

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Caio Pazinato Gregório Ramos

Controle da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário antes da sentença arbitral
no direito brasileiro

Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Caio Pazinato Gregório Ramos

Controle da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário antes da sentença arbitral
no direito brasileiro

Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob a orientação do Professor Livre-docente e Doutor Cláudio Finkelstein.

São Paulo

2019

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Ailton e Lia, que superaram todas as dificuldades para garantir que a educação dos filhos não conhecesse barreiras.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à minha família. Aos meus pais, AILTON e LIA, por terem estabelecido como meta maior de sua longa e duradoura parceria a criação de seus filhos, sempre pautada pelo diálogo, ancorada pelos valores e com a primazia do ser sobre o ter. Ao meu irmão, RENATO, que tanto ensinou à família mesmo com tão pouca idade e agora ganha o mundo correndo atrás dos seus sonhos. E ao meu irmão de coração, RODRIGO, que participou de todas as decisões e momentos importantes da minha vida.

Agradeço também àqueles que me abriram caminho na vida acadêmica. Ao Professor ROBERTO DIAS DA SILVA, que despertou minha paixão pelo ambiente acadêmico e me ensinou a engatinhar nele, por meio da iniciação científica. Ao Professor CLÁUDIO FINKELSTEIN, responsável direto por todos os passos subsequentes, que mudou a minha vida ao abrir as portas para as competições acadêmicas de arbitragem e comércio internacional, seguidas de tantas outras inumeráveis oportunidades, inclusive a orientação neste trabalho. Agradeço também a todos os membros, passados e presentes, do Grupo de Estudos da PUC-SP em arbitragem e comércio internacional, nas pessoas do NAPOLEÃO CASADO FILHO, FÁBIO ALONSO VIEIRA, THIAGO MARINHO NUNES e EDUARDO TERASHIMA.

Também não poderia deixar de agradecer aos que tanto fizeram por mim desde os primeiros passos da vida profissional, hoje grandes amigos. À BRUNA BARLETTA, que acreditou sem pestanejar no meu potencial e tanto me incentivou a superar todos os desafios. Ao EDUARDO TERASHIMA, que me deu o primeiro grande voto de confiança e me criou para o trabalho e para a vida, desde a época do estágio, além de ser um dos grandes impulsionadores da busca por mais essa conquista. Ao DANIEL KAUFMAN, exemplo máximo de profissional, que nunca mediu esforços para investir na minha formação pessoal e profissional.

Agradeço também a todos os colegas do DEMAREST ADVOGADOS, por todas as oportunidades concedidas ao longo da carreira, nas pessoas da CAMILA BIRAL, CELSO XAVIER, MARCELO INGLEZ, NEWTON MARZAGÃO e RAFAEL GAGLIARDI. Aos queridos amigos e exemplares profissionais, EDUARDO TERASHIMA, DANIEL KAUFMAN, HÉRCULES KASTANÓPOULOS, FERNANDO MALUF, JULIA SCHULZ, TALITA MARCHIONE e AMANDA SAMPAIO, incansáveis companheiros das madrugadas e da vida, pela parceria, ensinamentos e pela imensidão de experiências compartilhadas ao longo de todos esses anos. Agradeço ainda à JULIANA MASCARENHAS, LARISSA HAMAJI, JULIA RODRIGUES e ANA NOGUEIRA, por todo o

incentivo para a conclusão do trabalho, acompanhamento próximo do seu desenvolvimento e por sempre segurarem a barra.

Pela ajuda direta no desenvolvimento deste trabalho, agradeço ao MARCEL CARDOSO, parceiro de vida, inclusive acadêmica, que sempre se fez disponível para discutir todos os dilemas que surgiram durante a sua elaboração. Agradeço também à JULIA RODRIGUES, por fazer questão de promover com todo o cuidado e atenção a minuciosa revisão integral do texto, à MARIANA PEREIRA, pelos cruciais comentários sobre a estrutura, e ao DANIEL KAUFMAN, por insistir em ler o trabalho e dividir seus valiosos comentários. Agradeço ainda aos Professores PAULO BRANCHER e CASSIO SCARPINELLA BUENO, pelas detalhadas e engrandecedoras críticas feitas por ocasião da banca de qualificação.

Agradeço, ademais, a todos os que me deram a maravilhosa oportunidade de dividir a trajetória nas competições acadêmicas de arbitragem, seja como participante ou como coach, amigos admiráveis que tanto engrandecem a minha vida, em especial BRUNA BARLETTA, MARCEL CARDOSO, ISABELA DEVEZA, FERNANDA MEROUÇO, MARINA VIDAL, CAMILA SIMÃO, LUÍSA QUINTÃO, THIAGO ZANELATO, LUCAS JIMENEZ, MANOELA PIRES, MARINA MARTES, GABRIELLA BIANCHINI e ISADORA MONTEIRO.

Agradeço à vida, bem como a todos que de alguma forma fomentaram esse sonho, pela oportunidade de ter conduzido parte da pesquisa para este trabalho na indescritível biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard.

“The allocation between courts and arbitrators of competence to determine threshold issues in arbitration should be driven by the goal of achieving an optimal balance between efficacy and legitimacy”

(George Berman)

“The great paradox of arbitration is that it seeks cooperation of the very public authorities from which it wants to free itself”

(Jan Paulsson)

*“Mas é preciso ter força
É preciso ter raça
É preciso ter gana sempre
Quem traz no corpo a marca
Maria, Maria
Mistura a dor e a alegria
Mas é preciso ter manha
É preciso ter graça
É preciso ter sonho sempre
Quem traz na pele essa marca
Possui a estranha mania
De ter fé na vida”*

(Milton Nascimento)

“A felicidade não está em fazer o que a gente quer e sim em querer o que a gente faz”

(Jean-Paul Sartre)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de controle da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário antes da prolação da sentença arbitral no direito brasileiro. Inicialmente, analisa-se a regra da competência-competência como ponto de partida para o estudo do controle judicial da jurisdição do árbitro, abordando seus principais aspectos, tais como sua fonte jurídica, o direito aplicável, seus efeitos positivo e negativo e outros institutos jurídicos do direito da arbitragem que, juntamente com a competência-competência, ganham relevância na análise de questões afetas à jurisdição do árbitro e aos problemas práticos que giram em seu entorno. Feito isso, promove-se uma análise do direito comparado, com vistas a estudar os diferentes modelos de competência-competência existentes e, com isso, cotejá-los com o direito brasileiro. A conclusão atingida com essa análise é que o direito brasileiro estabelece, como regra geral, a prioridade do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, relegando o controle judicial para momento posterior. Nada obstante, pelas razões desenvolvidas ao longo do trabalho, defende-se a possibilidade de o Poder Judiciário, em caráter de exceção à regra geral, promover a análise prematura da jurisdição arbitral, desde que o faça apenas e tão somente com relação a vícios aferíveis de plano, mediante uma análise *prima facie*, sem necessidade de dilação probatória, em sede de cognição sumária. Por fim, analisa-se os mecanismos processuais que podem ser utilizados para a realização desse controle, bem como os elementos que, enquanto componentes da jurisdição arbitral, podem vir a ser analisados pelo Poder Judiciário ao decidir sobre a jurisdição arbitral.

Palavras Chave: arbitragem e Poder Judiciário – controle judicial prematuro da jurisdição do árbitro – flexibilização da regra de prioridade em favor do árbitro – equilíbrio entre eficácia e legitimidade da arbitragem

ABSTRACT: the present study aims to analyze the possibility of court inquiry into arbitral jurisdiction prior to the rendering of the arbitral award under Brazilian law. Initially, we analyze the competence-competence rule as the starting point for the study of the judicial control over the arbitrator's jurisdiction, focusing on its main aspects, such as its legal source, the applicable law, its positive and negative effects and other legal mechanisms of arbitration law that, alongside the competence-competence rule, are relevant for the analysis of practical problems. After that, we conduct a comparative law analysis, with the purpose of studying the different existing models of competence-competence and, as a next step, comparing them to Brazilian law. The conclusion reached through such analysis is that Brazilian law establishes, as a general rule, a priority in favor of the arbitrator to decide upon its jurisdiction, leaving court control to a posterior moment. Nonetheless, pursuant to the reasoning developed during the course of this work, we defend the possibility of premature court inquiry into arbitral jurisdiction, provided that it occurs solely in relation to issues verifiable plainly, by means of a *prima facie* analysis, without the need of an evidentiary stage, on a summary basis. Finally, we analyze the procedural mechanisms that may be used for the purposes of such control, as well as the elements that, as component parts of the arbitral jurisdiction, could be analyzed by national courts when deciding upon arbitral jurisdiction in the pre-award stage.

