer, Espanha, v. 2011, n. 11, p. 95-108, 2011.

<sup>463</sup> MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 404-405; MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 217-218.

<sup>464</sup> Nesse sentido e com base em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, v. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 50-55.

do diploma processual, pode ser atacada mediante agravo de instrumento, por se tratar de preliminar de arbitragem, assim como a alegação de convenção arbitral (lista no inciso III do mencionado dispositivo)<sup>465</sup>, ao qual poderá ser atribuído efeito suspensivo ou ativo (art. 1.019, inc. I, do referido Código).

Em suma, o que se conclui é que ao impor-se a extinção do processo judicial sem julgamento de mérito “quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” ratifica-se a ordem temporal a ser seguida na confirmação da jurisdição arbitral, segundo análise da convenção de arbitragem. Até quando proferida a decisão dos árbitros, é possível ao juiz analisar *prima facie* a regularidade da convenção; após a decisão, cabe apenas aos árbitros confirmar a sua jurisdição; uma vez emitida a sentença arbitral, seja ela parcial ou final, a parte interessada poderá requerer a revisão do posicionamento arbitral, caso em que viabiliza-se o exame completo da convenção pelo Judiciário.

### **c) Limite temporal como hipótese de *suspensão* do processo**

Como visto no item anterior, a decisão confirmativa do juízo arbitral quanto à jurisdição leva à extinção da demanda judicial sobre a mesma demanda levada à arbitragem (art. 485, inc. VII, 2ª parte, do Código de Processo Civil). Questiona-se, no entanto, se além de *extinguir* o processo diante da decisão positiva do árbitro, caberia também ao juiz

---

<sup>465</sup> “Em ambos os casos, o legislador entendeu que são matérias que exigem uma pronta resposta judicial, pois há o risco de enorme desperdício de atividade judicial se a jurisdição arbitral acabar somente sendo reconhecida no julgamento da apelação contra a sentença judicial de mérito, após a produção de todas as provas e, evidentemente, o decurso de alguns (ou muitos) anos” (MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 384.). No mesmo sentido: CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, p. 22, 2017; LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 37, 2015; ROCHA, Caio Cesar Vieira; VAUGHN, Gustavo Fávero. Preliminar de arbitragem no CPC/2015: nova Lei, antiga celeuma. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 7 da versão eletrônica, jan.-mar. 2017.



*suspender* o processo desde quando *pendente* o juízo arbitral, ou seja, desde quando instaurada a arbitragem<sup>466 467</sup>.

O questionamento mostra-se relevante considerando o histórico da elaboração do novo Código de Processo Civil. No substitutivo da Câmara dos Deputados ao projeto do Código de Processo Civil (PL nº 8.460/2010) previa-se que “se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência”<sup>468</sup>. Além de prevenir o conflito entre as jurisdições, a normativa proporcionava uma resposta mais eficiente ao possibilitar que, uma vez sobrevinda decisão negativa dos árbitros quanto à sua competência, o processo judicial pudesse ser imediatamente retomado<sup>469</sup>.

Na versão aprovada, o dispositivo foi suprimido, junto com outros relacionados ao momento e âmbito adequados à alegação de convenção arbitral, a pretexto de conferir maior celeridade ao processo judicial<sup>470</sup>, remanescendo apenas a hipótese de sentença terminativa

---

<sup>466</sup> LArb, art. 19: “Considera-se instituída a arbitragem quando *aceita a nomeação pelo árbitro*, se for único, ou por todos, se forem vários”. A respeito do marco: “Com esta aceitação, tem-se a *investidura do eleito na jurisdição* relativa àquele conflito” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. item 8.4, ‘b’, do livro eletrônico.); “*só haverá litispendência (lide pendente) após a constituição do tribunal arbitral*, o que ocorrerá tão logo o árbitro único (ou o último dos árbitros do colégio) aceitar a nomeação” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 278.); “Inaugura-se o juízo arbitral. [...] Passa a ter o *caráter extintivo da competência do juiz togado* até então oficiante, quando então os árbitros referendarão ou revogarão as medidas concedidas” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 154.).

<sup>467</sup> Apesar de concordar que a pendência de processo arbitral depende de “uma demanda proposta e consequente exercício de poderes verdadeiramente jurisdicionais”, Dinamarco propõe que se considere a pendência do *procedimento* arbitral, daí fluindo os efeitos da litispendência como a interrupção da prescrição, desde “*a comunicação feita por uma das partes à outra, nos termos do art. 6º da Lei de Arbitragem, ao qual retroagirão os efeitos da notificação feita ao réu no processo arbitral*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 142-143.).

<sup>468</sup> Art. 34 do Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166 de 2010, disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202531&disposition=inline>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>469</sup> TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, p. 81-103, esp. p. 13 da versão eletrônica, jan.-mar. 2014.

<sup>470</sup> “Nesse capítulo é estabelecido um procedimento próprio para a alegação de convenção de arbitragem, ressuscitando as ‘exceções’ que o Senado eliminou em prol da celeridade. Não se justifica a apresentação de petição avulsa, com evidente atraso para o processo, quando tais questões cabem como preliminar de contestação” (Parecer n. 956 de 2014, de relatoria do Senador Vívaldo do Rêgo, p. 66. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793>. Acesso em: 22 out. 2018.)

“quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”. Contudo, ao comentar a parte final do inciso VII do art. 485 do diploma processual, a doutrina continua a afirmar – direta ou indiretamente – um verdadeiro alargamento da hipótese.

Sustenta-se que, uma vez *pendente* a arbitragem, o juiz deve se abster de analisar a convenção arbitral, devendo extinguir posteriormente o processo se prolatada a respectiva decisão confirmativa da competência<sup>471</sup>. Essa suspensão, ocasionada pela instauração da arbitragem, constitui verdadeira regra de *litispêndencia*, como reconhecido expressamente por alguns autores<sup>472</sup>.

Por outro lado, defende-se ainda que, assim como no direito francês, a pendência anterior do processo judicial é irrelevante<sup>473</sup>. Tendo sido possível instaurar a arbitragem, desde já se evidencia a existência da própria convenção arbitral. Nessa circunstância, o árbitro, já instituído em sua função<sup>474</sup>, tem preferência na análise da regularidade da

---

<sup>471</sup> “o novo Código de Processo Civil deixe claro que a competência do juízo arbitral *não pode ser atropelada e tanto menos suprimida* pelo juízo estatal, eis que, *uma vez iniciado o procedimento arbitral, o árbitro (ou Tribunal) teria sempre e inequivocamente a primeira palavra sobre a convenção e a sua competência*” (CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, p. 17, 2017.); “Existindo arbitragem em curso, o juiz estatal deve aguardar a definição do tribunal arbitral. [...] Nesse sentido, intensifica-se a vedação de pronunciamento judicial na pendência da arbitragem, fazendo com que o modelo brasileiro aproxime-se ainda mais do francês” (TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 127-153, esp. p. 14 da versão eletrônica, jul.-set. 2016.).

<sup>472</sup> “Havendo, no processo judicial, a *alegação de litispêndencia pela coexistência de processo arbitral, cabe ao juiz estatal suspender andamento daquele até a deliberação do juízo arbitral* em relação a este” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentário ao artigo 485. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 538)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 413.)

<sup>473</sup> “*Iniciado o processo arbitral, o árbitro tem a prioridade para decidir a questão. [...] e o processo judicial, mesmo que iniciado antes da arbitragem, deverá ser extinto pelo juiz em atenção à decisão do árbitro*” (LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 37, 2015.); “Se o *procedimento arbitral for instaurado depois do ajuizamento da demanda perante o Poder Judiciário, mas antes da decisão do juiz a respeito da questão, o processo jurisdicional estatal também deverá ser suspenso, por idêntica razão*” (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 657.). No mesmo sentido: MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 375-376.

<sup>474</sup> “Saliente-se, outrossim, que, instituída a arbitragem, o árbitro passa então a ser juiz de fato e de direito, inclusive no que concerne ao reconhecimento de sua própria competência, e, ainda, no que se refere à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (art. 8º, parágrafo único, da

convenção. Caberia então eventual análise, *prima facie*, da convenção arbitral pelo juiz apenas anteriormente à instituição da arbitragem (v. item 2.3, *supra*).

Ou seja, ainda que possível às partes da convenção de arbitragem questionarem sua existência, validade e eficácia perante o Judiciário, devem elas observar a prioridade do árbitro para realizar esse julgamento, porque essa se sustenta não na vontade das partes, mas na própria legislação nacional, no caso, o art. 8º da Lei de Arbitragem brasileira (v. item 2.2.2, *supra*). Presume-se, assim, que a demanda judicial, ainda que anterior à instituição da arbitragem, configura-se como medida protelatória e tentativa de resistir ao cumprimento do pacto arbitral, uma vez que já há jurisdição sendo exercida pelo árbitro<sup>475</sup>.

Ao justificar-se essa ordem de preferência no pronunciamento sobre a convenção de arbitragem e a jurisdição arbitral, alude-se aos mesmos objetivos da litispendência, quais sejam evitar a duplicidade processo judicial e arbitral em paralelo. Apesar de tramitarem em jurisdições distintas, ambos os meios são legalmente reconhecidos como meios igualmente efetivos na pacificação de disputas, razão pela qual justifica-se o declínio da jurisdição, sob pena de desperdício de recursos e conflito entre decisões<sup>476</sup>.

O posicionamento da doutrina está refletido nos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis concernentes ao art. 485, inc. VII, do Código de Processo Civil. Em especial, o enunciado 153 especifica que “A superveniente instauração de procedimento arbitral, se ainda não decidida a alegação de convenção de arbitragem, *também implicará a suspensão do processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência*”<sup>477</sup>.

---

Lei 9.307/1996)” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 485 ao 538. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 8. p. 61. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil.)

<sup>475</sup> LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 27, 2015.

<sup>476</sup> LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, p. 29, 2015; CREMASCO, Suzana Santi. O art. 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, p. 22, 2017; TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, p. 11-12 da versão eletrônica, jan.-mar. 2014.

<sup>477</sup> Conforme versão de 18, 19 e 20 de março de 2016. Disponível em <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018. Também relevantes os enunciados 47 e 48.

Mesmo na vigência do anterior Código de Processo Civil, já havia quem se referisse à litispendência como óbice ao prosseguimento do processo judicial em razão da pendência do procedimento arbitral<sup>478</sup>. Admitia-se a regra como necessária ao correto funcionamento da competência-competência.

Cabe reiterar que, como visto no item ‘a’, *supra*, estando pendente a arbitragem *desde antes* da propositura do processo judicial, inadmissível a renúncia tácita à convenção arbitral<sup>479</sup>. O comportamento do requerente na arbitragem mostra-se absolutamente incompatível tanto com a propositura de processo judicial, quando na posição de autor, quanto com a não alegação da convenção arbitral, quando na posição de réu. Ou seja, independentemente de ser alegada pelas partes, caso chegue ao conhecimento do juiz a pendência da arbitragem, deve ela ensejar a suspensão do processo.

Na jurisprudência, a despeito da ausência de julgados específicos sobre a aplicação da segunda parte do inc. VII do art. 485 do Código de Processo Civil, até a finalização do presente trabalho, a pendência da jurisdição arbitral assume relevância como limite à concessão de medidas cautelares e de urgência pelo Judiciário, uma vez admitida apenas antes da instauração da arbitragem (arts. 22-A e 22-B da LArb)<sup>480 481</sup>. Encontrou-se, no entanto, interessante julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em que, após extensa análise de outros modelos nacionais de competência-competência (alemão, norte-americano e francês), concluiu-se pela possibilidade da análise pelo Judiciário da validade da convenção de arbitragem tendo em vista que “*não foi realizado qualquer ato para dar início*

---

<sup>478</sup> GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 130; FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A convenção de arbitragem como exceção processual: impossibilidade de conhecimento *ex officio*. *Temas de arbitragem*: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 79; COSTA, Nilton Cesar Antunes da. *Efeitos processuais da Convenção de Arbitragem*. Orientador: José Manoel de Arruda Alvim Netto. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004. p. 103.

<sup>479</sup> Em sentido contrário, entendendo que a renúncia se opera inclusive na pendência de processo arbitral: MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial*: visão a partir do Brasil. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 325.

<sup>480</sup> Nesse sentido: “Cabe ressaltar que a COSME tinha *ciência inequívoca de que tramitava lide que a envolvia com a AMBEV no Juízo arbitral*, antes mesmo da propositura da ação judicial, de modo que *não se afigura adequado a parte buscar resolver o litígio pelas duas vias*”. STJ, 3ª T., REsp n. 1.602.696-PI, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 09.08.2016, v.u., p. 20. TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, agravo de inst. n. 2146012-56.2017.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 18.12.2017; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, agr. de inst. n. 2120017-41.2017.8.26.0000, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 18.08.2017.

<sup>481</sup> Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

à arbitragem”<sup>482</sup>. Ponderou-se, ainda, a inconveniência de exigir que a parte que reputa a convenção inexistente, nula ou ineficaz tenha que iniciar a arbitragem para que tenha reconhecido o respectivo vício. A despeito da correta relevância atribuída à ausência de arbitragem pendente, o raciocínio do julgado respalda uma análise prévia completa à instauração da arbitragem, quando caberia apenas o exame *prima facie* da convenção<sup>483</sup>.

Importante considerar, por fim, se a suspensão gerada pelo processo arbitral se restringiria a arbitragens domésticas, considerando que a litispendência internacional não é reconhecida pelo direito brasileiro (art. 24 do Código de Processo Civil). Como se viu no item 1.2.1, *supra*, a legislação brasileira não faz distinção entre a arbitragem doméstica e a internacional, diferenciando tão somente os efeitos da sentença proferida em território nacional ou estrangeiro. Seguindo esse raciocínio, poder-se-ia limitar então a aplicação da litispendência arbitral, como causa de extinção ou suspensão do processo judicial, apenas a arbitragens de que resultarão em sentenças proferidas no Brasil<sup>484</sup>, o que pode ou não ser uma decorrência da escolha da sede da arbitragem (item 1.2.2, *supra*).

Não nos parece, no entanto, ser essa a solução mais adequada. Isso porque, ainda que tramite em outro território e tenha lá sua sentença proferida, a arbitragem é reconhecida pela legislação brasileira, sem distinção quanto ao reconhecimento dos efeitos da convenção arbitral relativa a arbitragem nacional ou internacional. Por isso, não cabe diferenciar, onde o legislador não fez, o tratamento conferido à arbitragem em prejuízo ao prestígio do método de resolução de disputas<sup>485</sup>. Inclusive, também nesse caso será oportunizado ao Judiciário

---

<sup>482</sup> TJSP, 2ª Câ. Reserv. De Dir. Empr., apel. n. 0183377-82.2011.8.26.0100, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 18.12.2012.