Keywords: arbitration and courts – premature court inquiry into arbitral jurisdiction – mitigation of the rule of priority in favor of arbitrators – optimal balance between efficacy and legitimacy of arbitration

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá
CC	Código Civil Brasileiro (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)
CCI	Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio ou, em inglês, International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990)
CF	Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil
CIESP-FIESP	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
Convenção de Nova York	Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras ou, em inglês, United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
CPC/15	Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015)
CPC/73	Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 (Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
LCIA	London Court of International Arbitration
Lei Modelo da UNCITRAL ou Lei Modelo	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration de 1985, com as alterações adotadas em 2006

Lei nº. 13.129/2015 ou Reforma da Lei de Arbitragem	Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015
Lei nº. 9.307/1996 ou Lei de Arbitragem	Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996
Protocolo de Genebra de 1923	Protocolo relativo a cláusulas de arbitragem de 24 de setembro de 1923 ou, em inglês, Protocol on Arbitration Clauses
RE	Recurso Extraordinário
Regras de Arbitragem da UNCITRAL	UNCITRAL Arbitration Rules, com a revisão de 2010
Regulamento de Arbitragem de 2012 do CAM-CCBC	Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC aprovado em 1 de setembro de 2011, com alterações aprovadas em 28 de abril de 2016
Regulamento de Arbitragem de 2013 da FIESP/CIESP	Regulamento de Arbitragem da FIESP/CIESP em vigor a partir de 31 de julho de 2013
Regulamento de Arbitragem de 2014 da LCIA	LCIA Arbitration Rules, em vigor a partir de 1 de outubro de 2014
Regulamento de Arbitragem de 2017 da CCI	Regulamento de Arbitragem de 2017 da CCI, em vigor a partir de 1 de março de 2017
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça da República Federativa do Brasil

UNCITRAL

United Nations Commission on International Trade Law ou, em português, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

ZPO

Zivilprozessordnung – Código de Processo Civil Alemão, promulgado em 1877.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. A NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA DA ARBITRAGEM COMO PREMISA GERAL DESTE TRABALHO	23
2. A REGRA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA COMO PONTO DE PARTIDA PARA O ESTUDO DO CONTROLE JUDICIAL DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO	27
2.1 CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR.....	28
2.2 KOMPETENZ-KOMPETENZ E QUESTÕES TERMINOLÓGICAS	30
2.3 JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	32
2.4 ESTRUTURA NORMATIVA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: PRINCÍPIO OU REGRA?.....	37
2.4.1 A ESTRUTURA DAS NORMAS E AS DIFERENÇAS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	38
2.4.2 A COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA COMO NORMA DO TIPO REGRA	42
2.5 A LEI COMO FONTE DO PODER DO ÁRBITRO PARA DECIDIR QUESTÕES AFETAS À SUA PRÓPRIA JURISDIÇÃO.....	44
2.6 O DIREITO APLICÁVEL À REGRA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	49
2.6.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	49
2.6.1.1 As representações sobre a arbitragem internacional	50
2.6.1.2 A teoria territorialista e a importância da sede da arbitragem	59
2.6.1.3 Arbitragem e lei aplicável.....	68
2.6.2 A LEI DA SEDE DA ARBITRAGEM (<i>LEX ARBITRI</i>) COMO DIREITO APLICÁVEL À COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	69
2.7 DIFERENCIAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM DOMÉSTICA E ARBITRAGEM INTERNACIONAL E SUA RELAÇÃO COM A DEFINIÇÃO DO REGIME DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	72
2.8 EFEITOS DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	86
2.8.1 EFEITO POSITIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	86
2.8.2 EFEITO NEGATIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	90
2.9 DISTINÇÃO ENTRE OS EFEITOS DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	96
2.9.1 OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	96
2.9.1.1 Breves considerações sobre a convenção de arbitragem	96
2.9.1.2 O efeito positivo da convenção de arbitragem	98
2.9.1.3 O efeito negativo da convenção de arbitragem	101

2.9.2	DISTINÇÃO ENTRE OS EFEITOS DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: JURISDIÇÃO PARA DECIDIR SOBRE JURISDIÇÃO VS. JURISDIÇÃO PARA JULGAR O MÉRITO.....	103
2.10	COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA, SEPARABILIDADE E EFEITO ÚTIL DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	105
2.10.1	EFEITO ÚTIL DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM (FAVOR ARBITRAL) E OUTROS MECANISMOS DE INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	105
2.10.2	SEPARABILIDADE (AUTONOMIA) DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	111
2.10.3	DIFERENÇA ENTRE SEPARABILIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	115
3.	OS DISTINTOS MODELOS DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO	120
3.1	A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO PARA A COMPREENSÃO DO TEMA	120
3.2	CLASSIFICAÇÃO GERAL DOS MODELOS DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: MODELO DE CONCORRÊNCIA ENTRE ÁRBITRO E JUIZ, MODELO DE PRIORIDADE INCONDICIONADA DO ÁRBITRO E MODELO DE PRIORIDADE CONDICIONADA DO ÁRBITRO	122
3.3	ESTUDO DOS MODELOS ESTRANGEIROS DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA.....	127
3.3.1	COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE ÁRBITRO E JUIZ: O MODELO NORTE-AMERICANO	127
3.3.2	COMPETÊNCIA PRIORITÁRIA INCONDICIONADA DO ÁRBITRO: O MODELO FRANCÊS	137
3.3.3	COMPETÊNCIA PRIORITÁRIA CONDICIONADA DO ÁRBITRO (MODELOS HÍBRIDOS): A CONVENÇÃO DE NOVA YORK, A LEI MODELO DA UNCITRAL E OS MODELOS SUÍÇO, ALEMÃO E INGLÊS	142
4.	O MODELO BRASILEIRO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: CONTROLE JUDICIAL POSTERIOR DA JURISDIÇÃO ARBITRAL COMO REGRA GERAL	164
4.1	PANORAMA LEGISLATIVO DO MODELO BRASILEIRO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA	164
4.2	AS CORRENTES DOCTRINÁRIAS SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CORRELATO	167
4.2.1	AUSÊNCIA DE LIMITAÇÕES CRONOLÓGICAS E COGNITIVAS À SOLUÇÃO DE QUESTÕES RELACIONADAS À JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO.....	168
4.2.2	ADMISSÃO CONDICIONADA DE APRECIÇÃO DE QUESTÕES JURISDICIONAIS PELO PODER JUDICIÁRIO ANTES DO ÁRBITRO	170
4.2.3	IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO ARBITRAL ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL.....	175
4.3	AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO CPC/15 COM RELAÇÃO À DEFINIÇÃO DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO.....	177
4.4	CONCLUSÃO SOBRE O MODELO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA ADOTADO PELO DIREITO BRASILEIRO: UM MODELO QUASE-FRANCÊS.....	182

4.5 CONSEQUÊNCIA DO MODELO ADOTADO: CONTROLE DA JURISDIÇÃO ARBITRAL A POSTERIORI COMO REGRA GERAL E SUAS PECULIARIDADES COM RELAÇÃO AO CONTROLE DOS DEMAIS VÍCIOS LEGALMENTE PREVISTOS	186
4.5.1 EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DO MÉRITO DA SENTENÇA ARBITRAL COM RELAÇÃO A QUESTÕES AFETAS À JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO.....	187
4.5.2 IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DA DECISÃO ARBITRAL QUE RECONHECE A AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO SOBRE A DISPUTA	195
5. O CONTROLE JUDICIAL DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL COMO EXCEÇÃO POSSÍVEL À REGRA GERAL NO DIREITO BRASILEIRO	199
5.1 POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL PREMATURO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL: A FLEXIBILIZAÇÃO DA PRIORIDADE EM FAVOR DO ÁRBITRO E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO IDEAL ENTRE EFICÁCIA E LEGITIMAÇÃO DA ARBITRAGEM.....	199
5.2 CRITÉRIO PARA O CONTROLE PREMATURO DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO PELO PODER JUDICIÁRIO: PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO PROCESSUAL (COGNIÇÃO SUMÁRIA) SOBRE O CRITÉRIO MATERIAL (GRAVIDADE DO VÍCIO)	205
5.3 MOMENTO PARA O CONTROLE DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO PELO PODER JUDICIÁRIO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL.....	209
5.3.1 O CABIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL SOBRE QUESTÕES JURISDICIONAIS.....	213
5.4 MECANISMOS DE CONTROLE PREMATURO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL PELO PODER JUDICIÁRIO: QUAIS SÃO AS MEDIDAS CABÍVEIS PARA CONTROLAR A JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL?	218
5.4.1 MEDIDAS DE URGÊNCIA PRÉ-ARBITRAIS.....	219
5.4.2 AÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 7º DA LEI DE ARBITRAGEM E OUTRAS MEDIDAS DE APOIO À INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM	224
5.4.3 MEDIDAS DE APOIO JUDICIAL AO ÁRBITRO NO CURSO DA ARBITRAGEM	228
5.4.4 AÇÃO JUDICIAL CUJO OBJETO ESTEJA ENGLOBALADO POR CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E AÇÃO DIRETA CONTRA A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	232
5.4.5 MEDIDAS ANTIPROCESSO E MEDIDAS ANTIARBITRAGEM	235
5.4.6 CONFLITO DE COMPETÊNCIA?	241
5.4.7 MANDADO DE SEGURANÇA?.....	248
5.5 OBJETO DO CONTROLE DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO PELO PODER JUDICIÁRIO	251
5.5.1 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	253
5.5.1.1 Os elementos de existência da convenção de arbitragem	254
5.5.1.2 Os requisitos de validade da convenção de arbitragem.....	259
5.5.1.3 Os fatores de eficácia da convenção de arbitragem	267

5.5.2	EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS.....	274
5.5.3	ARBITRABILIDADE	280
5.5.4	O CASO DOS CONTRATOS DE ADESÃO.....	282
5.5.5	ARBITRAGEM E AS RELAÇÕES DE CONSUMO	286
	CONCLUSÃO.....	290
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	295

INTRODUÇÃO

Passados mais de 20 anos do advento da Lei nº. 9.307/1996, é possível dizer com tranquilidade que a arbitragem se sedimentou no Brasil enquanto método alternativo de resolução de controvérsias.

Para que isso se tornasse possível, foi necessário transpor uma série de barreiras que historicamente foram impostas ao instituto, seja no sentido de exigir a celebração de um compromisso arbitral para dar efetividade a uma cláusula compromissória previamente pactuada, seja no sentido de submeter a sentença arbitral (antes tida por mero laudo) à homologação do Poder Judiciário, seja no sentido de permitir que quaisquer impugnações à higidez do contrato principal ou da convenção de arbitragem fossem suficientes para retirar do árbitro a possibilidade de analisar a disputa.

Para que a superação dessas barreiras lograsse êxito, o Brasil teve de trilhar um caminho que muitos países estrangeiros, mais desenvolvidos (ou ao menos desenvolvidos há mais tempo) em termos de direito arbitral, já vinham trilhando há algum tempo, no sentido de promover, tanto do ponto de vista legislativo, como no âmbito doutrinário e jurisprudencial, a aceitação, promoção e fortalecimento da arbitragem.

Foi necessário, em outras palavras, permitir o desenvolvimento de uma cultura de respeito à arbitragem, o que perpassou, dentre outros pontos, pelo robustecimento de algumas figuras essenciais ao seu fortalecimento, como é o caso especialmente da regra da competência-competência e da presunção de separabilidade da cláusula compromissória em relação ao contrato no qual esteja inserta.