<sup>483</sup> No caso, considerou-se a convenção *nula* por deixar-se de observar, em se tratando de contrato de franquia, a exigência do art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem.

<sup>484</sup> TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, p. 81-103, esp. p. 13 da versão eletrônica, jan.-mar. 2014.

<sup>485</sup> Nesse sentido, tratando de *conflito entre arbitragens*: “Como a Lei de Arbitragem não reconhece a existência de uma ‘arbitragem internacional’, mas apenas sentenças proferidas no exterior, *não cria tratamento diferenciado para arbitragens que transcorram fora do país* (salvo o procedimento de homologação). Assim, *pode-se reconhecer a litispendência entre uma arbitragem que ocorra no exterior e outra em curso no Brasil*. Caso a estrangeira tenha-se iniciado anteriormente, deve prevalecer sobre a brasileira, o que não ocorreria se se tratasse de ações judiciais” (VALLE, Martim Della. Considerações sobre os Pressupostos Processuais em Arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr & IOB, v. III, n. 12, p. 7-30, esp. p. 28, 2006.). No mesmo sentido: “Quando a legislação quis exigir a realização da arbitragem exclusivamente no Brasil, *o fez expressamente*, como na recente Lei das PPPs” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. Competência Internacional. Competência Concorrente da Justiça Brasileira. Diferenças entre a Cláusula de Eleição de Foro e a Cláusula Compromissória na Lei e na Jurisprudência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, p. 223-237, esp. p. 11 da versão eletrônica, out.-dez. 2005.).

rever a sentença arbitral em sede de homologação (art. 34 e ss. da Lei de Arbitragem brasileira). Distinguir o tratamento durante a pendência da arbitragem significaria, nesse contexto, negar legitimidade ao método como um todo. Com mais razão, isso se justifica na medida em que o Brasil é signatário da Convenção de Nova Iorque, a qual limita o controle primário da arbitragem – prerrogativa de anular a sentença arbitral, eventualmente com base em vício da convenção de arbitragem – ao Judiciário do país em que proferida a sentença (art. V, (1), ‘e’)<sup>486</sup>.

#### 4.2.2 A pendência do processo judicial perante a arbitragem

Uma vez perquirida a relevância da pendência de uma arbitragem do ponto de vista do juiz, cumpre analisar sob um outro viés *se e como* a pendência de um processo judicial se impõe ao árbitro no exercício da competência-competência (efeito positivo).

O enfoque restringe-se à posição do árbitro perante processo judicial concomitante incidente sobre o mesmo objeto da arbitragem, antes de proferida decisão definitiva do juiz sobre a jurisdição arbitral. Uma vez que essa tenha sido proferida, entra-se em discussão diversa, relativa aos efeitos da coisa julgada sobre a arbitragem, o que não entra no escopo dessa dissertação.

Tendo por base esse objetivo, partir-se-á da análise do relatório elaborado pela Associação de Direito Internacional sobre litispendência e arbitragem (“ILA”) em 2006 que sintetiza em suas recomendações os principais critérios que podem ser adotados pelo árbitro<sup>487 488</sup> quando diante de uma relação de litispendência entre a arbitragem e processo

---

<sup>486</sup> “Artigo V. 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: [...] e) a *sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida*”. Sustentando essa interpretação: MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 299.

<sup>487</sup> “the Committee is not seeking to give guidance as to how state courts should apply their domestic laws. The Committee, instead, is seeking to give guidance to arbitrators, when faced with an argument that other proceedings dealing with the same matter are running in parallel and that the arbitral tribunal should suspend or terminate the arbitration” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 4.)

<sup>488</sup> Cabe frisar, ainda, que o relatório não exclui de sua aplicação arbitragens puramente domésticas, ao menos não de maneira expressa (v. § 1.14, p. 4 do relatório). De todo modo, no caso de arbitragens domésticas, mostra-se aplicável a recomendação n. 3 (v. item ‘b’, *infra*), sendo ainda mais impositiva

judicial<sup>489</sup> (item 4.2.2.1). Os critérios serão agrupados de modo tal que permita repassar a opinião da doutrina estrangeira e nacional, em suporte ou crítica às sugestões do relatório. Em seguida, será examinado o impacto do processo judicial paralelo, ainda sob a análise do árbitro, uma vez que tenha sido iniciado antes arbitragem (item 4.2.2.2).

#### **4.2.2.1 O efeito do processo judicial paralelo em função da jurisdição perante a qual tramita**

##### **i. A regra geral da competência-competência e a relativização com base nos fundamentos da regra da litispendência (recomendações 1 e 2 da ILA)**

Em sua *primeira* recomendação, a ILA institui como premissa que, uma vez convencido de ser *prima facie* competente segundo a convenção arbitral, o árbitro deve definir sua jurisdição<sup>490</sup>, com base no princípio da competência-competência, independentemente de estarem pendentes quaisquer outros procedimentos perante tribunais estatais relativos a demandas iguais ou substancialmente iguais. Ressalva-se, ainda, a possibilidade de anulação da sua decisão<sup>491</sup>. No comentário respectivo à recomendação, o Comitê enfatiza o amplo reconhecimento do efeito positivo da competência-competência na comunidade arbitral, assim como a especial pertinência de sua observância em caso de processo judicial paralelo em jurisdição diversa da sede.

Apesar dessa primeira premissa geral, a *segunda* recomendação institui uma abertura para que o árbitro leve em consideração os objetivos de evitar decisões conflitantes, prevenir duplicação dispendiosa de procedimentos ou proteger as partes de táticas opressivas, ao decidir o pleito para declínio da jurisdição ou para suspensão da arbitragem em razão de

---

a observância da lei e prática da sede, em razão da ausência de elementos internacionais que possibilitem obter apoio em outras jurisdições.

<sup>489</sup> O relatório volta-se também ao paralelismo entre arbitragens e casos de conexão entre processo judicial e arbitragens paralelos (recomendações 5 e 6, respectivamente), sendo essas situações que não se incluem no escopo desse trabalho.

<sup>490</sup> Importante destacar que na versão original em inglês utiliza-se o verbo “should”, que indica tratar-se de uma recomendação e não um “dever” efetivo.

<sup>491</sup> “An arbitral tribunal that *considers itself to be prima facie competent* pursuant to the relevant arbitration agreement should, consistent with the *principle of competence-competence*, proceed with the arbitration (‘Current Arbitration’) and *determine its own jurisdiction*, regardless of any *other proceedings pending* before a domestic court or another arbitral tribunal in which the parties and one or more of the issues are *the same or substantially the same* as the ones before the arbitral tribunal in the Current Arbitration (‘Parallel Proceedings’). Having determined that it has jurisdiction, the arbitral tribunal should proceed with the arbitration, subject to *any successful setting aside application*” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 26.)

procedimento paralelo<sup>492</sup>. Uma vez estabelecida essa possibilidade de relativização da competência-competência, a recomendação remete às recomendações seguintes que diferenciam entre as situações de paralelismo com processo judicial na sede da arbitragem, fora da sede e com outra arbitragem.

O que se destaca dessas duas primeiras recomendações é o reconhecimento dos males da relação litispendência como fatores que *podem* ser considerados pelo árbitro no exercício da competência-competência, ou seja, quando da análise de questionamentos quanto à sua jurisdição, com base na convenção arbitral. Enquanto, de um lado, a ausência de automaticidade garante que o árbitro exerça o poder-dever de decidir sobre sua própria competência<sup>493</sup>, de outro, não se nega que o fundamento da litispendência seja utilizado como fundamento de sua decisão, autorizando-lhe suspender ou declinar do procedimento arbitral quando entenda ser o caso, segundo as circunstâncias<sup>494</sup>. Como destaca Born, a suspensão da arbitragem mostra-se como meio mais eficiente na definição da jurisdição arbitral, na medida em que o julgamento da questão no processo judicial poderá proporcionar argumentos convincentes, fatos adicionais e, inclusive, podendo levar a acordos entre as partes<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> “Nevertheless, in the interest of *avoiding conflicting decisions, preventing costly duplication of proceedings or protecting parties from oppressive tactics*, an arbitral tribunal requested by a party to decline jurisdiction or to stay the arbitration on the basis that there are Parallel Proceedings *should decide* in accordance with the principles set out in paragraphs 3, 4 and 5 below” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 26.)

<sup>493</sup> “the better view is that the *lis pendens doctrine does not provide grounds*, where a jurisdictional objection is pending in a national court (and particularly a court outside the arbitral seat, for imposing *any absolute rule* requiring an arbitral tribunal to suspend its own consideration of jurisdictional issues. [...] The tribunal *has the right* (pursuant to its ‘equal vocation’), and the *obligation* (pursuant to the New York Convention and the arbitration agreement), to reach *decisions regarding its jurisdiction*, and about the substance of the matters submitted to it” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 3 801.). No mesmo sentido: “La *nécessaire autonomie du tribunal arbitral* – qui se manifeste également ici dans l’appréciation de sa propre compétence – conduit à des solutions complexes et nuancées, loin des mécanismes traditionnels, *de l’automaticité de la litispendance* ou de l’autorité de la chose jugée” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 447.).

<sup>494</sup> “there was *no priority rule* that would give the arbitral tribunal precedence to decide upon the validity of the arbitration agreement (and thus also upon the jurisdiction of the arbitral tribunal). Such mandatory stay is not advised, *but a discretionary stay could sometimes be a sensible solution*” (BRENGESJÖ, Emil. *Lis Alibi Pendens in International Arbitration. Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches*. Stockholm University: Faculty of Law, 2013. p. 64.)

<sup>495</sup> “The national court judgment might provide *persuasive reasoning, additional facts* (as a consequence of discovery, witness testimony, or other factors) or *concessions by one party or the other, which could simplify, expedite, or better inform an arbitral decision on jurisdiction*. In these



Essa aplicação discricionária da exceção de litispendência atende às críticas da doutrina no sentido de não se impor ao árbitro a estrita regra da prioridade, pois a perspectiva da decisão judicial sobre a jurisdição arbitral não vincula *necessariamente* o árbitro, que não pertence à mesma esfera de jurisdição do juiz<sup>496</sup>. Ao mesmo tempo, a adoção da litispendência como fundamento pelo árbitro favorece, quando o caso, uma saudável coordenação do exercício do poder jurisdicional por órgãos pertencentes a jurisdições distintas, mas igualmente aptas a pacificar a disputa com justiça<sup>497</sup>.

A aplicação da exceção de litispendência pelo árbitro configura-se, nesse caso, como um poder-dever inerente à jurisdição arbitral<sup>498</sup>, que considera tanto os objetivos da litispendência quanto a exequibilidade da sentença arbitral, sendo esse último aspecto melhor desenvolvido nas recomendações 3 e 4, seguintes.

## **ii. Processo judicial paralelo na sede da arbitragem (recomendação nº 3 da ILA)**

A *terceira* recomendação da ILA volta-se à situação de paralelismo entre procedimento arbitral e processo judicial pendente na *sede* da arbitragem. Recomenda-se, nesse caso, que o árbitro *esteja atento* à lei da sede, considerando a possibilidade de a sentença arbitral ser anulada caso esteja em conflito com decisão emitida pelo juiz dessa jurisdição<sup>499</sup>.

---

instances, an arbitral tribunal would be free to stay or suspend its own decision on jurisdiction pending the national court decision; it would not, however, be obliged to do so, nor would it be bound by the national court's resulting decision on jurisdiction" (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 3 805.)

<sup>496</sup> "It was, rather, the automatic and *mandatory character* of the *lis pendens* rule in Swiss Private International Law which created alarm in the aftermath of Fomento. If an arbitral tribunal were always required to suspend its proceedings if a court in another country were first seised with the dispute, this would encourage forum shopping" (McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 213.)

<sup>497</sup> "the *mere fact that a lawsuit was instituted first should not bar resort to arbitration*, as contractually agreed, but the arbitrators should still consider carefully whether the arbitral agreement is really valid and enforceable. After all, *conflicting outcomes only generate further disputes, and the purpose of arbitration is to resolve them*" (REICHERT, D. Problems with parallel and duplicate proceedings: the litispence principle and international arbitration. *Arbitration International*, v. 8, n. 3, p. 237-256, esp. p. 255, 1992.)

<sup>498</sup> ARROYO, Diego P. Fernández. Arbitrator's Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy? In: FERRARI, Franco (Ed.). *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*: Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. Huntington: JurisNet, 2016. p. 208.

<sup>499</sup> "Where the Parallel Proceedings are pending before a *court of the jurisdiction of the seat of the arbitration*, in deciding whether to proceed with the Current Arbitration, the arbitral tribunal *should be mindful of the law of that jurisdiction*, particularly having regard to the *possibility of annulment of the award in the event of conflict* between the award and the decision of the court" (LY, Filip de;

Esclarece-se no respectivo comentário à recomendação que o principal objetivo do relatório consiste em orientar o árbitro quando diante de processo paralelo perante jurisdição *diversa da sede*, situação endereçada pela recomendação nº 4. Isso porque se trata de processo judicial pendente na sede da arbitragem, uma vez que os tribunais desse país detêm o poder de anular a sentença arbitral. Assim, caso a lei e a prática desse sistema jurídico estatal determinem que o árbitro decline em favor dos tribunais estatais para a definição da jurisdição arbitral, *deve* o árbitro seguir essa determinação<sup>500</sup>.

Prevalece aqui como premissa, portanto, o dever do árbitro de proferir uma sentença exequível<sup>501</sup>, diferenciando-se essa repercussão caso o processo judicial paralelo tramite no país-sede da arbitragem (recomendação nº 3), corte supervisora que tem a prerrogativa de anular a sentença arbitral<sup>502</sup> (item 1.2.2, *supra*), ou em país diverso da sede (recomendação nº 4). Como destaca Arroyo, ainda que exista certa divergência quanto ao reconhecimento desse comprometimento do árbitro com a prolação de uma sentença exequível, sua observância encontra-se prevista nas regras institucionais de diversas câmaras arbitrais<sup>503</sup>.

---

SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 26.)

<sup>500</sup> Comentário à recomendação nº 3: “The Committee was mindful that an arbitral tribunal *should apply the law and respect the practice at the place of arbitration*, not least because the courts of that country will ultimately have the *power to set aside the tribunal’s award* and are very unlikely to allow *inconsistent decisions* on jurisdiction to stand. Accordingly, if the law and practice at the place of arbitration prescribes that it is for the tribunals to defer to the courts on issues of jurisdiction, then *the tribunal should act accordingly*” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 24.)