Grosso modo, a competência-competência é uma regra instituída por lei que atribui ao árbitro poder para decidir a respeito de sua própria jurisdição, poder esse que pode ser exercido de forma concorrente ou em caráter de prioridade (condicionada ou incondicionada) com relação ao Poder Judiciário, a depender do modelo adotado por cada ordem jurídica.

A separabilidade, por seu turno, consiste no estabelecimento de uma presunção de que a cláusula compromissória é separável em relação ao contrato principal, de maneira que vícios que acometem este, não necessariamente acometerão aquela.

Não é difícil perceber que essas duas figuras desempenham um papel essencial no fortalecimento da arbitragem e, sobretudo, na garantia de sua eficácia e autonomia com relação ao Poder Judiciário.

A busca por essa autonomia e eficácia é, aliás, o grande paradoxo da arbitragem, na medida em que a arbitragem só funciona bem se não sofrer interferências por parte do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que dele necessitará para funcionar bem.

Nesse contexto, ao mesmo tempo em que se faz necessário fomentar a eficácia e autonomia da arbitragem, é igualmente essencial, sob pena de também gerar o enfraquecimento do instituto, que se garanta a legitimidade da arbitragem, o que ocorre sobretudo por meio do controle judicial da atividade do árbitro.

O controle judicial, vale dizer, é verdadeiro elemento de legitimação da arbitragem, na medida em que permite coibir excessos e preservar valores caros à ordem jurídica, garantindo a confiança das partes e da sociedade como um todo no instituto. É seguro dizer que, se não fosse a possibilidade de controle judicial, haveria forte desincentivo à escolha da arbitragem enquanto método de solução de conflitos¹.

Esse controle, em regra, não viabiliza a revisão dos aspectos substantivos da disputa, mas apenas de questões essencialmente relacionadas a aspectos formais e procedimentais da arbitragem, dentre as quais se inclui a jurisdição do árbitro.

Em resumo, a depender das peculiaridades de cada ordenamento jurídico, os contornos do controle judicial da jurisdição do árbitro poderão variar em função dos seguintes fatores: o *momento* (*i.e.*, se esse controle deve ocorrer antes e/ou depois da prolação da sentença arbitral); a *profundidade* (*i.e.*, se a revisão judicial deve se dar de forma ampla ou restrita); os *mecanismos* (*i.e.*, quais são as medidas judiciais que podem ser manejadas para controlar a atividade do árbitro); e o *objeto* (*i.e.*, quais tipos de vício podem ser controlados).

A regra geral, ao menos no sistema brasileiro, por força do modelo de competência-competência encampado, é que o controle judicial da jurisdição do árbitro deve ocorrer *a posteriori*, sendo conferida ao árbitro a prioridade para decidir sobre sua própria jurisdição.

Nada obstante, há casos excepcionais nos quais se faz necessário que o Poder Judiciário deixe de observar a regra geral de prioridade em favor do árbitro, controlando sua jurisdição antes que este tenha tido a oportunidade de fazê-lo.

¹ O que inclusive se mostrou verdadeiro no caso da Bélgica, país que, ao extinguir a possibilidade de controle judicial do procedimento arbitral com vistas a reduzir a interferência estatal na arbitragem, acabou por enfraquecer sobremaneira o desenvolvimento do instituto no país, até que essa proibição viesse a ser revogada.

É precisamente esse o foco do presente trabalho: analisar a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, em momento que antecede a prolação da sentença arbitral, de vícios e outras questões afetos à jurisdição do árbitro.

Trata-se de tema amplamente debatido ao redor do globo, ao qual tem sido dado tratamento bastante distinto, por vezes até diametralmente oposto, pelos diversos ordenamentos jurídicos que se puseram a regular a questão.

Essa diferença de tratamento, em nosso entender, deve-se ao fato de que, no epicentro da discussão, há um verdadeiro choque entre dois valores, quais sejam a eficácia da arbitragem, de um lado, e a legitimidade do instituto, de outro.

As soluções adotadas por cada ordenamento jurídico para definir qual deve ser o nível de intervenção judicial na arbitragem antes da prolação da sentença arbitral para fins de controle da jurisdição do árbitro são o resultado de um balanceamento.

Esse balanceamento tem como objeto a necessidade de garantir que a arbitragem se desenvolva de forma autônoma em relação ao Poder Judiciário (eficácia) e a necessidade de se evitar o risco de compelir determinadas partes a arbitrar sem que jamais tenham concordado em fazê-lo (legitimidade).

Como se verá ao longo do desenvolvimento deste estudo, o controle judicial prematuro da jurisdição arbitral, no direito brasileiro, é medida viável, embora excepcional, devendo ser exercido em hipóteses restritas, sob pena de se subverter a regra da competência-competência e, com isso, enfraquecer o instituto da arbitragem.

Isso não significa, contudo, que por ser excepcional essa possibilidade tenha de ser tratada como um tabu. Longe disso, é essencial que se estude com cautela os contornos dessa intervenção judicial prematura, justamente para que se possa alcançar o sobredito balanceamento entre eficácia e legitimidade da arbitragem.

Afinal, é perfeitamente possível, e em certa medida até comum, a utilização de alegações no sentido de que determinada convenção de arbitragem nunca foi assinada; que a assinatura nela aposta é forjada ou for obtida mediante dolo ou coação; que o contrato foi assinado por pessoa absolutamente incapaz; que o signatário não possuía poderes de representação; que os requisitos legais de validade aplicáveis não foram cumpridos; que a controvérsia é inarbitrável, subjetiva ou objetivamente; que a instituição arbitral eleita pelas partes deixou de existir; que determinada disputa submetida ao árbitro está fora do escopo da convenção de arbitragem; que o contrato ou a convenção de arbitragem foram celebrados mediante pagamento de propina;

enfim, há uma vasta gama de questões que podem afetar diretamente a jurisdição conferida ao árbitro pelas partes.

A arguição dessas questões pode ser séria e fundamentada, assim como pode ocorrer apenas para satisfazer o mero intuito protelatório da parte recalcitrante. Qualquer que seja o caso, por se tratar de questões que podem em última análise interferir diretamente com o direito fundamental das partes de obter a resolução jurisdicional de uma controvérsia (seja pelo árbitro, seja pelo juiz togado), é importantíssimo que seja buscado o propagado equilíbrio entre eficácia e legitimidade da arbitragem.

É justamente por isso que, como se adiantou, este trabalho se propõe a analisar em que medida, no âmbito do direito brasileiro, poderá o Poder Judiciário exercer o controle da jurisdição do árbitro sobre determinada disputa antes que o árbitro tenha tido a oportunidade de fazê-lo.

As razões que motivam a escolha desse objeto de estudo são várias.

Em primeiro lugar, decorrem da nossa percepção de que, com o anseio de garantir o fortalecimento da arbitragem, acabe-se gerando uma indesejável hipertrofia das hipóteses concretas nas quais se confere prioridade ao árbitro para decidir sobre questões afetas à sua própria jurisdição. O substrato resultante desse processo seria a conferência de um tratamento absoluto ou quase absoluto à regra da competência-competência, o que, em nossa visão, além de se afigurar inadequado e perigoso, poderia prejudicar o equilíbrio almejado entre a eficácia e a legitimidade da arbitragem.

Em segundo lugar, decorre do fato de acreditarmos que, com a vertiginosa expansão do instituto da arbitragem no Brasil, marcada pela proliferação de uma infinidade de instituições arbitrais sem que necessariamente haja um controle sobre sua aptidão e qualidade, não se possa mais firmar uma presunção absoluta de que a decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição ocorrerá em melhores condições, temporais e qualitativas, do que uma decisão que viesse a ser proferida pelo Poder Judiciário. É preciso, portanto, cada vez mais, agir com enorme cautela na análise da questão, fazendo-se premente sistematizar, na maior medida possível, o estudo da matéria.

Em terceiro lugar, decorre da nossa discordância com a premissa adotada por muitos no sentido de que uma parte recalcitrante sempre buscará recorrer ao judiciário para obstar o regular desenvolvimento de uma arbitragem e não o contrário. Nos parece, nesse tocante, ser igualmente possível que uma parte se valha de todas as proteções conferidas em benefício da

arbitragem para obstar o regular prosseguimento de uma demanda judicial, com vistas a retardar o exercício do direito legítimo da contraparte de recorrer ao judiciário, o que pode ser tão prejudicial quanto a situação inversa.

Em quarto e último lugar, decorre do nosso entendimento de que, enquanto elemento de legitimidade da arbitragem, o controle judicial deve necessariamente se prestar a coibir situações de ilegalidade flagrante, de modo que afastar por completo a possibilidade de controle antes da prolação da sentença arbitral, ou permitir uma hipertrofia indevida da regra geral de prioridade em favor do árbitro, pode significar fechar os olhos para procedimentos arbitrais instaurados com objetivos espúrios por uma das partes, ou até mesmo em conluio por ambas.

Essas preocupações, bem como a proposta de análise da possibilidade de controle judicial prematuro da jurisdição do árbitro, não têm, de forma alguma, o intuito ou a pretensão de enfraquecer o instituto da arbitragem. O que se busca é justamente o contrário.

A intenção é estudar o tema com vistas a sistematizá-lo e, assim, propor soluções que visem ao equilíbrio ideal entre a eficácia e a legitimidade da arbitragem. Objetiva-se, portanto, encontrar “um meio-termo entre o hiperarbitralismo e o hiperestatismo”².

Para tanto, no CAPÍTULO 1, será delineada a natureza jurídica da arbitragem, expondo-se as razões pelas quais entendemos que a arbitragem possui natureza jurídica híbrida, conclusão essa que pauta toda a análise subsequentemente empreendida.

Feito isso, no CAPÍTULO 2 esmiuçaremos os principais contornos da regra da competência-competência, que é justamente a figura jurídica do sistema arbitral destinada a alocar entre Poder Judiciário e árbitro a jurisdição para decidir sobre a jurisdição do último, especialmente com relação ao momento e grau de profundidade com que esse controle poderá ocorrer.

Na sequência, o CAPÍTULO 3 analisará os distintos modelos de competência-competência existentes no direito comparado, especialmente com o objetivo de perquirir qual foi o resultado do balanceamento entre legitimidade e eficácia da arbitragem realizado em cada um dos ordenamentos estudados.

² BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de Arbitragem no Novo CPC, p. 287. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 291.

Essa análise será diretamente relevante para que, no CAPÍTULO 4, seja possível cotejar os modelos estrangeiros com o modelo adotado pelo Brasil, o que permitirá, em um primeiro momento, situar a questão no âmbito do cenário pátrio e, em um segundo momento, concluir que vige em nosso ordenamento, como regra geral, a prioridade do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, com a conseqüente postergação da atuação do Poder Judiciário para um momento posterior.

Com base na análise promovida nos capítulos anteriores, o CAPÍTULO 5 tratará da exceção à regra geral, qual seja a possibilidade de controle da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário antes da prolação da sentença arbitral, ou seja, antes que o árbitro tenha tido a oportunidade de fazê-lo.

Para tanto, estudaremos o critério cognitivo adequado para a realização desse controle prematuro, bem como o momento pertinente e os limites temporais aplicáveis à atuação do Poder Judiciário em caráter precedente ao árbitro. Após isso, serão, por fim, estudados os mecanismos de controle da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário, assim como o objeto deste controle (*i.e.*, quais são os elementos componentes da jurisdição arbitral que podem estar sujeitos ao controle prematuro).

1. A NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA DA ARBITRAGEM COMO PREMISA GERAL DESTE TRABALHO

A natureza jurídica da arbitragem é objeto de intensos debates desde longa data, sobretudo no campo doutrinário, destacando-se três principais teorias a esse respeito, quais sejam a teoria contratualista (ou privatista), a teoria jurisdicionalista (ou publicista) e a teoria híbrida (também denominada mista)³.

A *teoria privatista* consiste na ideia de que a arbitragem está relegada “por inteiro, à esfera contratual, e os árbitros só podem dispor sobre o “material lógico” da sentença, que restaria na esfera da atividade privada”⁴. Desse modo, para os privatistas, “as sentenças arbitrais, que se fundam em uma convenção de arbitragem, constituem uma unidade com esta e dividem com esta o seu caráter contratual”⁵.

Além desses argumentos, a teoria contratualista também considera que a arbitragem não pode ser considerada jurisdição, na medida em que o árbitro não seria juiz, tampouco exerceria função pública⁶, bem como que equiparar a arbitragem à jurisdição infringiria o monopólio estatal que recai sobre a última⁷.

³ Além das três teorias ora aludidas alguns autores fazem referência a uma quarta teoria, mais recente, denominada teoria autônoma (ou *sui juris*), desenvolvida em 1965 por Rubellin-Devichi (LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. Países Baixos: Kluwer Law International, 2003, p. 81). Essa teoria rejeita por completo as demais, identificando na arbitragem “um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente” (CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva Emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94), o qual, por essa razão, “não pode funcionar no contexto de ideologias estabelecidas no contexto do direito internacional privado” tampouco necessita “se enquadrar em visões internacionalistas ou nacional-positivistas” (LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M, *Op. cit.*, **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 81, tradução nossa). Embora alguns autores a identifiquem como uma teoria que teria como objeto analisar a natureza jurídica da arbitragem, nos parece que a teoria autonomista diga mais com a discussão sobre a vinculação ou não da arbitragem a uma ou mais ordens jurídicas (tema que será abordado no item 2.6.1 abaixo) do que propriamente à sua natureza jurídica, razão pela qual deixamos de esmiúça-la nesse momento.

⁴ Carreira Alvim é quem dá conta de tal proposição, após analisar a matéria à luz do direito italiano, indicando como principais expoentes da teoria na Itália os autores Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Emilio Betti (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 59).

⁵ É o que explicam Lew, Mistelis e Kröll, com fundamento na decisão proferida pela Corte de Cassação francesa em 27 de julho de 1937 no caso *Roses v. Moller ei Cie*. (LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 77, tradução nossa).

⁶ Como notícia Gary Born ao expor os contornos dessa teoria. (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 2 ed.. Países Baixos: Kluwer Law International, 2014, p. 214).

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº 9.307/96. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

A *teoria jurisdicionalista*⁸, por seu turno, defende que “o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesse”⁹. Baseia-se esta teoria, portanto, no papel “quase-judicial” do árbitro, como uma alternativa ao juiz togado decorrente da lei local¹⁰, sendo que as partes elegem os árbitros para “*decidir a controvérsia*, no pressuposto de que a jurisdição arbitral já terá sido previamente outorgada”¹¹.

Assim, entendem os publicistas que o árbitro exerce clara função jurisdicional, como um verdadeiro juiz privado¹², sendo essa a teoria encampada pela Lei nº. 9.307/1996, como dão conta diversos autores¹³.

A *teoria híbrida*¹⁴⁻¹⁵, como o nome já indica, propõe uma ponte entre as posições privatista e publicista, haja vista que “a origem da arbitragem é contratualista, entretanto, a sua finalidade é atividade jurisdicional”¹⁶. Trata-se, ao nosso ver, da abordagem mais adequada.

⁸ A qual, como ensina Carreira Alvim, tem como principal expoente, no direito italiano, Ludovico Mortara (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem interno**, *Op. cit.*, p. 59).

⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 94.

¹⁰ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 75, tradução nossa.

¹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 96, grifos no original.

¹² MOTULSKY, Henri. **Ecrits - Etudes et notes sur l'arbitrage**. Paris: Dalloz, 1974, p. 46 apud BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 214. No mesmo sentido, Arruda Alvim, adepto da teoria publicista, assevera que: “é preciso que se tenha em mente que, mesmo se entendendo, como nós, pela natureza jurisdicional da arbitragem, cuida-se de espécie de jurisdição diversa daquela exercida pelos órgãos judiciais. Daí falar-se em jurisdição privada. É que, conquanto se assemelhem nos pontos relevantes para o enquadramento no conceito de jurisdição, a arbitragem e o processo judicial possuem distinções que devem ser enfatizadas” (ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 143).

¹³ Como afirma Carlos Alberto Carmona “o legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juízo estatal, fator de emperramento da arbitragem” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26). Cândido Rangel Dinamarco, após fazer consistente análise acerca do conceito de jurisdição à luz do direito processual civil, e com fundamento expresso no posicionamento de Carmona, conclui que “não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em *pacificar com justiça, eliminando conflito*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39, grifos no original). Em igual sentido, afirma Francisco José Cahali, defensor da teoria publicista, que “a nova formatação dada a este instituto pela Lei 9.307/1996 resolveu, segundo a maioria expressiva de autores, a polêmica até então existente” acerca da natureza jurídica da arbitragem (CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 92). Por fim, Joel Dias Figueira Junior afirma “categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.157).

¹⁴ Desenvolvida por Sauser-Hall em 1952, como dão conta Lew, Mistelis e Kröll (LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 79).

¹⁵ Também chamada por alguns de “natureza sincrética” (MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral**. 4 ed. Navarra: Thomson Reuters, 2014, p. 255-261).

¹⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

Com efeito, embora seja certo que a arbitragem possui origem contratual, vale dizer, no acordo de vontade das partes ao celebrarem a convenção de arbitragem, não se pode negar, à luz dos judiciosos argumentos encampados pela teoria publicista, que a atividade do árbitro também possui natureza jurisdicional, ainda que de caráter privado.¹⁷

A propósito, nos parece bastante ponderada – e correta – a defesa da teoria híbrida realizada por Adriana Braghetta, em linha com o entendimento de célebres autores:

“O simples fato de a arbitragem contemplar um exercício de dizer o direito não retira o seu principal elemento, a base contratual, ou seja, a autonomia da vontade das partes de poder excluir a jurisdição estatal. Sendo assim, partilho da opinião de que é de natureza híbrida, mista ou *sui generis*: a arbitragem é contratual em sua base e jurisdicional em sua função, na linha de Motusky, Fouchard, Craig e outros”¹⁸.

Na mesma linha, e analisando profundamente os argumentos favoráveis a todas as teorias ora expostas, Lew, Mistelis e Kröll dão conta de que a teoria híbrida, ao encampar a ideia de que há “um sistema de justiça privada criada por contrato”, acabou por se tornar “dominante em todo o mundo”¹⁹⁻²⁰.

¹⁷ A propósito, interessante é a ponderação feita por José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista a respeito das teorias privatista e publicista, destacando a prevalência de uma concepção *sui generis*: “Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios” (MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 21). Vale registrar, no entanto, que José Carlos de Magalhães parece possuir posição mais recente, por meio da qual defende a prevalência da teoria privatista, sendo um dos principais expoentes desta teoria no Brasil, conforme aponta Adriana Braghetta (BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 6).

¹⁸ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 6.

¹⁹ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 80, traduções nossas. No mesmo sentido, afirma Klaus Peter Berger que “Today, no one can dispute that any arbitration is a private means for the adjudication of disputes, comprising both contractual (1.) and procedural (2.) elements.” (BERGER, Klaus Peter. **Private Dispute Resolution in International Business: negotiation, mediation, arbitration**. 2. ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2009, p. 308). Ver, ainda: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration: Law and Practice in Switzerland**. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 60; e MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral**, *Op. cit.*, p. 255-257.

²⁰ No Brasil, além dos autores já mencionados, também apoiam a teoria híbrida, dentre outros: NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial da sentença arbitral**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 60; MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25-31; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R.C.; Notas Introdutórias sobre a Natureza Jurídica da Arbitragem. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 661-666. (Coleção doutrinas essenciais).

A ampla aceitação da teoria híbrida nos parece fazer sentido, na medida em que a arbitragem, de fato, possui origem tal na vontade das partes, ao mesmo tempo em que se trata de um exercício de jurisdição, tal como o processo estatal²¹.

Essa premissa, vale dizer, serve como base para outros pontos que serão analisados no curso deste trabalho, na medida em que a opção por uma ou outra teoria pode impactar no resultado do estudo sobre algumas matérias adiante consideradas.

É o caso, especificamente, da perquirição sobre a origem da fonte do poder do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição. Entender que a arbitragem seria puramente contratual ou exclusivamente jurisdicional poderia significar restringir à convenção de arbitragem ou à lei, respectivamente, a fonte do poder do árbitro para decidir sobre questões afetas à sua própria jurisdição, o que não se afigura adequado enquanto proposição peremptória.