<sup>501</sup> “An arbitral tribunal seized first of a matter ought reasonably to pursue its mandate, but it should not lose sight of the possibility that proceedings instituted by one of the parties in another forum might indeed have a stronger basis for jurisdiction. *The integrity of the arbitral process is not served if an award is nullified or ultimately refused enforcement*” (REICHERT, Douglas D. Problems with parallel and duplicate proceedings: the litispence principle and international arbitration. *Arbitration International*, v. 8, n. 3, p. 237-256, esp. p. 255, 1992.). No mesmo sentido: SERRANO, Fernando Mantilla. Towards a transnational procedural public policy. *Arbitration International Review*, v. 20, n. 4, p. 333-353, esp. p. 349, 2004.

<sup>502</sup> “the supervisory court, i.e. the *state court with local jurisdiction at the place of arbitration*, that *holds sway over the fate of the arbitral award*. [...]. *the only court to which the tribunal must defer is the court at the place of jurisdiction, the supervisory court*. If that court – during the course of the arbitral proceedings or as a result of a challenge of the ensuing award – holds that the tribunal did not have jurisdiction, this obviously constitutes the last word on this matter” (SÖDERLUND, Christer. *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*. *Journal of International Arbitration*, v. 22, n. 4, p. 301-322, esp. p. 310-311.)

<sup>503</sup> ARROYO, Diego P. Fernández. Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy? In: FERRARI, Franco (Ed.). *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*. Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. Huntington: JurisNet, 2016. p. 208.

Mesmo nesse caso, contudo, a recomendação em si limita-se a prescrever que o árbitro *esteja atento* (“should be mindful”) à probabilidade de anulação da sentença arbitral caso conflite com o pronunciamento estatal, o que não tolhe seu poder daquele de decidir a questão e de eventualmente divergir do posicionamento das cortes estatais. Essa margem de discricionariedade justifica-se, pois, como já dito anteriormente (item 1.2.1, *supra*), quando o pronunciamento do juiz da sede resulte de particularismo nacional e divergente da prática internacional, é possível que a arbitragem obtenha apoio de outras jurisdições pró-arbitragem antes, durante ou após o início do procedimento arbitral<sup>504</sup>. Ainda que anulada a sentença pelos tribunais da sede, a execução pode ser viabilizada em países pró-arbitragem, como a França<sup>505</sup>. Essa autonomia, inclusive, garante que o árbitro decida de acordo com o seu senso de justiça, que poderia restar frustrado se devesse se submeter diretamente a jurisdições nacionais<sup>506</sup>.

Seguindo o raciocínio, mesmo na pendência de uma demanda anulatória contra a decisão arbitral sobre a jurisdição – caso em que já exercida a competência-competência – o árbitro tem a prerrogativa de decidir se deve ou não aguardar o pronunciamento estatal (item 4.2.1.1, ‘i’, *supra*).

A posição autoriza o prosseguimento em paralelo do procedimento arbitral e do processo judicial<sup>507</sup>. De todo modo, em nossa opinião, ela não legitima uma total indiferença em relação ao pronunciamento judicial, como defendido por alguns autores. Pode o árbitro

---

<sup>504</sup> “il est vrai que même en droit français, un tribunal arbitral dont le siège est en France, qui reconnaîtrait sa compétence en méconnaissance d’une décision d’une juridiction étatique française jugeant la clause d’arbitrage manifestement nulle ou inapplicable, verrait sa sentence annulée. Mais l’absence d’automaticité est également sage, en particulier lorsque l’État du siège fait preuve d’une hostilité marquée envers l’arbitrage” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 438.)

<sup>505</sup> “Dès lors qu’il est possible que la sentence arbitrale se voit accorder l’exécution forcée dans un autre État qui accepte d’accueillir une sentence arbitrale même annulée à l’étranger, ce qui est le cas du droit français – le rêve de délocalisation de l’arbitrage devenant alors, pour partie, réalité –, le tribunal arbitral pourrait alors **prendre le risque** d’aller à l’encontre de la procédure parallèle pendante devant la juridiction étatique du lieu de l’arbitrage et sa décision” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 438.)

<sup>506</sup> “one could be forgiven for thinking that it was more important that an award be enforceable than that it be right. [...] The worst thing an arbitrator can do is issue an award that can’t be set aside and that is dead wrong on the merits” (KIRBY, Jennifer. What is an award, anyway? *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 31, n. 4, p. 475-484, esp. p. 480, 2014.)

<sup>507</sup> Sobre a questão v. item 1.2.3, *supra*, voltado à identificação das teorias que procuram localizar a arbitragem. No caso, os sistemas legais mais adeptos à deslocalização da arbitragem, como o francês, viabilizam a execução de uma sentença arbitral mesmo que tenha sido anulada na sede. A esse respeito, v.g., LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 76-77.

recusar-se a seguir o posicionamento estatal da sede, que traduz a legislação e prática nacionais, mas assim o fará considerando que esse contraria, em sua concepção, a prática internacional<sup>508</sup>. Essa autonomia restará, no entanto, mais limitada no caso de arbitragens estritamente nacionais, que não disponham de elementos de internacionalidade que permitam sustentar-se em outros sistemas jurídicos legais.

### **iii. Processo judicial paralelo em jurisdição diversa da sede (recomendação nº 4 da ILA)**

Na *quarta* recomendação do relatório, a ILA estabelece que, estando diante de processo judicial pendente perante jurisdição diversa daquela da sede da arbitragem, o árbitro deve prosseguir com a arbitragem e definir sua jurisdição, exercendo a competência-competência, exceto se a parte que iniciou a arbitragem tenha renunciado à convenção arbitral ou se presentes outras circunstâncias excepcionais<sup>509</sup>. A orientação deixa explícito que o árbitro não está obrigado a considerar eventual pronunciamento judicial emanado do tribunal judicial não pertencente à jurisdição da sede da arbitragem e, por isso, não há sentido em suspender a arbitragem.

No comentário à referida recomendação, a ILA destaca como embasamento, primeiro, a importância do poder-dever do árbitro de decidir a preliminar quanto à sua jurisdição (i), oportunidade em que lhe caberá sopesar os argumentos arguidos pela parte que resiste à arbitragem (ii). Indica, ainda, como fatores adicionais em prol do prosseguimento da arbitragem, (iii) o tempo considerável que pode levar para que a decisão judicial da jurisdição estranha à sede se torne definitiva, (iv) a possível inviabilidade do reconhecimento dessa decisão pelos tribunais da sede e (v) o fato de que o tribunal da sede ou de qualquer outra jurisdição perante a qual se busque a execução da futura sentença arbitral terão oportunidade de rever a decisão do árbitro quanto à sua jurisdição,

---

<sup>508</sup> Nesse sentido: “The tribunal will thus have *no duty to defer* to the court’s conclusion on its jurisdiction but will be *obliged to review the premises on which the court made its conclusion* (always provided that these premises are pleaded before the tribunal by the parties)” (SÖDERLUND, Christer. *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*. *Journal of International Arbitration*, v. 22, n. 4. p. 306.).

<sup>509</sup> “Where the Parallel Proceedings are pending before a court of a jurisdiction *other than the jurisdiction of the seat of the arbitration*, consistent with the principles of competence-competence, *the tribunal should proceed with the Current Arbitration and determine its own jurisdiction*, unless the party initiating the arbitration has *effectively waived its rights* under the arbitration agreement or save in other exceptional circumstances” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 24.)

considerando inclusive eventual decisão judicial anteriormente proferida quanto à questão, no próprio procedimento de execução e homologação da sentença arbitral.

O primeiro fator adicional (iii) atribui relevância à ponderação entre economia e a conveniência diante da situação de paralelismo entre pronunciamento judicial e arbitral. Isso inclui considerar, em cada caso, o tempo estimado para o pronunciamento definitivo das cortes estatais, o estágio em que se encontra a arbitragem e quão fundamentada seja a impugnação à jurisdição arbitral. O comentário à recomendação coloca em evidência, ainda, a provável demora que levará para que uma decisão judicial se torne definitiva. Essa probabilidade decorre dos diversos graus recursais a que está normalmente sujeita a decisão judicial, o que se mostra especialmente relevante quando em comparação com o procedimento arbitral, que em geral caracteriza-se pela celeridade e no qual não cabe recurso.

Os dois demais fatores adicionais relacionam-se ao potencial reconhecimento da decisão do tribunal estrangeiro, sobre a jurisdição arbitral, na sede da arbitragem (fator iv) e a perspectiva de revisão do pronunciamento dos árbitros quanto à sua jurisdição em sede de execução na sede ou de homologação da sentença arbitral em país diverso da sede (fator v).

Considerados todos esses fatores, em acréscimo ao dever do árbitro de julgar sua competência, com base no princípio da competência-competência, a solução recomendada é que o árbitro prossiga com a arbitragem, mesmo na pendência do procedimento judicial paralelo. Ainda assim, o árbitro pode considerar, por força de circunstâncias excepcionais, ser o caso de suspender ou declinar da arbitragem em curso.

Em especial, a ILA indica expressamente a hipótese em que o árbitro constate, mediante análise *prima facie*, que a participação da parte requerente da arbitragem no processo judicial tenha configurado renúncia à convenção arbitral. A ressalva deve-se<sup>510</sup> à situação específica que se verificou no “Fomento”<sup>511</sup>, muito criticada pela doutrina por ter

---

<sup>510</sup> Comentário à recomendação 4 (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members)). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 24-25.).

<sup>511</sup> *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (Espanha) vs. Colon Container Terminal S.A. (Panamá)*. Tribunal fédéral Suisse, 14 de maio de 2001. *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, v. 2001, n. 4, p. 835-842, 2001. No caso, foi proposta ação judicial por *Fomento* perante os tribunais estatais panamenhos e arguida exceção de convenção arbitral por *Colon*. A exceção foi, no entanto, rejeitada em primeira instância, em razão de sua intempestividade. Na sequência, *Colon* instaurou arbitragem e recorreu contra a decisão do juiz panamenho. Após decisão do tribunal de segunda instância reverteu o pronunciamento de primeira instância, o que levou ao tribunal arbitral a proferir sentença confirmando sua jurisdição. Posteriormente, a decisão panamenha de segunda instância foi novamente revertida pela Corte Suprema do Panamá, confirmando que a exceção de arbitragem teria sido apresentada tardiamente. Com isso, *Fomento* apresentou recurso contra a

reconhecido uma automática submissão do árbitro à precedência de processo judicial em trâmite perante jurisdição nacional diversa da sede, enquanto discutida a legitimidade da jurisdição arbitral<sup>512</sup>. Para casos como esse, a ILA recomenda que o árbitro não suspenda o procedimento arbitral, salvo se o caso de renúncia à convenção arbitral em razão de um comportamento incompatível com a opção pela arbitragem (“taken a substantive step in the foreign litigation”). Assim, considerando que a configuração da renúncia tácita à convenção arbitral repousa na especificação legal do momento, maneira e prazo adequados para que um determinado tribunal estatal considere válida a alegação da convenção, recomenda-se que a interpretação da respectiva legislação processual seja realizada pelo juiz<sup>513</sup>.

Com esse posicionamento, acaba-se por admitir a aplicabilidade da regra da litispendência em caso de renúncia tácita à convenção arbitral. A propósito, ao analisarem o caso Fomento, Geisinger e Levy já defendiam a aplicação dessa regra em determinadas circunstâncias, refutando as severas críticas que levaram ao legislador suíço a expressamente autorizar o árbitro que desconsidere a pendência concomitante do processo judicial paralelo em foro estrangeiro<sup>514</sup>.

*Primeiro*, quando se diz que a aplicação beneficiaria a má-fé da parte que se antecipa às cortes judiciais como meio de frustrar a opção pela arbitragem, os autores ressaltam que a crítica não procede por ser necessário um efetivo e legítimo questionamento à convenção de arbitragem, enquanto pressuposto da jurisdição arbitral. Assim, uma vez constatada pelo árbitro a evidente má-fé da parte que impugna a convenção perante a corte estatal diversa da sede, não estará ele obrigado a reconhecer a litispendência<sup>515</sup>. Nesse caso, o pronunciamento

---

sentença arbitral confirmativa de jurisdição. Ao julgar o recurso, o Tribunal Federal suíço anulou a sentença arbitral, entendendo que os árbitros deveriam ter aguardado a decisão final dos tribunais panamenhos, com base na litispendência.

<sup>512</sup> PARK, William W. The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction. ICCA Congress Series, n. 13, International Arbitration, 2006 Back to Basics? The Hague: Kluwer, 2007; MAYER, Pierre. Litispendance, connexité et chose jugée. In: BREDIN, J. D.; LALIVE, P.; POUDRET, J. F.; TERRÉ, F. (Coords.). *Liber Amicorum Claude Raymond: Autour de l’arbitrage*. Paris: Litec, 2004. p. 185-203, esp. p. 189; BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 152 e ss.

<sup>513</sup> Nesse sentido: BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 184.

<sup>514</sup> GEISINGER, Elliott; LÉVY, Laurent. La litispendance dans l’arbitrage commercial international. *L’Arbitrage Complexe, Bulletin CCI, Supplément Spécial*, p. 59-62, 2003.

<sup>515</sup> Uma evidência inaceitável da má-fé da parte que iniciou o processo judicial paralelo é a eleição de um foro estatal sem qualquer relação com a controvérsia, caso em que o pronunciamento dessa, segundo os autores, não será admitido pelos tribunais suíços (GEISINGER, Elliott; LÉVY, Laurent. La litispendance dans l’arbitrage commercial international. *L’Arbitrage Complexe, Bulletin CCI, Supplément Spécial*, p. 59, 2003.

estatal não estará em condições de ser reconhecido na sede, pois a verificação do potencial reconhecimento na sede é condição para a aplicação da regra da litispendência em nível internacional, tal como prevista no art. 9º do Código Federal de Direito Internacional Privado<sup>516</sup>.

A mesma justificativa se estende a uma *segunda* crítica, que aponta o atraso e a protelação do procedimento arbitral causado pela imposição da litispendência ao árbitro. Se há um efetivo questionamento à convenção arbitral, justifica-se que a corte estatal pronuncie-se sobre ele. Destacam os autores que, uma vez existente questionamento efetivo quanto à convenção arbitral, ainda que o árbitro seja o primeiro a se pronunciar quanto a ela, sua decisão estaria de todo modo sujeita à revisão pelos tribunais estatais da sede ou de outra jurisdição em sede executiva. Melhor, de acordo com eles, que se defina a posição das cortes estatais logo de início, do que permitir sejam prolatadas duas decisões eventualmente conflitantes.

Uma *terceira* crítica aponta que a imposição da litispendência ao árbitro possibilitaria que interpretações estrangeiras restritivas à arbitragem fossem endossadas pelo direito suíço. Essa afirmação é refutada por Geisinger e Levy considerando que a validade da convenção arbitral continuará a ser aferida com base no direito suíço, caso a sede da arbitragem seja na Suíça<sup>517</sup>. Ou seja, caso a convenção seja válida de acordo com a lei suíça, a decisão estrangeira não será passível de reconhecimento na sede da arbitragem e, nesse caso, não incide a regra da litispendência. Isso não significa, no entanto, que a lei estrangeira não possa ser aplicada quanto a uma questão preliminar à aferição da validade da convenção arbitral, como é o caso da apuração da renúncia tácita perante tribunal estatal estrangeiro<sup>518</sup>.

---

<sup>516</sup> “The Swiss court shall dismiss the action as soon as a foreign decision is submitted to it which *can be recognized in Switzerland*” (Disponível em: [https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB).pdf). Acesso em: 28 set. 2018.)

<sup>517</sup> “it is not the foreign state court’s decision on this issue which ipso facto pre-empts the tribunal’s jurisdiction, but the tribunal’s own assessment of whether the defendant in fact failed to raise the arbitration defence in the court proceedings and, if so, whether it was done in a way and under such circumstances that the defendant’s conduct amounted to a waiver of the arbitration agreement” (SÖDERLUND, Christer. *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*. *Journal of International Arbitration*, v. 22, n. 4, p. 307.)

<sup>518</sup> Os autores citam aqui o exemplo em que, para verificar a validade do consenso em determinada convenção arbitral, remete-se às leis estatutárias de uma companhia para que se possa confirmar os poderes de quem assinou (*lex societatis*) (GEISINGER, Elliott; LÉVY, Laurent. *La litispendance dans l’arbitrage commercial international. L’Arbitrage Complexe, Bulletin CCI, Supplément Spécial*, p. 61, 2003.)

Por fim, a *quarta* crítica aponta ser ilógico que para aplicar a regra da litispendência o árbitro tenha que realizar, de todo modo, um juízo sobre sua competência para verificar se a futura decisão da corte estatal estrangeira é suscetível de reconhecimento na Suíça. Diante desse posicionamento, os autores esclarecem que, diferentemente da análise que seria feita pelo árbitro quando do efetivo pronunciamento sobre sua jurisdição, a análise do potencial reconhecimento do pronunciamento judicial estrangeiro é mais superficial e restrita. Essa decisão tem como finalidade não apenas evitar decisões contraditórias, o que estaria autorizado caso a decisão estrangeira não estivesse potencialmente apta a ser reconhecida na Suíça, mas também evitar o exercício em duplicidade da atividade jurisdicional voltada a resolução de uma mesma disputa. Por isso, justifica-se a análise preliminar.

#### **iv. Ônus de alegar a situação de litispendência (recomendação nº 7 da ILA)**

A *sétima* recomendação indica que os efeitos da pendência de procedimento paralelo com relação a uma arbitragem não precisam ser considerados de ofício pelo árbitro. Segundo a recomendação, esses efeitos devem ser alegados pela parte interessada o mais cedo possível<sup>519</sup>.

Pautou-se o Comitê, aqui, na assunção de que a litispendência não se configura, *em geral*, como ordem pública, na medida em que envolve apenas os interesses privados das partes. Além disso, considera-se que, diferentemente das partes que participam do procedimento em paralelo à arbitragem, o árbitro “não está em posição” de ter acesso à informação de que há processo pendente em paralelo à arbitragem, o que justifica atribuir o ônus da alegação às partes. Por fim, esclarece-se que não se justifica a imposição de prazo específico à parte interessada na suspensão ou declínio da jurisdição arbitral, uma vez que os efeitos do paralelismo podem evidenciar-se ao longo do procedimento arbitral<sup>520</sup>.

A recomendação limita-se a isentar o árbitro de invocar por sua própria conta os efeitos do processo em paralelo no procedimento arbitral concomitantemente em curso. Não obstante, não se coloca qualquer impedimento a que, caso venha a ter conhecimento por qualquer outro meio que não a alegação das partes, o árbitro submeta às partes a informação

---

<sup>519</sup> “The effects of Parallel Proceedings *need not be raised on its own motion* by an arbitral tribunal. If not waived, such effects should be raised *as soon as possible* by a party” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 26.)

<sup>520</sup> Comentário à recomendação 7 (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 25.)



quanto ao paralelismo, intimando-as a se manifestarem sobre a duplicidade (item 4.2.1.2, ‘i’, ‘a’, *supra*).

**v. Consentimento mútuo das partes no prosseguimento em paralelo de ambas as jurisdições (hipótese não constante do relatório)**

Como decorrência da análise da recomendação segundo a qual o árbitro não está obrigado, mas também não está impedido, de invocar de ofício a informação do procedimento judicial em paralelo, uma vez notificadas as partes desse fato no procedimento arbitral, surge uma nova situação.

Caso quaisquer das partes, diante da informação, conteste a jurisdição estatal, ratificando seu interesse na via arbitral, o árbitro decidirá de acordo com os critérios mencionados nas recomendações precedentes relativas à concorrência de jurisdições para análise da regularidade e extensão da convenção arbitral. Será de relevância, inclusive, que as partes indiquem seu potencial interesse na execução da sentença arbitral na jurisdição judicial em questão, o que, como se viu anteriormente (item 4.2.1.2, ‘c’, *supra*), reforçará a necessidade de suspensão da arbitragem.

Na hipótese peculiar em que nenhuma das partes se insurgir contra a pendência concomitante de processo perante jurisdição estatal – não tendo sido invocada a convenção arbitral perante a jurisdição estatal – coloca-se difícil questão: prevalece a autonomia das partes no prosseguimento em paralelo ou prepondera interesse de ordem pública para o reconhecimento da litispendência?

Seguindo a premissa do relatório da ILA de que não se constitui questão de ordem pública, o árbitro poderia prosseguir com a arbitragem mesmo tendo conhecimento do processo em paralelo, considerando ser uma efetiva escolha das partes ver a questão resolvida paralelamente em duas jurisdições.

No entanto, não nos parece ser essa a solução mais adequada, por duas razões. A *primeira* consiste em que a omissão das partes nessa hipótese configura acordo tácito em perseguir a via judicial, em oposição à arbitral. O ato de perseguir a esfera judicial é incompatível com o prosseguimento em paralelo do procedimento arbitral. Ademais, em *segundo* lugar, ao autorizar o prosseguimento da arbitragem nessa hipótese, o árbitro está, de todo modo, colocando em risco da exequibilidade da futura sentença arbitral, caso

proferida sentença de mérito no processo judicial paralelo sobre a qual incidirão os efeitos da coisa julgada<sup>521</sup>.

#### 4.2.2.2 O efeito do processo judicial paralelo em função de sua anterioridade

Uma vez expostos os critérios a direcionarem a atitude do árbitro perante processo judicial paralelo, em especial em função de sua tramitação perante tribunal da sede da arbitragem ou tribunal diverso da sede, convém verificar, sob um outro viés, qual a reação mais adequada diante da anterioridade do processo judicial. Analisa-se, portanto, os casos em que há processo judicial *anterior* (i) ou *posterior* (ii) à instauração da arbitragem.

Caso o árbitro se depare com processo judicial anteriormente proposto pendente, isso significa que: (i.a) a convenção arbitral não foi alegada no processo, caso em que se opera sua renúncia tácita; (i.b) a convenção arbitral foi alegada, mas em análise *prima facie* o juiz estatal entendeu que essa contém vício manifesto; e (i.c) a convenção arbitral foi alegada e ainda não houve julgamento sobre a mesma.

Na primeira hipótese (i.a), o árbitro deverá decidir sobre sua jurisdição para confirmar a renúncia, considerando a antecedência do processo anterior somada à ausência de alegação da convenção arbitral, desde que se trate da mesma demanda (item 4.2.2.1, ‘v’, *supra*).

A segunda hipótese (i.b) corresponde àquela em que o juiz está autorizado a prosseguir com o processo judicial se, mediante uma análise *prima facie* da convenção arbitral, constatar sua inexistência, invalidade ou ineficácia (item 2.3, *supra*).

Como visto (item 4.2.1.1, *supra*), mesmo o sistema jurídico francês, aquele que acolhe com maior amplitude o efeito negativo da competência-competência, admite em certa medida que o juiz deixe de extinguir o processo em função de vício manifesto na convenção arbitral, desde que ainda não instaurada a arbitragem. No sistema jurídico brasileiro, estando legalmente prevista a impossibilidade de prosseguir-se o processo judicial “quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (CPC, art. 485, inc. VII, 2ª parte), uma vez instaurada a arbitragem, o processo deve ser suspenso, a fim de que se aguarde a decisão do árbitro sobre sua jurisdição (item 4.2.1.2, ‘c’, *supra*).

---

<sup>521</sup> Não se entrará no mérito, aqui, porque foge do escopo dessa dissertação, se e a partir de qual momento os efeitos da coisa julgada incidem sobre a sentença arbitral, nem sobre se prevalecem os efeitos da coisa julgada anterior ou posterior. O que se pretende aqui é apenas alertar para os riscos que essa provável incompatibilidade acarreta à decisão arbitral.

Por decorrência, caso, a despeito da anterior propositura do processo judicial, não tenha o juiz se pronunciado ainda sobre a regularidade da convenção arbitral (i.c), o árbitro deve prosseguir com a decisão sobre sua competência, pois no momento em que a decisão judicial vier a ser tomada o juiz estará obrigado a declinar de sua jurisdição em face da instituição da arbitragem e da decisão arbitral que confirma sua competência.

Importante ressaltar que a hipótese em que suscitada no processo judicial divergência quanto à caracterização da renúncia, equivale à hipótese 'b', pois o prosseguimento do processo terá decorrido de decisão que constata a ineficácia da convenção arbitral.

Ademais, se o árbitro se deparar com vício não aferível *prima facie*, poderá prosseguir com a arbitragem para sua perquirição. Nesse caso, o paralelismo entre os processos decorrerá de que houve indevida relativização do efeito negativo da competência-competência.

Em resumo, o prosseguimento do processo judicial prevalece sobre o prosseguimento da arbitragem quando sua propositura configure renúncia à convenção arbitral ou tenha sido reconhecido vício grave da convenção arbitral, aferível por análise *prima facie*. Considerando os critérios expostos no item anterior, esse preavalecimento é reforçado à medida em que a decisão tenha sido proferida pelo juiz da sede da arbitragem ou por juiz de jurisdição diversa, mas tenha perspectiva de se tornar definitiva em tempo razoável e de ser reconhecida na sede.

No *segundo caso* (ii), caso o árbitro se depare com processo judicial subsequente à instauração da arbitragem, isso implica que (ii.a) eventual renúncia à convenção arbitral deverá ser expressamente manifestada perante o próprio árbitro, não se concebendo nesse caso renúncia tácita e, por isso, (ii.b) eventual vício à convenção arbitral deverá ser submetido ao árbitro, sob pena de preclusão, cabendo ao árbitro confirmar sua jurisdição independentemente da pendência do processo anterior. Nesse caso, a decisão do árbitro pode ser submetida a demanda anulatória.

Em qualquer caso, não se justifica que o árbitro suspenda a arbitragem para aguardar a decisão do juiz, pois aqui, mais do que decidir sobre a jurisdição arbitral de maneira incidental, como meio de aferir a sua própria jurisdição, o juiz está desconsiderando que há uma jurisdição em curso. Nesse estágio, o juiz deve aguardar a decisão arbitral para após eventualmente revê-la em sede de demanda anulatória ou executiva. Para o árbitro, por sua vez, o pronunciamento judicial constituirá um atropelo de sua jurisdição, de modo que o exercício da competência-competência prevalece sobre o risco de decisões conflitantes e o

dispêndio de recursos, inclusive porque, ainda que prevaleça o entendimento judicial, esses só podem ser atribuídos à atitude do juiz que se negou a aguardar que o árbitro prosseguisse no exercício da sua função, deixando para momento posterior a eventual revisão.

### 4.3 Consequências da ausência de coordenação

Fora do cenário ideal em que devidamente aplicados os critérios de deferência entre processo judicial e arbitragem quando da confirmação da jurisdição arbitral (itens 4.2 e 4.3, *supra*), faz-se pertinente identificar quais as consequências acarretadas. Como visto na introdução do trabalho, além do mecanismo de deferência e na ausência de uma solução consensual entre as partes, restam duas outras alternativas: o *controle* (a) ou a *indiferença* (b).

O *controle* (a) entre procedimentos paralelos é exercido através das medidas judiciais antiprocesso e antiarbitragem (*anti-suit* ou *anti-arbitration*). Consistem em ordens judiciais<sup>522</sup> voltadas a condenar uma parte à obrigação de não fazer, consistente em não propor ou não persistir em processo judicial ou arbitral, respectivamente<sup>523</sup>. A utilização dessas medidas originou-se como mecanismo interno de coordenação do sistema legal inglês, tendo depois expandido para o âmbito internacional (item 3.5, *supra*).

Como ressalvado na introdução, trata-se de tema relevante que diz respeito ao tratamento do paralelismo entre processo judicial e arbitral, mas que, devido à sua

---

<sup>522</sup> É possível igualmente que as medidas sejam proferidas *pelos próprios árbitros*, dependendo de sua efetividade de reconhecimento e execução estatal. A esse respeito: LÉVY, Laurent. Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. *IAI International Arbitration Series*, n. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, Juris Publishing, p. 115-129, 2005. Disponível em: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/L%C3%A9vy-Anti-suit-Injunctions-Issued-by-Arbitrators.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018; GAILLARD, Emmanuel. Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. *In*: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Kluwer Law International, 2007. v. 13. p. 235-266. ICCA Congress Series.

<sup>523</sup> “Avec caractère général nous sommes devant d’une *mesure restrictive in personam* dirigé à une des parties dans un procédé civil pour qu’il renonce à commencer ou continuer un procès civil devant un tribunal étranger” (ROZAS, José Carlos Fernández. Anti-Suit Injunctions et Arbitrage Commercial. *In*: GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas; FRÍAS, Ana Salinas de (Coords.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005. t. I. p. 575-586, p. 3 da versão eletrônica. Disponível em: [https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT\\_INJUCTION\\_ET\\_ARBITRAGE\\_COMMERCIAL\\_INTERNATIONAL.pdf](https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT_INJUCTION_ET_ARBITRAGE_COMMERCIAL_INTERNATIONAL.pdf). Acesso em: 09 nov. 2018.). *Vide* também: MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 220-221.

complexidade<sup>524</sup>, não se insere no escopo do presente trabalho. De todo modo, é importante que se tenha em mente, inclusive como argumento de reforço à adoção dos critérios de deferência tratados nesse capítulo, que a utilização dessas medidas em desfavor da arbitragem é bastante criticada pela doutrina.