A propósito, Sandra Synková, em obra destinada ao estudo, no direito comparado, do controle judicial da jurisdição do árbitro antes da prolação da sentença arbitral, analisa a natureza jurídica da arbitragem e conclui, justamente com enfoque na fonte do poder adjudicatório do árbitro, pela necessária prevalência da concepção híbrida:

“Se a arbitragem fosse simplesmente o exercício de um contrato, a sentença arbitral seria, tal como indicado pelos proponentes da teoria contratualista, nada mais do que um contrato entre as partes, e, dessa forma, as obrigações derivadas da sentença arbitral seriam passíveis de execução somente como obrigações contratuais no âmbito geral do direito dos contratos. Destarte, é forçoso concluir que a base contratual do poder dos árbitros é acoplada a uma autoridade jurisdicional autorizada a existir ou apoiada pela autoridade estatal. Em outras palavras, embora os poderes do árbitro para adjudicar se fundem no acordo das partes (i.e., sem tal acordo a arbitragem careceria de legitimação) eles são definidos, restringidos e estendidos pelas ordens jurídicas nacionais. Os poderes dos árbitros são, portanto, limitados não apenas em virtude de sua origem contratual, mas também como um resultado das restrições impostas pelas legislações nacionais”²²

Assim, por todas essas razões, expostos os principais contornos das distintas teorias que se desenvolveram acerca da natureza jurídica da arbitragem, adota-se a teoria híbrida como premissa norteadora desse estudo.

²¹ No mesmo sentido é o entendimento de Lucas Britto Mejias (MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 30).

²² SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**: a comparative analysis of the English, German and Swiss Legal Order. Cham: Springer International Publishing, 2013, p. 49, tradução nossa.

2. A REGRA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA COMO PONTO DE PARTIDA PARA O ESTUDO DO CONTROLE JUDICIAL DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO

A competência do árbitro para analisar questões afetas à sua própria competência, ou, como muitos preferem formular, o poder do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, é atualmente reconhecido, de alguma forma, pela esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos²³, salvo raríssimas exceções.

Com efeito, apenas um pequeno número de países não adota, ou mesmo se mostra hostil²⁴, à competência-competência de forma geral, como é o caso da Indonésia, que não reconhece expressamente a competência-competência e cuja jurisprudência indica que questões envolvendo a jurisdição do árbitro devem ser resolvidas exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Outros exemplos de rejeição à regra da competência-competência são a China (país em que a jurisdição do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição segue incerta e acaba, muitas vezes, sendo resolvida pelo Poder Judiciário ou mesmo pelas instituições arbitrais, ao invés do árbitro), a África do Sul e Israel (nos quais o reconhecimento do poder dos árbitros para decidir questões afetas à sua jurisdição depende de autorização expressa das partes).

Fora esses isolados exemplos, é possível estabelecer com clareza que a regra da competência-competência, além de ser encampada pela maioria das legislações nacionais, ainda

²³ Com efeito, a doutrina reconhece amplamente que, ao menos com relação ao efeito positivo, do qual se tratará com mais profundidade em tópico próprio, “virtualmente todos os sistemas jurídicos nacionais reconhecem o princípio da competência-competência” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 1047, tradução nossa). No mesmo sentido: LEW, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 333; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1999, p. 401; POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, p. 387; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 239; MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 1365; SYNKOVÁ, Sandra. **Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 72; MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, p. 277-303, 2006. Trimestral.

²⁴ Como dá conta Gary Born, ao analisar o tema sob a ótica do direito comparado (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1064-1065).

é noção firmemente estabelecida em convenções internacionais afetas à arbitragem²⁵, regulamentos de instituições arbitrais²⁶ e jurisprudência²⁷.

Este capítulo se presta a analisar as principais bases jurídicas e elementos concernentes à regra da competência-competência, o que servirá de base para o estudo (i) dos diferentes modelos de competência-competência (capítulo 3 abaixo); e (ii) dos contornos do controle judicial da jurisdição do árbitro antes da sentença arbitral no direito brasileiro (capítulo 4.5 abaixo), objeto precípuo deste trabalho.

2.1 CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR

O conceito de competência-competência está intrinsecamente atrelado aos efeitos que se lhe atribua determinado ordenamento.

Em linhas muito gerais, sem prejuízo do aprofundamento da questão mais adiante em tópico próprio, a regra da competência-competência possui efeito positivo (*i.e.*, o poder do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição) e efeito negativo (*i.e.*, a retirada, ao menos temporária, do poder das cortes estatais para decidir sobre a jurisdição do árbitro).

O alcance dos efeitos da competência-competência varia de ordenamento para ordenamento, especialmente no que toca ao reconhecimento ou não do efeito negativo. Assim, embora se possa chegar a uma ideia base que condense pontos comuns à maioria dos modelos

²⁵ Como é o caso (i) da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, celebrada em 21 de abril de 1961 em Genebra, Suíça, em seu artigo V(3); (ii) da Convenção para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, celebrada em 18 de março de 1965, em Washington, Estados Unidos da América, em seu artigo 41(1); e (iii) da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, celebrada em 30 de janeiro de 1975, no Panamá, em seu artigo 3º, o qual incorpora, por referência, o artigo 21(1) das Normas de Procedimento da Comissão Internacional de Arbitragem Comercial. Além disso, embora de forma mais controversa, como será discutido mais adiante, há posicionamentos no sentido de que a Convenção de Nova York também encampou a competência-competência, por meio de seu artigo II(3).

²⁶ Como é o caso do artigo 6 do Regulamento de Arbitragem de 2017 da CCI, mais especificamente em seus itens (3) a (7); do artigo 23 do Regulamento de Arbitragem de 2014 da LCIA; do artigo 4.5 do Regulamento de Arbitragem de 2012 do CAM-CCBC; e do artigo 4.1 do Regulamento de Arbitragem de 2013 da FIESP/CIESP, dentre muitos outros regulamentos das principais instituições nacionais e estrangeiras. Para uma análise abrangente sobre o reconhecimento da regra da competência-competência em diversos regulamentos de instituições arbitrais nacionais e estrangeiras, ver: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**: visão a partir do Brasil. 2017. 291 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 150-169; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1066-1068; DA SILVA, Eduardo Silva. GUERRERO, Luis Fernando. NUNES, Thiago Marinho. **Regras da arbitragem brasileira**: comentários aos regulamentos das câmaras de arbitragem. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 33-34.

²⁷ Conforme será esmiuçado ao longo deste e dos próximos capítulos deste trabalho.

de competência-competência, cunhar um conceito abrangente e universalizado se afigura impossível, haja vista a multiplicidade de variáveis²⁸.

Se, de um lado, a maioria dos ordenamentos reconhece com certa tranquilidade o poder do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição (efeito positivo), de outro lado esses mesmos ordenamentos regulam de forma distinta como deve ocorrer – e se é que deve ocorrer – a retirada do poder das cortes estatais para decidir sobre a jurisdição do árbitro (efeito negativo).

Os modelos existentes no direito comparado identificam-se (i) pelo estabelecimento de uma regra de *prioridade absoluta* (incondicionada) em favor do árbitro, de maneira que a análise judicial ficaria limitada ao controle eventualmente realizado após a prolação da sentença arbitral; (ii) pelo estabelecimento de uma regra de *prioridade relativa* (condicionada) em favor do árbitro, autorizando-se a possibilidade de algum tipo de controle pelo Poder Judiciário antes da prolação da sentença arbitral; ou (iii) pelo não estabelecimento de qualquer tipo de prioridade em favor do árbitro, de modo que o controle judicial de sua jurisdição pode ocorrer de *forma concorrente* com o Poder Judiciário.

Essas variações, como se vê, atinam em sua maioria à diferença de tratamento conferida ao efeito negativo da competência-competência em cada ordenamento. Justamente por existir esse tratamento diferenciado é que não se pode estabelecer um conceito universalizável.

Por outro lado, isso não prejudica a identificação de um núcleo central mínimo, cuja análise se mostra útil para fins de conceituação. Esse núcleo, vale destacar, foi bem identificado por Craig, Park e Paulsson, ao afirmarem que “em sua formulação mais simples, competência-competência significa nada mais do que os árbitros poderem analisar sua própria jurisdição, sem aguardar que o Poder Judiciário o faça”²⁹.

Como se percebe, a definição dos autores é centrada no efeito positivo da competência-competência, aceito em maior escala do que o efeito negativo, e descreve característica essencial que está presente tanto nas ordens jurídicas que reconhecem o efeito negativo como naquelas que não o fazem, qual seja a ideia de que o árbitro autonomamente possui poder para

²⁸ A propósito, Sandra Synková bem pontua que “The particular purpose and scope of the principle of Competence-Competence is nonetheless dependent on the definition of the principle one embraces. The principle, although, as noted above, virtually universally accepted, is nor perceived uniformly throughout the world” (SYNKOVÁ, Sandra. **Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 72).

²⁹ CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.; PAULSSON Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**. 3 ed. Paris: Oceana Publications Inc., 2000, p. 512, tradução nossa.

decidir sobre sua própria jurisdição (seja de forma concorrente ou prioritária), sem precisar esperar a definição de uma corte estatal a esse respeito.

Destarte, em linha com essa conceituação e à luz das considerações acima, é possível estabelecer, em termos gerais, que a competência-competência é uma regra instituída por lei que atribui ao árbitro poder para decidir a respeito de sua própria jurisdição, o qual pode ser exercido de forma concorrente ou em caráter de prioridade, seja condicionada ou incondicionada, em relação ao Poder Judiciário, a depender do modelo que seja adotado por cada ordem jurídica.

2.2 *KOMPETENZ-KOMPETENZ* E QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

O termo “*Kompetenz-Kompetenz*” é originário do direito estatal alemão, tendo sido inicialmente utilizado para expressar a noção de soberania no âmbito da teorização do Estado e, após, transposto para o campo de estudo da jurisdição dos tribunais alemães³⁰.