O que se considera a esse respeito é que, ainda que assista aos tribunais estatais da sede da arbitragem um papel de supervisão da arbitragem (item 1.2.2, *supra*), o controle ativo sobre o exercício da jurisdição arbitral configura-se como um abuso do poder estatal<sup>525</sup>, em especial se já há arbitragem em curso<sup>526</sup>. Condena-se, ainda, a utilização dessas medidas enquanto violadoras do princípio da competência-competência, segundo o qual o árbitro não pode ser impedido de se pronunciar quanto à sua competência (item 2.2, *supra*)<sup>527</sup>. Com maior razão, sua prolação por autoridade judicial não pertencente aos tribunais da sede da arbitragem contrariaria a concentração do poder de supervisão na sede<sup>528</sup>.

Por outro lado, questiona-se igualmente a eficácia das medidas antiarbitragem, uma vez que tenham sido emitidas por tribunais da sede ou por tribunais diversos da sede, a

---

<sup>524</sup> Note-se que o mesmo corte foi realizado pela *International Law Association* no relatório sobre litispendência anteriormente analisado (item 4.2.2.1, *supra*): “Anti-suit injunctions clearly are at the heart of any debate as to the relationship between state courts and arbitral tribunals, especially in Common Law countries. [...] This is a complex issue and the Committee decided to limit its consideration to the less complicated situation of parallel proceedings taking place with no anti-suit injunction having been made” (LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006. p. 4-5.).

<sup>525</sup> McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. p. 293-294.

<sup>526</sup> Defendendo sua utilização apenas antes da instauração da arbitragem: MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. p. 222.

<sup>527</sup> “há verdadeira contradição entre uma medida *anti-suit* e o efeito negativo do princípio da *compétence-competence* nos casos em que a medida *anti-suit* é concedida em momento em que o Tribunal Arbitral ainda não se decidiu se é competente para decidir a demanda” (NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem e demandas paralelas: a visão do árbitro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 346.); ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 217.

<sup>528</sup> “Se o Judiciário brasileiro impede o início de uma arbitragem que culminará em sentença estrangeira, nos termos do direito pátrio, ele está, na verdade, como jurisdição secundária, deixando de reconhecer o poder conferido pela Convenção de Nova Iorque ao Judiciário local, como jurisdição primária [...]. Assim, as medidas antiarbitragem representam também uma afronta à convenção de Nova Iorque, seja em arbitragens que culminem em sentença nacional, seja em arbitragens que culminem em sentença estrangeira” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 219.)

ausência de hierarquia e de verticalidade entre as ordens jurídicas estatais impede que quaisquer delas possam prevalecer sobre a outra<sup>529</sup>.

Exemplifica bem esse cenário o caso *República da Indonésia vs. Himpurna* em que, após ordem de tribunal indonésio, sede da arbitragem, para paralisação de arbitragens em curso entre as partes enquanto se aguardava apreciação de pedido de anulação de sentenças arbitrais já proferidas, os árbitros decidiram prosseguir com a realização de audiência em outro país, no caso, a Holanda. A medida foi acolhida pelas cortes holandesas, que se negaram a cumprir ordens emitidas pela jurisdição indonésia, confirmando o apoio à arbitragem<sup>530</sup>.

Não há como negar, contudo, a eficácia da medida antiarbitragem no que se refere aos efeitos que ela implica no reconhecimento e execução da sentença arbitral perante a jurisdição da qual emanou aquela ordem<sup>531</sup>.

No que se refere às medidas antiprocessos, há quem entenda aceitável seu manejo, uma vez que voltadas a favorecer a arbitragem e a garantir que o árbitro exerça a competência-competência. No entanto, assim como a eficácia da medida antiarbitragem é prejudicada pela sobreposição de jurisdições em âmbito transnacional, não é diferente para a medida antiprocessos<sup>532</sup>.

Há forte opinião, em especial proveniente da doutrina francesa, no sentido de que, seja em favor ou desfavor da arbitragem, as injunções antiprocessos, ao invés de auxiliarem a coordenação jurisdicional, acabam por agravar os conflitos entre jurisdições e perpetuar a desordem, razão pela qual devem ser desencorajadas também no âmbito arbitral<sup>533</sup>. Em

---

<sup>529</sup> “Les injonctions anti-suit ne font donc qu’entretenir l’illusion de toute puissance de l’ordre juridique dont elles émanent, l’illusion que les rapports existant entre ordres juridiques ne peuvent être pensés qu’en terme de verticalité et de hiérarchie, l’illusion d’une relation hiérarchique entre juridictions d’État et arbitres” (BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-competence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 170.)

<sup>530</sup> Republic of Indonesia vs. Himpurna California Energy. Decisão da “Court of First Instance”, The Hague, 21 de setembro de 1999. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2000. v. 25. p. 443-534.

<sup>531</sup> ROZAS, José Carlos Fernández. Anti-Suit Injunctions et Arbitrage Commercial. In: GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas; FRÍAS, Ana Salinas de (Coords.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005. t. I. p. 575-586, p. 11 da versão eletrônica. Disponível em: [https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT\\_INJUNCTION\\_ET\\_ARBITRAGE\\_COMMERCIAL\\_INTERNATIONAL.pdf](https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT_INJUNCTION_ET_ARBITRAGE_COMMERCIAL_INTERNATIONAL.pdf). Acesso em: 09 nov. 2018.

<sup>532</sup> BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-competence en droit de l’arbitrage*. Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013. p. 170.

<sup>533</sup> Como ilustra Kalicki: “while these measures in the short run benefit arbitration, they still represent one more door opening for court interference in what is supposed to be a non-court procedure”

sentido diametralmente oposto, há quem entenda, no entanto, que as medidas antiprocesso acabam por favorecer a arbitragem, não apenas quando favorecem o prosseguimento do procedimento arbitral, mas também quando “asseguram a sua regularidade e evitam a sua utilização fraudulenta” (trad. livre)<sup>534</sup>.

Por isso, entendemos aqui que a melhor solução seria aprimorar os critérios de deferência entre a jurisdição estatal e a arbitral, em especial, bastando que os tribunais estatais observassem de maneira absoluta a prioridade do árbitro na análise de sua jurisdição, reservando-se sua revisão sobre a sentença arbitral proferida<sup>535</sup>.

Tendo em vista a desaprovação majoritária às medidas antiarbitragem, é comum que a doutrina defenda a *indiferença* (b) como medida mais adequada, inclusive porque a observância de regras de coordenação dependeria de todo modo de algum tipo de controle para se fazer impositiva. Ou seja, uma vez frustrados os critérios de deferência entre jurisdições, entre adotar uma medida antiprocesso e deixar que um processo judicial e uma arbitragem prossigam em paralelo, prefere-se aceitar o paralelismo<sup>536</sup>.

Como visto no primeiro capítulo, a relevância da pendência do processo judicial ou da arbitragem dependerá do modo como a arbitragem se coloque perante as ordens jurídicas estatais. Em princípio, no entanto, não há uma automática submissão da arbitragem à esfera

---

(*Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 16, p. 197-204, esp. p. 4 da versão eletrônica, jan.-mar. 2008.); GAILLARD, Emmanuel. Chapter 10: Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2006. v. 15. p. 201-213. International Arbitration Law Library; BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2013. p. 169.

<sup>534</sup> No original, em francês: “mais l'idée générale est la possibilité de profiter de cette technique pour bénéficier l'arbitrage; non pas pour le favoriser dans tous les cas, mais pour assurer sa régularité et éviter son utilisation frauduleuse” (ROZAS, José Carlos Fernández. *Anti-Suit Injunctions et Arbitrage Commercial*. In: GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas; FRÍAS, Ana Salinas de (Coords.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005. t. I. p. 575-586, p. 11 da versão eletrônica. Disponível em:

[https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT\\_INJUNCTION\\_ET\\_ARBITRAGE\\_COMMERCIAL\\_INTERNATIONAL.pdf](https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT_INJUNCTION_ET_ARBITRAGE_COMMERCIAL_INTERNATIONAL.pdf). Acesso em: 09 nov. 2018.).

<sup>535</sup> Como bem resume Bolfer, o mais indicado seria para tratar os conflitos entre as jurisdições arbitral e estatal: “a) Demonstração de uma *atitude moral das partes contratantes* de uma cláusula compromissória [...]. b) Promoção de uma *'contribuição cooperativa'* entre juízes e árbitros [...]. c) Constatação da *existência e aplicação do princípio da competência-competência*, notadamente de seu efeito negativo. [...] d) Demonstração de uma *atitude de indiferença, em relação às anti-suit injunctions*” (BOLFER, Sabrina Ribas. *Arbitragem comercial e internacional & anti-suit injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 173-174.).

<sup>536</sup> É essa a opção que prevaleceu nas recomendações n. 1 e 4 do Relatório sobre *Lis Pendens* da International Law Association (item 4.2.2.1, 'i', *supra*).

jurisdicional estatal, assim como o processo judicial não se submete à autoridade jurisdicional arbitral.

Ocorre, no entanto, que, uma vez adotada a indiferença perante um processo judicial ou arbitragem que tramite em paralelo, a medida levará inevitavelmente a um conflito entre a decisão judicial e a decisão arbitral; primeiro, a sentença sobre a jurisdição, depois, a sentença de mérito. Com efeito, assim como no âmbito da litispendência entre processos judiciais dentro de uma mesma jurisdição estatal, caso desconsiderada a inobservância da situação de paralelismo, as sentenças resultantes transitarão em julgado. A partir daí, instaura-se nova dinâmica jurídica, distinta daquela que se coloca quando meramente pendentes as demandas idênticas nas jurisdições distintas.

Consoante já apontado anteriormente, não nos cabe nesse estudo adentrar na problemática atinente ao conflito entre coisas julgadas – ou melhor entre decisões instituídas dos efeitos da coisa julgada. Contudo, é notória a dificuldade em se conciliar das decisões conflitantes emanadas de autoridades jurisdicionais judicial e arbitral, na medida em que ambas possuem caráter jurisdicional e por isso ensejam as mesmas consequências que justificam a aplicação da regra da litispendência entre processos judiciais (itens 1.1.2 e 3.3.1, *supra*).

A prevalência de uma sobre outra envolve profundas discussões; de um lado, quanto ao reconhecimento da força de coisa julgada à sentença arbitral e, de outro, com relação à necessária observância de uma decisão judicial que transitou em julgado pelo árbitro<sup>537</sup>. Adicionalmente, quando se considere estar-se efetivamente diante de duas “coisas julgadas”, questionamentos se colocam sobre os critérios temporais (a primeira ou a segunda que transitou em julgada) e territoriais (segundo o local em que proferida ou em que executada) que devem ser observados.

Assim como destacado no que diz respeito ao conflito entre medidas antiprocessos, o conflito entre decisões de caráter jurisdicional tende a ser definido em sede executiva. Ou seja, uma vez buscada a força coercitiva e constritiva estatal para conferir eficácia a uma

---

<sup>537</sup> Dentre as abordagens sobre o tema, destaca-se: SHEPPARD, Audley. Chapter 8. *Res Judicata and Estoppel*. In: CREMADES, Bernardo M. Sanz-Pastor; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. p. 219-242. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC); BORN, Gary B.; BULL, Cavinder *et al.* Chapter 1: The Law Governing *Res Judicata* in International Commercial Arbitration. In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (Eds.). *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*. Kluwer Law International, 2018. p. 1-18.



decisão arbitral, a respectiva jurisdição estatal possui a prerrogativa de reconhecer ou não a jurisdição arbitral que originou aquela decisão<sup>538</sup>, sopesando, se for o caso de conflito entre decisões que se tornaram igualmente definitivas, os critérios que julgar pertinentes. Justamente por isso que, uma vez existente um pronunciamento judicial definitivo que negue a jurisdição arbitral – ou estatal estrangeira – relativa a uma determinada disputa, há quem considere legítimo a instauração, prosseguimento e reconhecimento em paralelo da arbitragem perante outra jurisdição estatal<sup>539</sup>.

Especificamente no caso do Brasil, há ainda uma outra possível consequência para a não adoção do critério temporal para solucionar a hipótese de litispendência entre arbitragem e processo. Trata-se da utilização do conflito de competência, medida processual prevista constitucionalmente para solução de divergência entre juízes quando invoquem ou rejeitem concomitante competência sobre determinada causa<sup>540</sup>, como meio de solucionar também dissenso instaurado entre juiz e árbitro na confirmação da jurisdição arbitral. O Superior Tribunal de Justiça tem firmado posicionamento no sentido de admitir a medida de conflitos de competência para essa finalidade, em razão da natureza jurisdicional da atividade exercida pelo árbitro<sup>541</sup>.

Ainda que tenha sido admitida naquele caso para reconhecer a prioridade do árbitro na definição de sua jurisdição, em apoio à arbitragem, a medida leva a uma ilegítima submissão da autoridade jurisdicional arbitral à jurisdição estatal e subverte a ordem da competência-competência, aspectos já abordados ao longo da presente dissertação (item 2.2, *supra*)<sup>542</sup>. Por evitar a prolação concomitante de decisões conflitantes sobre a jurisdição

---

<sup>538</sup> ROZAS, José Carlos Fernández. Anti-Suit Injunctions et Arbitrage Commercial. In: GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas; FRÍAS, Ana Salinas de (Coords.). *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005. t. I. p. 575-586, p. 11 da versão eletrônica. Disponível em: [https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT\\_INJUNCTION\\_ET\\_ARBITRAGE\\_COMMERCIAL\\_INTERNATIONAL.pdf](https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT_INJUNCTION_ET_ARBITRAGE_COMMERCIAL_INTERNATIONAL.pdf). Acesso em: 09 nov. 2018.

<sup>539</sup> “If a party cannot use the *foreign court judgment* for enforcement purposes in the relevant jurisdiction, it should not be prevented from pursuing the case there in order to open up the possibility of local enforcement” (SÖDERLUND, Christer. *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*. *Journal of International Arbitration*, v. 22, n. 4, p. 301-322, esp. p. 304.)

<sup>540</sup> Art. 102, ‘d’, da Constituição Federal brasileira.

<sup>541</sup> “O Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que ‘a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral’ (CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014)”. AgInt no CC 156.133/BA, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 22/08/2018, DJe 21/09/2018.

<sup>542</sup> Nesse sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. esp. p. 214-216; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O

arbitral é que convém serem estabelecidos limites mais objetivos para a solução de controvérsias quanto à jurisdição arbitral, como o da antecedência temporal.

---

princípio da competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 279-303, 2006, esp. p. 287; LADEIRA, Ana Clara Viola. Conflito de competência em matéria de arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, CBar e IOB, Kluwer Law International, v. XI, n. 41, p. 42-67, 2014, esp. p. 63; LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 208-209; MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 412; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Comentários ao conflito de competência nº 139.519/RJ. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba, IOB, ano XII, n. 47, p. 129-137, 2015, esp. p. 132; TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, p. 127-153, jul.-set. 2016, esp. p. 13-14 da versão eletrônica. Em sentido oposto: BERMUDEZ, Sérgio. Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Professor Théophilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 377-381, esp. p. 380-381; FONSECA, José Arnaldo. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 49-59, out.-dez. 2009, esp. p. 55; ROCHA, Caio César Vieira. Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, p. 274, jul.-set. 2012; WALD, Arnoldo. Conflito de competência entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. Cabimento. Competência constitucional (art. 105, I, d, do CPC) e legal (art. 115, I, do CPC) do STJ para resolvê-lo. Decisão majoritária que consolida a jurisprudência na matéria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, p. 351-383, 2014.

## CONCLUSÃO

Litispendência é o termo utilizado no direito processual civil para designar: (i) o estado de pendência processual, (ii) a relação de identidade estabelecida entre duas demandas judiciais pendentes e (iii) a regra que impõe a extinção do processo judicial proposto em duplicidade a processo idêntico já pendente. A presente dissertação voltou-se à aplicação desses conceitos à arbitragem, em especial, da regra da litispendência como meio de impedir o prosseguimento de arbitragem e processo judicial em paralelo.

No que diz respeito à primeira acepção, o estado de pendência processual (i), constata-se que a arbitragem se apresenta como instituto misto, de natureza contratual e jurisdicional. Com efeito, a arbitragem é método privado de resolução de disputas que tem por base a autonomia da vontade. É o consenso das partes que origina o poder dos árbitros, cabendo a esses exercê-lo na medida necessária ao alcance da solução justa da controvérsia.

A despeito dessa marcante contratualidade, por proporcionar a pacificação social, a arbitragem constitui exercício de função jurisdicional. Interessadas em beneficiar-se da função exercida pelos árbitros, as ordens jurídicas nacionais atribuem legitimidade ao método arbitral, de acordo com determinados parâmetros legais. Dentre esses parâmetros estão os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico arbitral, além dos limites do devido processo legal. O atendimento a essas condições é essencial para que as ordens jurídicas nacionais confirmem efetividade ao método, emprestando-lhe força coercitiva e constritiva para execução da convenção arbitral e das decisões arbitrais.

A arbitragem é representada também de acordo com as conexões que estabelece com um ou mais sistemas jurídicos nacionais. Verificaram-se no presente trabalho dois tipos de conexões.

Primeiro, aquela que decorre da presença de elementos de internacionalidade da controvérsia que é objeto da arbitragem, que servem para conferir-lhe tratamento legal específico e mais liberal. A despeito de sistemas jurídicos como o brasileiro não adotarem essa distinção, da presença de elementos internacionais na disputa submetida à arbitragem resulta potencial conexão dessa com diversos sistemas jurídicos aptos a conferir-lhe a efetividade.

Segundo, aquela que se dá a partir da relação do procedimento arbitral com o local em que se desenvolverá ou em que será proferida a sentença, locais esses que se pressupõe aqui corresponderem à sede eleita para a arbitragem. Essa conexão atribui legitimidade ao método arbitral segundo um determinado sistema jurídico legal e proporciona-lhe a

efetividade necessária para instituição do procedimento arbitral ou execução das decisões arbitrais, como já referido acima.

A relevância reconhecida a essas diferentes conexões leva, por sua vez, a diferentes modos como a arbitragem pode ser concebida. Varia-se entre a aceção da arbitragem como instituto dependente do sistema jurídico legal da sede da arbitragem, único apto a definir sua legitimidade e conferir-lhe efetividade (monolocalizada), como instituto eventualmente dependente dos sistemas jurídicos legais aos quais venha a se conectar a fim de tornar exequível as decisões arbitrais (plurilocalizada) e como instituto autônomo enquanto desvinculado de particularidades locais e apoiado na prática arbitral universalmente aceita (deslocalizada).

A identificação da arbitragem como fenômeno privado e de natureza jurisdicional é premissa que justifica a adoção de um mecanismo processual de coordenação que impeça a pendência concomitante de arbitragem e processo judicial voltado à solução de idêntica demanda. Isso porque, a despeito de estar no campo de autonomia das partes, é inerente à arbitragem a persecução de uma função pacificadora que é prejudicada com a inútil repetição de processos. Por outro lado, a coordenação entre as jurisdições concorrentes torna-se mais ou menos necessária conforme a interdependência que se reconheça – e caso se reconheça – entre a arbitragem e os sistemas jurídicos legais, conforme as diferentes aceções do método.

A hipótese de litispendência entre processo judicial e arbitragem (ii) resulta de uma divergência quanto à legitimidade da convenção arbitral e da jurisdição arbitral, que ocasiona o prosseguimento do processo judicial em paralelo à arbitragem já pendente.

Isso se explica porque, a princípio, a convenção de arbitragem impede, por si só, independentemente de estar pendente ou não a arbitragem, o exercício da jurisdição estatal para solução de controvérsia que seja objeto do negócio jurídico arbitral. O reconhecimento da arbitragem como método de resolução de disputas pelos sistemas jurídicos nacionais pressupõe a observância desse efeito negativo da convenção arbitral. Ou seja, uma vez reconhecida a arbitragem como exercício da função jurisdicional, exclui-se a jurisdição estatal para a solução da disputa que as partes consentiram levar à arbitragem.

Como resultado do efeito negativo da convenção arbitral, cabe à parte demandada em processo judicial alegá-la, sob pena de configurar-se a renúncia tácita à eleição da via arbitral. Isso ocorre pois, enquanto negócio jurídico, a convenção de arbitragem pode ser objeto de distrato, o que impede aos árbitros invocá-la de ofício como fundamento para declinar da jurisdição estatal. A ausência de alegação da convenção de arbitragem acarreta

também pendência concomitante entre arbitragem e processo que pode ser solucionada pelo simples reconhecimento da renúncia. Surgida eventual divergência quanto à caracterização da renúncia, passa esta a constituir vício imputado à convenção cuja confirmação, como se verá na sequência, cabe prioritariamente ao árbitro.

Ainda que questionada a regularidade e extensão da convenção arbitral, prevalece o efeito negativo da convenção arbitral, por força do princípio da competência-competência, que confere aos árbitros a prerrogativa de julgar não apenas o mérito da disputa, mas também questões relativas a sua própria jurisdição. O princípio da competência-competência tem como base a presunção de validade da convenção e a concentração do contencioso relativo à regularidade e extensão da convenção arbitral. O mesmo evita que manobras protelatórias de parte recalcitrante frustrem precipitadamente o pacto arbitral por meio de uma judicialização prematura da arbitragem.

Contudo, a competência-competência não é reconhecida de maneira absoluta em todos os sistemas jurídicos legais. Diante de alegação de vícios materiais graves, entendidos como tais aqueles que prejudiquem a própria existência do consenso em levar a disputa à arbitragem, e cujo reconhecimento seja viável por análise *prima facie* da convenção arbitral, ou seja, que dispense o prosseguimento do processo para uma cognição aprofundada da matéria, autoriza-se ao juiz proceder à confirmação do consenso em levar a disputa à arbitragem, por ser essa a sua base essencial. A consequência dessa relativização da regra da prioridade do árbitro na confirmação de sua competência é a potencial ou atual concomitância entre processo judicial e arbitragem. É essa a hipótese em que surge efetiva concorrência entre as jurisdições arbitral e estatal que, como tal, atrai a incidência da regra da litispendência.

Constatada a hipótese de concorrência de jurisdições, a pendência da arbitragem em paralelo a processo judicial constitui situação de *bis in idem* que conduz aos mesmos fundamentos da aplicação da regra da litispendência entre processos judiciais. Há um primeiro principal fundamento, de ordem sistêmica, que consiste em impedir ou evitar o risco de decisões contraditórias e um segundo principal fundamento, de ordem econômica, que se volta a obstar o gasto desnecessário de recursos. Em consonância à importância desses fundamentos, a regra da litispendência constitui norma de ordem pública processual interna nos sistemas jurídicos legais de tradição *civil law* que a reconhecem, a exemplo do Brasil, como pressuposto processual negativo.

Do mesmo modo, ressalvada a necessidade de homologação para verificação do cumprimento dos requisitos mínimos ao reconhecimento da decisão estrangeira em território nacional, o processo judicial estrangeiro pode ser considerado exercício de jurisdição apto a impedir que seja replicado em território nacional. Ainda que constitua mitigação da soberania estatal – o que justifica o não reconhecimento da litispendência internacional por alguns ordenamentos jurídicos –, a deferência em favor de processo judicial estrangeiro é consentânea com postura cooperativa e integrativa entre os Estados soberanos. O mesmo raciocínio estende-se à arbitragem quando equiparada a processo internacional, em razão de sua sede ou do local em que proferida a sentença arbitral.

O reconhecimento do poder jurisdicional estrangeiro atende a uma visão abrangente da administração da justiça, evitando em escala internacional aqueles mesmos males que se busca evitar a nível interno – potencial conflito entre decisões e desperdício de recursos. Em caso de existência de cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, situação equiparável à convenção arbitral, excepciona-se a regra da litispendência internacional: se há escolha de foro exclusivo, deve prevalecer ainda que questionada a validade do pacto, conforme previsto na atual regulamentação europeia.

Em sistemas jurídicos legais de tradição jurídica *common law*, como o inglês e o norte-americano, prepondera análise subjetiva da doutrina do *forum non conveniens*, que apura a conveniência do foro eleito, seja no âmbito interno ou internacional. Por não se aplicar a regra objetiva da exceção de litispendência, a pendência anterior de processo idêntico não obriga ao declínio, mas constitui um dos fatores a serem considerados para o declínio da jurisdição. Essa relevância de ordem relativa atribuída à relação de litispendência consiste em parâmetro constante de diretrizes internacionais não vinculantes que combina a objetividade da regra estrita da litispendência com a subjetividade excessivamente discricionária do *forum non conveniens*. Como tal, trata-se de solução condizente com o paralelismo entre processo judicial e arbitragem.

No que diz respeito especificamente à hipótese de litispendência que envolva uma arbitragem, constata-se que a exceção de litispendência configura-se como critério complementar de coordenação da jurisdição estatal com a arbitral, *a priori* realizada mediante a observância dos efeitos negativos da convenção arbitral e da competência-competência. Quando esses postulados mostrarem-se insuficientes para evitar o *bis in idem* da prestação jurisdicional, a precedência de arbitragem ou de processo judicial coloca-se como fator de relevância adicional para impedir a hipótese de litispendência. Pode-se

entender, inclusive, que esse fator integra a própria aplicação da competência-competência, uma vez que o exercício concomitante das jurisdições arbitral e estatal afeta a prerrogativa do árbitro de julgar questões jurisdicionais assim como o mérito da disputa e, com isso, a efetividade processual a ser garantida pelas ordens jurídicas estatais.

O critério temporal, enquanto complementar aos critérios da competência-competência, mostra-se relevante sob duas diferentes perspectivas: a do juiz e a do árbitro.

Sob a perspectiva do juiz, a pendência de uma arbitragem deve constituir impedimento absoluto ao prosseguimento do processo judicial quando questionada a existência, validade e eficácia da convenção arbitral, independentemente da gravidade do vício alegado. É o que se prevê no ordenamento jurídico francês, reconhecido por ser aquele que reconhece de modo mais amplo o efeito negativo da competência-competência. O Código de Processo Civil francês autoriza ao juiz deixar de remeter as partes à arbitragem quando diante de disputa inserida em convenção de arbitragem manifestamente nula ou inaplicável (primeiro requisito, material), desde que não tenha sido instaurado o tribunal arbitral (segundo requisito, temporal). A instauração da arbitragem, por constituir evidência suficiente do consenso das partes em eleger a via arbitral, impede qualquer análise do juiz sobre a convenção arbitral.

No direito brasileiro, o novo Código de Processo Civil instituiu como hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito “quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (art. 485, inciso VII, 2ª parte). Como corrobora a doutrina, trata-se de pressuposto processual negativo uma vez que se constitui fato externo ao processo, de aplicação peremptória e reconhecível *ex officio*. Como tal, a hipótese dispensa o acolhimento da alegação de convenção de arbitragem, afastando qualquer possibilidade de análise pelo juiz da regularidade e extensão do pacto arbitral.

Apesar de inexistir disposição legal expressa nesse sentido, antes de proferida decisão positiva do árbitro sobre a jurisdição arbitral, a pendência da arbitragem constitui-se, de *lege ferenda*, como hipótese em que cabe ao juiz suspender o processo para aguardar a prolação da decisão do árbitro sobre sua jurisdição. É essa interpretação que deve prevalecer considerando que no sistema jurídico brasileiro a arbitragem é reconhecida como exercício de jurisdição que, por isso, não pode ser exercido em duplicidade. Isso deve ocorrer independentemente de a arbitragem ser doméstica, ou seja, ter sede no Brasil, pois o legislador não fez qualquer distinção a esse respeito.

Ademais, conforme as legislações francesa e brasileira, uma vez proferida a sentença arbitral sobre a questão jurisdicional, pode esta ser submetida a ação anulatória. A pendência dessa demanda não obsta o curso da arbitragem, mas influenciará a exequibilidade de eventual sentença arbitral de mérito que suceda a decisão jurisdicional anulada.

Sob a perspectiva do árbitro, a pendência de processo judicial em paralelo a arbitragem assume relevância em função da jurisdição estatal perante a qual tramita o processo judicial (primeiro viés) e de sua anterioridade (segundo viés).

No que diz respeito ao primeiro viés, parte-se do pressuposto de que, apesar de o exercício da competência-competência, ou seja, a definição da legitimidade da jurisdição arbitral com base na convenção arbitral, constituir-se como poder-dever do árbitro, possui este, enquanto autoridade jurisdicional, discricionariedade para considerar ou não necessário aguardar o pronunciamento de juiz nacional a respeito da jurisdição arbitral no caso concreto. Ao exercer essa discricionariedade, recomenda-se que o árbitro considere a prerrogativa reconhecida aos tribunais estatais da sede da arbitragem de anular as sentenças arbitrais. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de que, mesmo que presente o risco de inexecutibilidade da sentença arbitral, o árbitro constate que o pronunciamento judicial da sede constitui um desvio da prática universalmente dedicada à arbitragem.

Por outro lado, no caso de o processo judicial estar pendente perante jurisdição diversa da sede, ao árbitro não cabe em regra considerar o risco à exequibilidade da sentença arbitral, uma vez que este se concretizará apenas se necessária a execução da condenação arbitral naquela jurisdição. Excepciona-se essa indiferença nos casos em que se questiona a configuração de renúncia tácita à convenção arbitral por força da propositura de processo judicial, antes da instituição da arbitragem, perante aquela jurisdição estatal. Nessa hipótese, é recomendável que a interpretação da respectiva legislação processual seja realizada pelo juiz, sem prejuízo da verificação da compatibilidade dessa decisão judicial com o direito da sede da arbitragem. Resta em aberto, ainda, a possibilidade de o árbitro também exercer sua discricionariedade para aguardar o posicionamento da jurisdição estatal diversa da sede, com base em outras circunstâncias relacionadas à exequibilidade da sentença arbitral.