No âmbito da arbitragem, também no direito alemão, o termo era originalmente utilizado para se referir a uma estipulação contratual entre as partes (denominada “*Kompetenz-Kompetenz Klausel*” ou “Cláusula Competência-Competência”³¹) no sentido de que o tribunal arbitral teria o poder de decidir sobre sua própria jurisdição em caráter exclusivo e definitivo, afastando-se por completo a jurisdição estatal para tanto, inclusive a título de controle³².

Embora referida estipulação tenha sido inicialmente validada pelas Cortes Alemãs, notadamente antes da adoção pelo país da Lei Modelo da UNCITRAL³³, a doutrina dá conta de

³⁰ António Menezes Cordeiro faz extensa análise sobre as origens históricas do termo *Kompetenz-Kompetenz* no âmbito do direito estatal alemão, remontando, inicialmente, ao Século XVII, época em que, quando aflorava a teorização do Estado, o vocábulo foi utilizado para expressar a soberania estatal (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 191-192).

³¹ Em tradução livre.

³² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 16.

³³ Nesse sentido: “Antes da adoção pela Alemanha da Lei Modelo da UNCITRAL em 1998, decisões judiciais reconheciam que a um tribunal arbitral poderia ser conferido o poder de decidir sobre sua própria jurisdição por meio de uma cláusula específica, aceita por ambas as partes, a qual implicitamente dispensava revisão judicial subsequente. Em uma decisão paradigmática, a corte alemã mais alta, o Bundesgerichtshof, decidira que as partes de um contrato comercial poderiam submeter a questão da autoridade arbitral a uma arbitral final e vinculante. O que a corte chamou de *Kompetenz-Kompetenz-Klausel*, ou “cláusula jurisdição sobre jurisdição”, foi considerado suficiente para isolar a decisão do árbitro sobre o assunto de escrutínio judicial” (PARK, William W. *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration 2006: Back to Basics?** Haia: Kluwer Law International, 2007, p. 58-90. (ICCA Congress Series), tradução nossa, grifos no original).

que, atualmente, não tem mais sido aceito naquele país o afastamento, pela via contratual, da revisão judicial de questões afetas à jurisdição do árbitro³⁴.

Além disso, e independentemente dos contornos que a expressão receba ou tenha recebido naquele país, o fato é que a formulação do termo *Kompetenz-Kompetenz* tal como originalmente concebido tampouco reflete fielmente o sentido atribuído à regra da competência-competência no âmbito da arbitragem globalmente considerada³⁵, como bem asseveram Fouchard, Gaillard e Goldman³⁶.

Soma-se a isso o fato de que o direito alemão dá preferência à possibilidade de uma determinação precoce das cortes judiciais sobre as questões jurisdicionais da arbitragem, com o objetivo de atingir tão antes quanto possível uma determinação final sobre a falta de competência do árbitro³⁷, como se verá com mais vagar no item 3.3.3 abaixo.

Por todas essas razões, em nosso entender, é no mínimo duvidoso o acerto na utilização universalizada da expressão em sua formulação germânica original. Não por outro motivo, embora a formulação *Kompetenz-Kompetenz* ainda seja correntemente utilizada em diversas literaturas³⁸, isso tem ensejado críticas por boa parte da doutrina³⁹, dentre as quais se destaca a

³⁴ Nesse sentido: “Atualmente, a posição prevalecente na Alemanha (tanto doutrinária como judicial) parece entender que essas cláusulas *Kompetenz-Kompetenz* são inválidas. A jurisprudência alemã decidiu que as partes não podem restringir os juízes de examinar a jurisdição arbitral no contexto de objeções a decisões, sejam provisórias ou finais” (PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 58-90, tradução nossa, grifos no original).

³⁵ LANDOLT, Phillip. The Inconvenience of Principle: Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 30, n. 5, 2013, p. 512. Bimestral.

³⁶ Nesse sentido: “This situation is paradoxical in that German legal terminology lends a meaning to the expression which differs substantially from that which the expression is intended to convey when used in international arbitration. If one were to follow the traditional meaning of the expression in Germany, “*Kompetenz-Kompetenz*” would imply that the arbitrators are empowered to make a final ruling as to their jurisdiction, with no subsequent review of the decision by any court. Understood in such a way, the concept is rejected in Germany, just as it is elsewhere. From a substantive viewpoint, the paradox is all the more marked for the fact that in Germany the question of whether the courts should refuse to examine the jurisdiction of an arbitral tribunal until such time as the arbitrators have been able to rule on the issue themselves (the negative effect of the “competence-competence” principle), has never been accepted, neither before, nor after the December 22, 1997 reform. It therefore seems preferable to avoid the confusing German expression “*Kompetenz-Kompetenz*” in favor of “competence-competence”, which is more in keeping with the origin of a principle which had been applied by the French courts as early as 1949” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 395-396).

³⁷ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 228.

³⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 191.

³⁹ Como dá conta Eleonora Coelho (COELHO, Eleonora. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 327). No mesmo sentido: GAILLARD, Emmanuel. O Efeito Negativo da Competência-

enfática ponderação de Jean-François Poudret e Sébastien Besson, no sentido de que “a expressão ambígua *Kompetenz-Kompetenz* deveria ser banida” na medida em que este sequer seria o termo correto em idioma alemão, sendo mais apropriado falar-se em “*Kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht*”⁴⁰.

Dessa forma, preferimos a utilização nacionalizada do termo, de modo que o presente trabalho, assim como muitos outros de origem lusófona, adota a expressão “competência-competência”, o que também se mostra em linha com diversos autores de outros países, os quais também adaptaram o termo aos respectivos vernáculos, denominando-o “compétence-compétence” em francês, “competence-competence” em inglês e “competencia de la competencia” em espanhol.

2.3 JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Ainda no campo das considerações terminológicas, embora agora com um viés que ultrapassa a análise do termo “competência-competência” em si, importa tecer algumas considerações sobre os conceitos de jurisdição e competência para, após, cotejá-los com o conceito de competência-competência.

O estudo do conceito de jurisdição, ao menos sob uma perspectiva do direito inspirado na tradição romano-germânica, perpassa pela análise das distintas noções propugnadas por Giuseppe Chiovenda⁴¹ e Francesco Carnelutti⁴², as quais, segundo Enrico Tullio Liebman, apesar de terem constituído “o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas” atualmente podem ser consideradas complementares⁴³.

Competência. Tradução de Cláudio de Melo Valença Filho e Gisella Mation. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. VI, n. 24, p. 220-221, 2009. Trimestral.

⁴⁰ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 112-148.

⁴¹ Enrico Tullio Liebman ensina que o conceito de jurisdição proposto por Chiovenda consiste na “atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática”. Contempla, pois, a relação entre lei e jurisdição, trazendo a ideia de substituição da vontade das partes. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-23).

⁴² Já a visão Carneluttiana de jurisdição, como pontua Enrico Tullio Liebman, associa-se mais à justa composição das lides, considerando-se “a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto de vista sociológico, a que a operação conduz” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, *Op. Cit.*, p. 23).

⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, *Op. Cit.*, p. 22-23.

Mesclando as ideias de seus antecessores, Liebman define jurisdição como “a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”⁴⁴.

Também partindo dos conceitos de Chiovenda e Carnelutti, temperados pelos ensinamentos de Galeno Lacerda, Athos Gusmão Carneiro dá à noção de jurisdição contornos semelhantes aos de Liebman, afirmando que se trata de “atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto”⁴⁵.

Ainda esmiuçando o conceito de jurisdição, em análise que contempla também o conceito de jurisdição arbitral, Cândido Rangel Dinamarco expõe a visão segundo a qual a jurisdição contempla, a um só tempo, um poder, uma função e uma atividade:

“À jurisdição costuma ser atribuída uma trílice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual – assim como a legislação é o poder estatal quando exercido para criar normas, e administração para governar. Como função, a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar as pessoas, eliminando litígios. A atividade jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento. Também a jurisdição arbitral apresenta-se como um poder, uma função e uma atividade, sendo que o poder do árbitro exaure-se no exercício da jurisdição em processos de conhecimento, jamais se projetando sobre a execução”⁴⁶.

Reitera-se, portanto, que a arbitragem também é jurisdição, como se teve a oportunidade de expor no capítulo 1 acima (inobstante seu marcante elemento contratual, o qual lhe confere uma natureza jurídica híbrida).

Se constitui, assim, em uma função, uma atividade e um poder, sendo que este último, diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal, se extingue com o término da fase de conhecimento, deixando de alcançar a fase de execução, como também se ventilou acima.

O conceito de jurisdição é ponto de partida para o estudo do conceito de competência, a qual, segundo a lição clássica de Enrico Tullio Liebman, amplamente reverberada pela

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, *Op. Cit.*, p. 23.

⁴⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 440.

doutrina brasileira⁴⁷, consiste na “*quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida da jurisdição*”⁴⁸.

A competência, pois, “determina em quais casos e em relação a quais controvérsias tem cada órgão, individualmente considerado, o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas”⁴⁹.

Trata-se, vale dizer, do estabelecimento de “critérios a fim de que as causas sejam adequadamente distribuídas aos juízes” levando-se em consideração não apenas “o superior interesse de uma melhor aplicação da Justiça, como também buscando na medida do razoável atender ao interesse particular, à comodidade das partes litigantes”⁵⁰.

À luz dos conceitos de jurisdição e competência, é possível perceber que o termo competência-competência tal como utilizado na arbitragem não reflete o sentido técnico-processual do termo “competência” acima analisado, na medida em que não se refere a uma “medida da jurisdição”.

E nem pudera, já que a jurisdição do árbitro não é exercida em conjunto com qualquer outro órgão. O árbitro, vale dizer, não divide, em regra, sua jurisdição, ao mesmo tempo, com o Poder Judiciário, de tal sorte que não se faz necessário promover uma delimitação de funções, isto é, não há que se determinar qual é a medida ou quantidade de jurisdição a ser exercida⁵¹.

⁴⁷ Vide, dentre outros: BATISTA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 6 ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, *Op. Cit.*, p. 596; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**, *Op. Cit.*, p. 97-98; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 246; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil**: teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305-306.

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, *Op. Cit.*, p. 81, grifos no original.

⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, *Op. Cit.*, p. 81.

⁵⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**, *Op. Cit.*, p. 97.

⁵¹ Nesse sentido: “É de se reconhecer, porém, que esta expressão [competência-competência] não está imune a críticas, pois o poder do tribunal arbitral de examinar a sua própria jurisdição não diz respeito à noção técnico-processual de *competência*. Competência, segundo a clássica lição de Enrico Tullio Liebman, é a medida da jurisdição, razão pela qual o uso deste termo só faz sentido quando se está diante de órgãos que, exercendo a mesma jurisdição, possuem atribuições diferentes em razão da matéria, do território, da pessoa ou do valor. Não é o caso do tribunal arbitral, pois os árbitros, apesar de exercerem jurisdição, não dividem suas funções com o Poder Judiciário de determinado país em razão destes critérios acima referidos. Em relação ao Poder Judiciário de determinado país, o tribunal arbitral exerce jurisdição assim como também exerce jurisdição um juiz estrangeiro. Todos exercem jurisdição, mas de forma autônoma e independente. Não faz sentido, desta forma, empregar o termo competência para se referir a este poder dos árbitros” (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 18).

Há relevantes discussões, e isso não se ignora até porque integra o objeto deste trabalho, acerca do *momento* em que o exercício da jurisdição sobre determinada disputa cabe ao árbitro ou ao Poder Judiciário, mas a questão, por certo, não é um problema de “competência” no sentido estritamente técnico acima aludido⁵².

Digno de nota também é o fato de que a jurisdição arbitral, embora reconhecida em abstrato pela lei, é criada em cada caso concreto por meio do acordo de vontades das partes (*i.e.*, a convenção de arbitragem), ao decidirem submeter determinada controvérsia ao juízo arbitral, subsistindo até o proferimento da sentença arbitral⁵³.

Diferentemente da jurisdição estatal, portanto, a arbitral não existe em caráter permanente, mas apenas no interregno entre a aceitação da nomeação pelo árbitro e o julgamento final da demanda. Nesse particular, como bem destaca Rafael Francisco Alves, *ninguém é árbitro*, como ocorre com o juiz togado, e sim *está árbitro*⁵⁴.

Nesse sentido, há de se ter em mente, ademais, que as partes, por meio da convenção de arbitragem, ao dotarem o árbitro de jurisdição no caso concreto para resolver determinada controvérsia, já especificam os limites dessa jurisdição, vale dizer, já estabelecem qual será a sua “medida”⁵⁵.

As próprias partes podem dispor, por exemplo, que o árbitro não terá jurisdição sobre disputas que envolvam determinadas matérias ou ainda que envolvam valores inferiores a determinado patamar pré-estabelecido, dentre outras limitações.

⁵² A propósito, colaciona-se a ponderação de Pedro Batista Martins: “Aqui, um parênteses: detém o arbitro competência para decidir sobre sua jurisdição e, não, como vulgarmente tratado, competência para dirimir sua *competência*. O rigor técnico assim impõe, pois a arbitragem afasta a jurisdição estatal e não a competência de um órgão do próprio Poder Judiciário. Trata-se de analisar qual das jurisdições – estatal e arbitral – está legitimada a apreciar e julgar a controvérsia” (MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 136).

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, *Op. Cit.*, p. 440.

⁵⁴ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 153.

⁵⁵ Nesse sentido: “O árbitro não retém jurisdição por sua condição de agente público, nem atua em representação da soberania estatal. O árbitro julga com poderes decorrentes de um negócio jurídico. Sua jurisdição e competência estão adstritas aos limites do contrato e da arbitrabilidade do litígio. O árbitro desenvolve uma atividade jurisdicional e, certamente, sua atuação é limitada e não pode ser exercida indiscriminadamente, mas a mesma norma (convenção privada) que lhe dá poderes para uma atuação jurisdicional limita, em grande medida, esses mesmos poderes. 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, grifos no original).

Fica evidente, assim, não haver precisa correlação entre, de um lado, os conceitos de jurisdição e competência, e, de outro, o conceito de competência-competência. Sumarizando todas as considerações acima esmiuçadas José Fernando Merino Merchán e José María Chillón Medina asseveram que:

“Cuando utilizamos las expresiones jurisdicción y competencia del árbitro (o poder del árbitro), lo hacemos dentro de un contexto restringido y especial. La competencia es, según la doctrina procesalista la atribución en concreto de un litigio a un órgano jurisdiccional permanente, de entre una pluralidad de ellos, en virtud de reglas procesales concurrentes, funcionales, objetivas y/o territoriales. El tribunal arbitral es, por el contrario, único y su poder surge en relación con un caso determinado y se agota tras el fallo. Si el arbitraje presupone la constitución de un tribunal para cada caso, la competencia exige una variedad de órganos y, lo que é más notorio, una organización judicial. Así pues, debe ser entendida la competencia arbitral como el poder de los árbitros para entrar a conocer y resolver el conflicto que las partes le residencian. Concebida de este modo la competencia se englobaría en este concepto tanto la noción de jurisdicción como la más específica de la competencia”⁵⁶.

Ao nosso ver, essa ausência de correspondência conceitual, além de ser natural, já que não se pode pretender transpor à arbitragem todo e qualquer conceito criado no âmbito do direito processual civil⁵⁷, não possui significativa relevância, tampouco implica em prejuízos efetivos à análise da competência-competência.

Note-se, nesse particular, que a doutrina de maneira geral não se preocupa em estabelecer uma distinção teórica entre jurisdição e competência para fins do estudo da competência-competência.

Com efeito, muitos autores ou (i) exprimem a ideia básica de competência-competência como “jurisdição para decidir sobre a própria jurisdição”⁵⁸ ou (ii) simplesmente empregam os

⁵⁶ MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral**, *Op. Cit.*, 2014, p. 579.

⁵⁷ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 60.

⁵⁸ Redfern e Hunter, por exemplo, falam em “power to rule on its own jurisdiction” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6^a Ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2015, p. 340). Lew, Mistelis e Kröll adotam terminologia quase idêntica, qual seja “the doctrine of competence-competence empowers the tribunal to decide on its own jurisdiction” (LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 102); Gary Born, por seu turno, seguindo a mesma linha, menciona que os tribunais arbitrais possuem “the power to consider and decide disputes concerning their own jurisdiction” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1046-1047). No âmbito do direito brasileiro, em igual sentido: MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 136.

termos “jurisdição” e “competência” de forma sinonímica⁵⁹, o que faz com que essa distinção técnica perca sua relevância no campo da arbitragem⁶⁰.

Por todas essas razões, os termos “competência” e “jurisdição”, no que atine à competência-competência, serão empregados indistintamente no curso deste estudo.

2.4 ESTRUTURA NORMATIVA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: PRINCÍPIO OU REGRA?

A maior parte da doutrina, nacional e estrangeira, como será possível verificar pelas citações trazidas ao longo deste trabalho, ao se referir à competência-competência, qualifica-a como princípio, isto é, fala-se comumente em “princípio da competência-competência”. A mesma terminologia parecer ser empregada pela jurisprudência, como também se verá.

Isso não nos parece, no entanto, uma escolha pensada e consciente. É dizer, não acreditamos que a escolha pela qualificação “princípio” tenha sido fruto de uma preocupação prévia com a análise da estrutura normativa da competência-competência.

Ao contrário disso, o tema parece simplesmente não ser analisado sob essa ótica, vale dizer, a doutrina não promove, em geral, nenhum rigorismo técnico no sentido de analisar a estrutura normativa da competência-competência para, após, decidir que se trata de um princípio e não de uma regra (até porque, se isso houvesse sido feito, ter-se-ia provavelmente chegado a uma denominação distinta, qualificando-a como regra, como se verá mais adiante)⁶¹.

A escolha do termo “princípio” nos parece decorrer, tal como ocorre muitas vezes, de uma escolha de palavras menos baseada numa análise técnica sobre a estrutura normativa da competência-competência e mais na ideia de que a competência-competência é um elemento basilar da arbitragem, essencial à garantia de sua autonomia, constituindo, portanto, uma de

⁵⁹ Como nos parece ser o caso de Carlos Alberto Carmona, que fala simplesmente em “competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 175) e Rafael Francisco Alves que deliberadamente opta “por tomar os termos jurisdição e competência como indistintos exclusivamente para o fim de tratar do princípio da competência-competência” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 59-60).

⁶⁰ Como bem pontua João Luiz Lessa Neto (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 97).

⁶¹ A propósito, André Luís Quintas Monteiro bem pondera que “a doutrina estrangeira que se dedica ao estudo da arbitragem não tem concentrado esforços em desvendar se o *princípio da competência-competência* é, de fato, um princípio ou, na verdade, uma regra. Usa-se, simplesmente, o termo *principle* ou nem se usa qualquer substantivo predecessor”. O autor dá conta, ainda, de que na doutrina brasileira, o tema parece ter sido abordado de forma pioneira por João Luiz Lessa Neto, o qual, vale dizer também constata, como se verá adiante, que a competência-competência assume estrutura de regra e não de princípio (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 20, grifos no original).

suas pedras fundamentais, vale dizer, sua base, seu ponto de partida, seu “princípio” no sentido literal da palavra⁶².

Ocorre que uma análise mais detida acerca do tema – para o que se faz necessário buscar conhecimento em outras áreas do direito, notadamente na Teoria Geral do Direito e no Direito Constitucional – aponta para o sentido contrário, ou seja, evidencia que a competência-competência possui estrutura normativa de regra e não de princípio.

Embora não seja o objetivo deste trabalho discorrer com detença sobre a diferença entre princípios e regras, faz-se necessário tecer algumas considerações a esse respeito.

2.4.1 A ESTRUTURA DAS NORMAS E AS DIFERENÇAS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A diferenciação entre regras e princípios, duas espécies do gênero norma, é tema que ganhou a atenção de relevantes autores, os quais se baseiam em uma multiplicidade de critérios para formarem seus pensamentos e propostas de sistematização do objeto de estudo.

Grosso modo⁶³, há dois principais critérios de diferenciação: o *gradativo* e o *estrutural* ou *qualitativo*. No que toca ao primeiro critério, o fator de *discrímen* entre regras e princípios

⁶² Essa também parece ser opinião de João Luiz Lessa Neto (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 128-129).