Em qualquer caso, apesar de não estar obrigado a reconhecer *ex officio* a pendência do processo judicial, caso essa informação chegue ao seu conhecimento por outro meio que não seja a alegação das partes da arbitragem, deve ele intimá-las a confirmar a opção pela jurisdição estatal ou arbitral. Ainda que as partes não se oponham ou manifestem expressamente seu interesse nesse sentido, não há a possibilidade de ambas as jurisdições



serem exercidas concomitantemente para o mesmo fim. Isso porque a insistência no prosseguimento do processo judicial configura renúncia tácita à convenção arbitral. Ademais, o prosseguimento em paralelo da arbitragem ao processo judicial levará à prolação de decisão de mérito que poderá se tornar definitiva antes da sentença arbitral. Assim, por colocar em risco a exequibilidade da sentença arbitral, com a qual o árbitro está comprometido, não há como autorizar-se que as partes consintam em afastar a regra da litispendência.

O segundo viés relaciona-se à relevância da anterioridade do processo judicial com relação à instauração da arbitragem na tomada de decisão sobre o prosseguimento da arbitragem.

Na primeira hipótese, duas são as possíveis situações. Caso não tenha sido alegada a convenção arbitral perante o juiz no processo judicial já pendente, caberá ao árbitro reconhecer a renúncia tácita à jurisdição arbitral. Caso alegada a convenção e tendo essa sido rejeitada, antes da instauração da arbitragem, por força de vício aferível *prima facie*, o árbitro deverá proceder à ponderação dos fatores relacionados no primeiro viés para segui-la ou não. Ou seja, poderá suspender a arbitragem considerando o potencial aproveitamento dos fundamentos da decisão judicial, o seu impacto na exequibilidade da sentença arbitral e o tempo que levará para ser proferida de maneira definitiva. No entanto, poderá ser dado prosseguimento à arbitragem, em paralelo ao processo judicial, quando o vício imputado à convenção arbitral não seja grave e evidente o suficiente para autorizar que o juiz antecipe sua análise. Ou seja, a regra da litispendência não se aplica quando não forem respeitados os limites em que possível a relativização do efeito negativo da competência-competência.

A segunda hipótese, por sua vez, configura-se também de dois modos. Em um primeiro caso, a ausência de alegação da convenção arbitral no processo judicial iniciado após ter sido instaurada a arbitragem impede que se configure a sua renúncia tácita. Nesse caso, como já manifestado o interesse de uma das partes em perseguir a via arbitral, não pode essa mesma parte propor o processo judicial, nem deixar de alegar a convenção arbitral como defesa. Por isso, a renúncia à convenção deve ser manifestada expressamente perante o árbitro para que surta efeitos. Uma vez confirmada a renúncia à arbitragem, deverá o árbitro reconhecê-la para extinguir a arbitragem; uma vez confirmada a intenção de perseguir na jurisdição arbitral posteriormente à propositura do processo, ao árbitro caberá prosseguir com a arbitragem judicial, oficiando o juiz do fato. Caberá ao juiz, então, declinar de sua jurisdição diante da instituição da arbitragem e da decisão do árbitro que confirma sua

jurisdição (hipóteses consideradas acima, sob a perspectiva do juiz), ressalvada a possibilidade de ação anulatória.

Em um segundo caso, alegada a convenção arbitral perante o juiz de processo iniciado após a arbitragem, o árbitro deve prosseguir com a decisão sobre sua jurisdição. Não cabe qualquer análise da mesma antes de o árbitro fazê-lo, porque já em trâmite a jurisdição arbitral, sendo possível apenas a revisão do pronunciamento arbitral em sede de demanda anulatória, de sua execução ou homologação.

Em última análise, esse estudo corresponde à apuração da coerência da postura a ser adotada pelo árbitro e a limitação temporal imposta ao juiz. Considera-se o caso em que a limitação foi respeitada – ou seja, o processo judicial está pendente porque instituída a arbitragem subsequentemente e ausente alegação de convenção arbitral ou exercida análise *prima facie* da convenção arbitral (primeira hipótese) – ou, então, em que a mesma não foi respeitada – ou seja, o processo judicial está pendente a despeito de ter sido previamente instituída a arbitragem, o que afasta tanto a renúncia tácita à convenção quanto qualquer análise de vício a ela imputado (segunda hipótese).

Em suma, a conclusão que se alcança na presente dissertação pode ser resumida da seguinte forma: a pendência de arbitragem instituída anteriormente a processo judicial em que se discute a regularidade e abrangência de uma determinada convenção arbitral relacionada a uma mesma disputa deve obstar o prosseguimento do processo judicial. Ao seu turno, se proferida decisão judicial que rejeita alegação de convenção arbitral antes da instituição da arbitragem, deve essa levar à suspensão ou declínio da jurisdição arbitral se embasada na verificação de vício grave – que afete a existência do consenso em arbitrar – e aferível *prima facie* – que dispense cognição aprofundada, ou seja, dentro dos limites em que admissível a relativização do efeito negativo da competência-competência. No caso em que não alegada a convenção arbitral, a precedência de processo judicial prevalece porque configura-se renúncia à convenção arbitral.

Caso não adotada a atitude de deferência baseada na litispendência, na forma acima elencada, o conflito entre as jurisdições estatal e arbitral poderá ser tratado com medidas de controle ativo – as reconhecidas medidas antiprocesso e antiarbitragem – ou com mera atitude de indiferença, que levará a conflito entre decisões jurisdicionais que prevalecerão segundo o reconhecimento da coisa julgada. Independentemente da adequação desses outros meios de coordenação – cuja análise exigiria maior aprofundamento –, o presente trabalho dedicou-se a demonstrar que a deferência com base na regra da litispendência consiste em

solução que favorece, de um lado, os interesses estatais em obter a pacificação de conflitos e, de outro, o prestígio e a efetividade do método arbitral.



## BIBLIOGRAFIA

ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Orgs.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ANDRIEUX, Gregoire. Declining jurisdiction in a future international convention on jurisdiction and judgments. How can we benefit from past experiences in conciliating the two doctrines of forum non convenience and *lis pendens*. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, v. 27, n. 3, 2005.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARROYO, Diego P. Fernández. Arbitrator's procedural powers: the last frontier of party autonomy? In: FERRARI, Franco (Ed.). *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*. Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. Huntington: JurisNet, 2016.

\_\_\_\_\_. The curious case of an arbitration with two annulment courts. *Arbitration International*, v. 33, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo Civil Brasileiro*. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I.

AYMONE, Priscila. *A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional*. Orientador: Luís Olavo Baptista. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANIFATEMI, Yas; GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators. *In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May, 2008.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

\_\_\_\_\_. Chapter 5. Parallel Arbitrations – Waivers and Estoppel. *In: LEW, Julian D. M.; CREMADES, Bernardo M. Román (Eds.). Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.

BARIN, Babak; RIGAUD, Marie-Claude. Arbitral Tribunals or State Courts – Who must defer to whom? *International Law FORUM du droit international*, Netherlands, Kluwer Law International, n. 2, 2000.

BARROCAS, Manuel P. A ordem pública na arbitragem. *Revista de Direito Empresarial*, v. 5, set.-out. 2014.

BARROS, Octávio Fragata Martins de. *A oposição judicial à arbitragem: a quem cabe decidir jurisdição*. Orientadora: Carmen Tiburcio. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

\_\_\_\_\_. Concorrência de julgadores na arbitragem internacional: o Brasil e a “Litispêndência arbitral”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 15, jul.-set. 2007.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição de agravo de instrumento e de recurso de apelação. Respeito à Lei de Arbitragem. Atividade jurisdicional do tribunal arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2/2004, maio-ago. 2004.

BAUMGARTNER. Related Actions. *3 Zeitschrift für Zivilprozeß International*, v. 203, n. 218, 1998.

BENEDUZI, Renato Resende. Cap. 11 – Preliminar de arbitragem no Novo CPC. *In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. A reforma da Arbitragem*. São Paulo: GEN/Forense, 2016.

BERG, Albert Jan van den. Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished? *ICSID Review*, 2014.

\_\_\_\_\_. The New York Convention and Its Application By Brazilian Courts. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, jan. 2013.

BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *In: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A.; VISCASILLAS, P. Perales; ROGERS, V. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. The Hague: Kluwer, 2011.

\_\_\_\_\_. The use of anti-suit injunctions in international litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 28, 1990.

BERMUDES, Sérgio. Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Professor Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BERTRAND, Ancel. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, CBAr, v. 6, 2005.

BLACK, Henry Campbell; GARNER, Bryan Andrew. *Black's law dictionary*. 4. pocket edition. St. Paul: Thomson Reuters, 2011.

BLACKABY, Nigel; HUNTER, J. Martin *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015.

BLAIR, Paxton. The Doctrine of *Forum Non Conveniens* in Anglo-American Law. *Columbia Law Review*, v. 29, 1929.

BOLFER, Sabrina Ribas. *Arbitragem comercial internacional & anti-suit injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007.

BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. XI, n. 43, 2014.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2014.



BORN, Gary B.; BULL, Cavinder *et al.* Chapter 1: The Law Governing *Res Judicata* in International Commercial Arbitration. In: KAPLAN, Neil; MOSER, Michael J. (Eds.). *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*. Kluwer Law International, 2018.

BOUCARON-NARDETTO, Magali. *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Press Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. v. I.

BRANCHER, Paulo M. R. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 53, abr.-jun. 2017.

BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott A. *Forum Non Conveniens*. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CcIVIL\\_03/decreto/2002/D4311.htm](http://www.planalto.gov.br/CcIVIL_03/decreto/2002/D4311.htm). Acesso em: 11 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009, art. 22, 2ª parte. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/protocolo-de-las-lenas/>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, art. 394. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei de Arbitragem brasileira. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm). Acesso em: 30 dez. 2018.

BRENGESJÖ, Emil. *Lis Alibi Pendens in International Arbitration. Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches*. Stockholm University: Faculty of Law, 2013.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentário ao artigo 485. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 318 a 538)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?* Orientador: Gustavo Ferraz de Campos Monaco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAM-CCBC. Estatísticas. Crescimento da Arbitragem. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso em: 07 dez. 2018.

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

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre a sentença parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 165, nov. 2008.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CELLI JR., Umberto. Litispendência internacional no Brasil e no Mercosul. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, out.-dez. 2011.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CLAY, Thomas; CADIET, Loic. *Code de L'arbitrage commenté*. Paris: Lexis Nexis, 2015.

CÓDIGO DE Processo Civil francês. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000023427652&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20181204>. Acesso em: 04 dez. 2018.

COELHO PITOMBO, Eleonora. Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes. *In: ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de (Coord.). Aspectos Práticos da Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COELHO PITOMBO, Eleonora; ANCEL, Bertrand. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil. *In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

COLAIUTA, Virginie. The similarity of aims in the American and French legal systems with respect to arbitrators. Powers to determine their jurisdiction. *In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). International Arbitration 2006: Back to Basics? Kluwer Law International, 2007. v. 13. ICCA Congress Series*.

COLLEGE OF Opticians of Ontario v. John Doe 1, 2007 Can LII 20097. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2007/2007canlii20097/2007canlii20097.html>. Acesso em: 04 set. 2018.

COLLINS, Lawrence; DROZ, Georges. The principles for determining when the use of the doctrine of *forum non conveniens* and *anti-suit injunctions* is appropriate. Institut de Droit

International, Session Bruges, 2003. Disponível em: [http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2003\\_bru\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_01_en.pdf). Acesso em: 11 nov. 2018.

COSTA, Nilton Cesar Antunes da. *Efeitos processuais da Convenção de Arbitragem*. Orientador: José Manoel de Arruda Alvim Netto. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

CREMASCO, Suzana Santi. O artigo 485, VII, do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIV, n. 53, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 8. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil.

CUNIBERTI, Gilles. Parallel Litigation. *ICSID Review*, v. 21, n. 2, Fall 2006.

DAGUANO JUNIOR, Oswaldo. *A litispendência no processo civil*. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

DAVID, René. *Droit naturel et arbitrage, Natural law and World Law*. Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka. Tóquio: Yuhikaku, 1954.

DELVOLVÉ, Jean-Louis; ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald. *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2009.

DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A Guide do the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

DESMOND V. Kramer, 232 A. 2d 470 (1967). Disponível em: [https://scholar.google.ca/scholar\\_case?case=7399978101428729202&q=232+A.+2d+470&hl=en&as\\_sdt=2,5](https://scholar.google.ca/scholar_case?case=7399978101428729202&q=232+A.+2d+470&hl=en&as_sdt=2,5). Acesso em: 04 set. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2016. v.1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buri; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de (Orgs.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.

DIÉGUEZ, Francisco Málaga. *La litispendencia*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficciency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. In: GOUVÊA, Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Neves da (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil* – (arts. 1º ao 69): das normas processuais civis e da função jurisdicional. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.

DUCOS, Michèle; FRUYTO, Michèle. Origine de l'adage juridique *Non bis in idem*. *De Lingua Latina, Revue de Linguistique Latine du Centre Alfred Ernout*, n. 13/2017, fev. 2017. Disponível em: <http://www.paris-sorbonne.fr/rubrique2315>. Acesso em: 04 set. 2018.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro *vis-à-vis* os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 54, jul.-set. 2017.

ENGLISH ARBITRATION Act 1996. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>. Acesso em: 28 set. 2018.

ERK-KUBAT, Nadja. *Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals*. Dissertação da University of St. Gallen. Aprovado por Prof. Dr. Markus Müller-Chen e Prof. J. D. Gary Born. Difo-Druck GmbH, Bamberg, 2014.

ESTEFAN, André. *Direito Penal I: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A convenção de arbitragem como exceção processual: impossibilidade de conhecimento *ex officio*. *Temas de arbitragem: primeira série*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIRST OPTIONS of Chicago Inc. v. Kaplan. In: VARÁDY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; MEHREN, Arthur T. von. *International Commercial Arbitration. Transnational Perspective*. 5. ed. St. Paul: West/Thomson Reuters, 2006.

FOMENTO DE Construcciones y Contratas S.A. (Spain) v. Colon Container Terminal S.A. (Panama). Tribunal fédéral, 14 de maio de 2001. *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International, v. 19, n. 3, 2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal fédéral Suisse, 14 de maio de 2001. *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, v. 2001, n. 4, 2001.

FONSECA, José Arnaldo. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 49-59, out.-dez. 2009.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Competência Internacional. Competência Concorrente da Justiça Brasileira. Diferenças entre a Cláusula de Eleição de Foro e a Cláusula Compromissória na Lei e na Jurisprudência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, out.-dez. 2005.

\_\_\_\_\_. O princípio da competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, 2006.

FORSTÉN, Denice. *Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration: A comparative study between the common law and civil law traditions*. Orientador: Henrik Bellander. Dissertação (Mestrado em Direito Processual (Arbitragem)) – Universidade de Uppsala, 2015. Disponível em: <http://www.diva-portal.se/smash/get/diva2:813565/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2018.

FRANCHI, Giuseppe. *La litispendenza*. Pádua: Cedam, 1963.

GAILLARD, Emmanuel. Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Kluwer Law International, 2007. v. 13. ICCA Congress Series.

\_\_\_\_\_. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

\_\_\_\_\_. Chapter 10: Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2006. v. 15. International Arbitration Law Library.

\_\_\_\_\_. La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence. In: AKSEN, Gerald. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publication 693, ICC Publishing, 2005.

\_\_\_\_\_. O efeito negativo da competência-competência. Tradução de Clávio de Melo Valença Filho e Gisella Mation. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague, Kluwer, v. VI, n. 24, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. The Representations of International Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, n. 2, 2010.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Arbitragem e Conexão: poderes para decidir sobre questões de conexão*. São Paulo: Almedina, 2018.

GEISINGER, Elliott; LÉVY, Laurent. La litispendance dans l'arbitrage commercial international. *L'Arbitrage Complexe, Bulletin CCI, Supplément Spécial*, 2003.



\_\_\_\_\_. *Lis alibi pendens* in International Commercial Arbitration. *Complex Arbitrations: Perspectives on their procedural implications – Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2003.

GÉLINAS, Paul-A. Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness. In: BERG, Albert Jan van den. *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. ICCA Congress Series n. 9. Kluwer, 1999.

GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*. 3. ed. The Netherlands: Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. In: *Recueil des cours*. Haia: Academia de Direito Internacional de Haia, 1963. t. 109.

GOODE, Roy. The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*, v. 17, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HENRY, Marc. Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 6, 2005.

HILL, Flávia Pereira. Novas perspectivas sobre a litispendência internacional. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, v. 12, 2013.

HOBÉR, Kaj. *Res judicata* and *lis pendens* in national law. In: The Hague Academy of International Law. *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*. Leiden:

Nijhoff; Boston: Brill, 2014. v. 366. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.

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

HOWSAM v. DEAN Witter Reynolds, Inc. 2002, 537 U.S. 79. In: VARÁDY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; MEHREN, Arthur T. von. *International Commercial Arbitration. Transnational Perspective*. 5. ed. St. Paul: West/Thomson Reuters, 2006.

KALICKI, Jean E. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 16, jan.-mar. 2008.

KIRBY, Jennifer. What is an award, anyway? *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 31, n. 4, 2014.

LADEIRA, Ana Clara Viola. *Conexão na arbitragem*. Orientador: Carlos Alberto Carmona. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

\_\_\_\_\_. Conflito de competência em matéria de arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, CBAr e IOB, Kluwer Law International, v. XI, n. 41.

LEE, João Bosco. A Lei 9.397/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, jan.-mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no tempo. Transmissão da cláusula compromissória. Anti-suit injunction. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 11, n. 26, 2006.

LEI MODELO da UNCITRAL sobre Arbitragem e Comércio Internacional. Disponível em: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf). Acesso em: 07 nov. 2018; e disponível em: [http://www.cbar.org.br/leis\\_intern\\_arquivos/Lei\\_Modelo\\_Uncitral\\_traduzida\\_e\\_revisada\\_versao\\_final.pdf](http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf). Acesso em: 27 set. 2018.

LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr & IOB, v. XII, n. 48, 2015.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LÉVY, Laurent. Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. *IAI International Arbitration Series*, n. 2, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, Juris Publishing, 2005. Disponível em: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/L%C3%A9vy-Anti-suit-Injunctions-Issued-by-Arbitrators.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

LEW, Julian D. M. Chapter 20: Achieving the Dream: Autonomous Arbitration? *In*: LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. (Eds.). *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, Sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer. Kluwer Law International, 2007. v. 16. International Arbitration Law Library Series Set.

\_\_\_\_\_. Concluding Remarks: Parallel Proceedings in International Arbitration – Challenges and Realities. *In*: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas: de acordo com o Novo CPC e a Lei no 13.256/2016*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LY, Filip de; SHEPPARD, Audley (committee members). *Final Report on lis pendens and arbitration*. Toronto: International Law Association, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos. Competência internacional do juiz brasileiro e denegação da justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 630, 1988.

MANGE, Flávia Foz. Processo internacional: reflexões sobre os efeitos da litispendência internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2017. v. 1.

MANN, Frederick Alexander. Lex Facit Arbitrum. In: SANDERS, Pieter (Coord.). *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 8. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

\_\_\_\_\_. Arbitrabilidade e as ressalvas constantes do artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAYER, Pierre. *La règle morale dans l'arbitrage international: Études offertes à Pierre Bellet*. Paris: Litec, 1991.

\_\_\_\_\_. *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence: recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989. v. 217.

\_\_\_\_\_. Litispendance, connexité et chose jugée. In: BREDIN, J. D.; LALIVE, P.; POUDRET, J. F.; TERRÉ, F. (Coords.). *Liber Amicorum Claude Raymond: Autour de l'arbitrage*. Paris: Litec, 2004.

McLACHLAN, Campbell. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

MEHREN, Arthur von. *Adjudicatory Authority in Private International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2007.

\_\_\_\_\_. *Limitations on Party Choice of the Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration? The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies*, Tel Aviv University, 1986.

MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. Orientador: Marcelo José Magalhães Bonício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, v. 50, abr.-jun. 1988.

MONTEIRO, André Luís Quintas. *Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil*. Orientadora: Teresa Arruda Alvim. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017.

MOURRE, Alexis; AMEZAGA, Bingen. La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil. *In: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; ARIAS, David (Eds.), Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer, Espanha, v. 2011, n. 11, 2011.

MOX PLANT Case, Ireland v. United Kingdom, 24 de junho de 2003, Provisional Order n. 3, 126 ILR 310, 42 ILM 1187, UNCLOS, Annex VII, Tribunal, Mensah P, Crawford, Fortier, Hafner, Watts, § 28. Disponível em: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6164>. Acesso em: 30 dez. 2018.

MUSTILL, Michael. Maritime arbitration: the call for a wider perspective. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 9, n. 2, 1992.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. v. único.

NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem e demandas paralelas: a visão do árbitro. *In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.

O CRESCIMENTO da arbitragem. *O Estado de S. Paulo*. 12 jun. 2017. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,o-crescimento-da-arbitragem,70001836073>. Acesso em: 07 dez. 2018.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OPPETIT, Bruno. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1999.

\_\_\_\_\_. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

ORREGO VICUÑA, Francisco. *Lis pendens arbitralis*. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Eds.). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

PÅLSSON, Lennart. *The institute of lis pendens in international civil procedure*. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandianvian Law, 1970. v. 14.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Comentários ao conflito de competência nº 139.519/RJ. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba, IOB, ano XII, n. 47, p. 129-137, 2015.

PARK, William. Amending the Federal Arbitration Act. *The American Review of International Arbitration*, v. 13, 2002. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3019273](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3019273). Acesso em: 04 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction. ICCA Congress Series, n. 13, *International Arbitration, 2006 Back to Basics?* The Hague: Kluwer, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3019225>. Acesso em: 05 maio 2018.

PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PELLERIN, Jacques. L'instance au fond devant la Cour d'appel après annulation de la sentence (Article 1485 du nouveau Code de procédure civile). *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, v. 1993, n. 2, 1993.

PEREIRA, Luís César Ramos. A litispêndência internacional no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 84, n. 711, 1995.

POUDRET, Jean-François. Le tribunal fédéral suisse opte pour le régime de la litispence entre le juge et l'arbitre: Note – Tribunal fédéral suisse, 14 maio 2001. *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, v. 2 001, n. 4, 2001.

\_\_\_\_\_. L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 56, n. 1, 2004.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Bruxelas: Bruylant, 2002.

PRINCÍPIOS ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS). Disponível em: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-PT-FINAL18.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem comercial – A lei aplicável. In: BASSO, Maristela; PRADO, Maurício Almeida; ZAITZ, Daniela (Coords.). *Direito do Comércio Internacional*. Pragmática, diversidade e inovação. Curitiba: Juruá, 2005.

QUADROS, Noeval de. As custas judiciais em foco. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/agencia-cnj-de-noticias/artigos/13592-as-custas-judiciais-em-foco>. Acesso em: 16 jun. 2018.

QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*. Orientadora: Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage*. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.



REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin; BLACKABY, Nigel. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Netherlands: Kluwer Arbitration.

REGULAMENTO DE Arbitragem e Mediação da Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Disponível em: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

REGULAMENTO (UE) nº 1.215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=PT>. Acesso em 10 nov. 2018.

REICHERT, Douglas D. Problems with parallel and duplicate proceedings: the litispence principle and international arbitration. *Arbitration International*, v. 8, n. 3, 1992.

RELATÓRIO DO Tema Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3-Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2018.

REPUBLIC OF Indonesia vs. Himpurna California Energy. Decisão da “Court of First Instance”, The Hague, 21 de setembro de 1999. In: BERG, Albert Jan van den (Ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2000. v. 25.

REQUEST FOR the Enforcement of an Arbitration Agreement. In: SANDERS, Pieter (Ed.). *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*. The Hague: ICCA, 2011.

ROCHA, Caio César Vieira. Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, jul.-set. 2012.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; VAUGHN, Gustavo Fávero. Preliminar de arbitragem no CPC/2015: nova Lei, antiga celeuma. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, jan.-mar. 2017.

ROUCHE, Jean; POINTON, Gerald H. *et al. French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. 2. ed. Kluwer Law International, 2009.

ROZAS, José Carlos Fernández. Anti-Suit Injunctions et Arbitrage Commercial. *In: GÓMEZ-URRUTIA, Marina Vargas; FRÍAS, Ana Salinas de (Coords.). Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005. t. I. Disponível em: [https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT\\_INJUCTION\\_ET\\_ARBITRAGE\\_COMMERCIAL\\_INTERNATIONAL.pdf](https://eprints.ucm.es/9265/1/ANTISUIT_INJUCTION_ET_ARBITRAGE_COMMERCIAL_INTERNATIONAL.pdf). Acesso em: 09 nov. 2018.

SAMUEL, Adam. Fomento – A tale of litispendance, arbitration and private international law. *In: BREDIN; LALIVE; POUDRET; TERRÉ (Eds.). Liber Amicorum Claude Reymond: Autour de L'Arbitrage*. Paris: Litec, 2004.

SCALETSCKY, Fernanda. Arbitragem e 'Parte Fraca': a Questão das Relações de Consumo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. XI, n. 41, 2014.

SCHRAMM, Dorothee; GEISINGER, Elliott; PINSOLLE, Philippe. Article II. *In: KRONKE, Herbert; NACIMIENTO, Patricia; OTTO, Dirk; PORT, Nicola Christine (Eds.). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a global commentary on the New York Convention*. The Hague: Kluwer, 2010.

SERRANO, Fernando Mantilla. Towards a transnational procedural public policy. *Arbitration International Review*, v. 20, n. 4, 2004.

SHEPPARD, Audley. Chapter 8. *Res Judicata* and Estoppel. *In: CREMADES, Bernardo M. Sanz-Pastor; LEW, Julian D. M. (Eds.). Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing, 2005. v. 3. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC).

\_\_\_\_\_. English Arbitration Act (Chapter 23). In: MISTELIS, Loukas A. (Ed.). *Concise international arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2015.

\_\_\_\_\_. *Final Report on Lis Pendens*. Toronto: International Law Association, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: Comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SÖDERLUND, Christer. *Lis Pendens, Res Judicata* and the Issue of Parallel Judicial Proceedings. *Journal of International Arbitration*, v. 22, n. 4.

SOJUZNEFTEEXPORT (SNE) v. JOC Oil Ltd, 1989, Corte de Apelação das Bermudas. In: VARÁDY, Tibor; BARCELÓ III, John J.; MEHREN, Arthur T. von. *International Commercial Arbitration*. Transnational Perspective. 5. ed. St. Paul: West/Thomson Reuters, 2006.

STEIN, Alan. *Forum non conveniens* and the redundancy of court-access. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 133, n. 781.

STRENGER, Irineu. Arbitragem Internacional – Conceitos básicos. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional*, 1998.

SUMMARY OF the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6 – 20 June 2001: Interim Text, de acordo com arts. 21 e 22. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/response-to-the-preliminary-draft-convention-2000-2001->. Acesso em: 07 set. 2018.

SWITZERLAND'S FEDERAL Code on Private International Law (CPIL). Disponível em: [https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf).

Acesso em: 28 set. 2018.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de Convenção Arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (Exceção de Arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, jan.-mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, jul.-set. 2016.

TANG, Zheng Sophia. Parallel proceedings and anti-arbitration injunction. *Journal of Business Law*, n. 7, 2012

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

TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o Judiciário brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 21, abr.-jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016.

UNIFORM ARBITRATION Act, article 6. Disponível em: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/arbitration/arbitration\\_final\\_00.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/arbitration/arbitration_final_00.pdf). Acesso em: 18 nov. 2018.

UNITED STATES Arbitration Act, Chapter 1, Sections 3 and 4. Disponível em: <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Orientadora: Maristela Basso. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

\_\_\_\_\_. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002.

VALLE, Martim Della. Considerações sobre os pressupostos processuais em arbitragens. *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr & IOB, v. III, n. 12, 2006.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIEGAS, Juliana L. B.; ANDRADE, Thiago Pedroso de. Arbitragem internacional. *Revista de Direito Empresarial*, v. 3, maio-jun. 2014.

VINCENT, J.; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 25. ed. Paris: Dalloz, 1999.

VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*. Orientador: José Carlos de Magalhães. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

WALD, Arnoldo. Conflito de competência entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. Cabimento. Competência constitucional (art. 105, I, d, do CPC) e legal (art. 115, I, do CPC) do STJ para resolvê-lo. Decisão majoritária que consolida a jurisprudência na matéria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Márcia Lúcia Lins; SILVA RIBEIRO, Leonardo Feres da; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAKIA, José Victor Palazzi. Um panorama geral da reforma da Lei de Arbitragem: o que mudou com a Lei Ordinária nº 13.129/2015. *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr & IOB, Kluwer Law International, v. XIII, n. 51, 2016.