⁶³ Diz-se “grosso modo”, pois, a rigor, há uma diversidade de outros critérios, como dá conta Robert Alexy, tais como a “determinabilidade dos casos de aplicação”, a “forma de seu surgimento” e o “caráter explícito de seu caráter axiológico”, dentre outros. No entanto, o próprio autor dá a entender que essa multiplicidade de critérios de alguma maneira se enquadra nos critérios gradativo e qualitativo ora expostos (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86-90. Tradução de Virgílio Afonso da Silva), o que é confirmado por Virgílio Afonso da Silva (DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-45). Além disso, há de se fazer menção à relevante linha de pensamento de Humberto Ávila, crítico da Teoria dos Princípios tal como formulada por Robert Alexy, e autor de sua própria teoria. Sem qualquer pretensão de esmiuçar o riquíssimo embate teórico travado pelos autores, pincela-se aqui dois dos principais pontos de divergência, quais sejam (i) a ideia de Ávila de que a diferenciação entre regras e princípios deve se dar com base em uma multiplicidade de critérios, e não apenas em um critério de estrutura como se verá mais adiante, sendo eles a natureza do comportamento prescrito, a natureza da justificação exigida, e a medida de contribuição para a decisão; e (ii) a proposição de que seria necessário superar o modelo dual de separação das normas entre regras e princípios, havendo de se migrar para um modelo tripartite no qual se reconheçam também os postulados normativos, entendidos como “instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 94-101). Para os fins dos tópicos ora desenvolvidos, ater-nos-emos aos dois critérios de diferenciação de regras e princípios acima aludidos (*i.e.*, critério de grau e critério de estrutura ou qualidade), analisando se a competência-competência se qualifica como regra ou princípio à luz do pensamento de Robert Alexy, Ronald Dworkin e, na doutrina brasileira, Virgílio Afonso da Silva. Sem prejuízo, com vistas a prestigiar a judiciosa obra de Humberto Ávila, bem como a título de registro, colacionamos abaixo os conceitos de regra e princípio cunhados pelo autor à luz dos critérios de diferenciação por ele propostos. Para o autor, “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” ao passo que “os princípios são normas

é o grau. Os adeptos dessa classificação se dividem entre aqueles que enxergam uma diferença com relação ao *grau de importância* e os que propugnam uma diferenciação com base no *grau de generalidade e abstração* entre princípios e regras.

O critério de *grau de importância*, defendido por autores como José Afonso da Silva e Celso Antônio Bandeira de Mello, consubstancia ideia de certa forma arraigada no vocabulário jurídico brasileiro⁶⁴, no sentido de que um princípio seria um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”⁶⁵. Nessa linha de pensamento, as regras seriam normas que se prestam a concretizar os princípios, de modo que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”⁶⁶.

O critério de *grau de generalidade e abstração*, por seu turno, defendido por Luiz Roberto Barroso⁶⁷ dentre outros⁶⁸, funda-se na ideia de que os princípios seriam mais abstratos e mais gerais do que as regras⁶⁹ ou, nas palavras de Robert Alexy ao descrever essa forma de classificação, que “os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das normas é relativamente baixo”⁷⁰.

imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação ente o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, *Op. Cit.*, p. 102). A adoção dos critérios de diferenciação propugnados por Ávila, como bem assevera João Luiz Lessa Neto, também leva à mesma conclusão de que “as regras definem imediatamente a solução dos casos quando forem a esses aplicáveis” já que “possuem um determinante direto”, o que basta para que, sob qualquer perspectiva, matiz teórica ou marco epistemológico adotado se atinja a mesma conclusão no sentido de que a competência-competência é uma norma do tipo regra e não do tipo princípio (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 133-134).

⁶⁴ Como bem pontua Virgílio Afonso da Silva (DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 45).

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 974-975.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, *Op. Cit.*, p. 974-975.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44.

⁶⁸ Robert Alexy aponta para uma série de adeptos dessa diferenciação, tais como Joseph Raz, George C. Christie, Graham Hughes e August Simonius, chegando inclusive a dizer que se trata do critério “utilizado com mais frequência” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 86-90).

⁶⁹ DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 44.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 86-90.

Há aqueles, contudo, que não enxergam uma diferença de grau e sim uma *diferença de qualidade*⁷¹ ou de *estrutura*⁷² dos direitos que são garantidos por princípios e regras, como é o caso de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Virgílio Afonso da Silva.

Para esses autores, com os quais concordamos, as regras garantem direitos e impõe deveres *definitivos*, ao passo os que os princípios garantem direitos e impõem deveres *prima facie*⁷³.

Não se trata, pois, de os princípios serem mais importantes do que as regras, ou, ainda, de serem mais gerais e abstratos do que estas. Trata-se de possuírem uma estrutura normativa distinta, o que fica claro, em nosso sentir, quando se analisa a questão com mais detença.

Os princípios, como ensina Alexy, são *mandamentos de otimização*⁷⁴, isto é, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁷⁵. As regras, por seu turno, são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁷⁶.

Por conseguinte, os princípios “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” ao passo que as regras são aplicadas em uma medida de tudo ou nada⁷⁷, ou seja “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”⁷⁸.

Os fatores de distinção acima apontados, dentro de uma diferenciação baseada no critério estrutural ora encampado, fazem com que os conflitos normativos sejam resolvidos de forma distinta quando ocorrem entre regras ou quando ocorrem entre princípios.

⁷¹ Para utilizar a expressão da qual se vale Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 86-90).

⁷² Para utilizar a expressão da qual se vale Virgílio Afonso da Silva (DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 45).

⁷³ DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 45.

⁷⁴ Termo esse cunhado por Alexy, que marca sua principal distinção com relação ao pensamento de Dworkin, como destaca o próprio Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, nota de rodapé n. 27, p. 90), na medida em que Dworkin, embora exprima ideia semelhante em sentido macro, enxerga os princípios não como um mandamento de otimização e sim como um enunciado de razão que conduz o julgador em uma certa direção, sem apresentar uma consequência jurídica que se segue caso preenchidas determinadas condições fáticas e jurídicas (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 22).

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 90.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 91.

⁷⁷ Para utilizar a expressão de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, *Op. Cit.*, p. 25).

⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 91.

Os conflitos entre regras, como já se adiantou acima pela utilização da expressão “tudo ou nada”, são resolvidos em um raciocínio de subsunção. Ou seja, verificado o suporte fático, aplica-se a regra. Havendo a possibilidade de aplicação de mais de uma regra (*i.e.*, um conflito entre regras), só se poderá resolvê-lo “se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”⁷⁹.

O exemplo trazido por Alexy para ilustrar como deve se dar a solução de um conflito entre regras por meio da introdução de uma cláusula de exclusão, apesar de singelo, é bastante esclarecedor.

O autor propõe uma situação em que haja, ao mesmo tempo, uma proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de sair da sala de aula em caso de incêndio. Se o sinal ainda não tiver tocado, mas o alarme de incêndio houver soado, haverá dois “juízos de dever-ser contraditórios entre si”⁸⁰.

Esse conflito de normas, defende Alexy, somente pode ser solucionado por uma das duas formas acima apontadas: ou é incluída uma cláusula de exceção à primeira regra, caso em que passaria a ser formulada como “não se pode sair da sala de aula antes que o sinal toque, salvo se o alarme de incêndio soar” ou se declara inválida uma das duas normas.

Essa proposição está intimamente atrelada à estrutura da regra enquanto espécie normativa, tal como proposta por Alexy, na medida em que a regra ou se aplica ou não se aplica (diferentemente do princípio que, como se viu e será esmiuçado abaixo, na qualidade de mandamento de otimização que é, deve ser aplicado na maior medida possível).

Nesse contexto, não havendo ou não sendo possível incluir uma cláusula de exceção, a única forma será declarar uma das regras inválida, o que pode ser solucionado por meio de regras de interpretação, tais como *lex posterior derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generali*.

Tem-se, portanto, que quando há uma colisão entre princípios, a forma de solução é totalmente diversa daquela pela qual se resolvem os conflitos entre regras.

Nesse caso, como pontua Alexy, “um dos princípios terá que ceder”⁸¹, o que não significa ser invalidado ou afastado, como no caso das regras, e sim dar precedência ao outro

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 92.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 92.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 92.

princípio que, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, enquanto mandamento de otimização, deverá ser aplicado na maior medida possível.

Isso porque, nos casos concretos, os princípios têm pesos distintos, de maneira que, à luz de cada caso, um terá precedência sobre o outro, sem que, contudo, seja necessário instituir uma cláusula de exceção ou declarar um dos princípios inválido.

O mecanismo para que se realize esse sopesamento entre os princípios, como propõe Alexy, é a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, quais sejam a adequação da medida, a necessidade (ou seja, a adoção do mandamento menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito)⁸².

Não convém, para os fins deste trabalho, expandir o estudo da máxima da proporcionalidade, tampouco tratar das colisões entre princípios e regras (tema que inclusive é objeto de críticas sobre a teoria de Alexy) na medida em que, como já se adiantou, para os fins da análise presente, baseada na escolha de um critério estrutural, o que importa é a conclusão, abaixo reforçada, de que a competência-competência assume a estrutura normativa de regra.

2.4.2 A COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA COMO NORMA DO TIPO REGRA

Como se viu, o principal fator de diferenciação entre princípios e regras é o fato de que a natureza dos direitos garantidos (ou deveres impostos) por um e pela outra são distintos.

Uma regra garante direitos (ou impõe deveres) em caráter definitivo, os quais deverão ser realizados totalmente, desde que a regra seja aplicável ao caso concreto. É por isso que as regras se aplicam em uma medida de subsunção e, havendo conflito, este se resolve ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção, ou no campo da validade, afastando-se necessariamente, no todo ou em parte, uma das normas em conflito.

Por outro lado, um direito garantido (ou um dever imposto) por um princípio o é apenas *prima facie*, não podendo ser realizado na totalidade do que a norma exige, mas apenas de forma parcial, à luz das circunstâncias fáticas e, sobretudo, das circunstâncias jurídicas do caso concreto, sendo que as últimas são materializadas sobretudo nos demais princípios e regras que podem entrar em colisão.

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, *Op. Cit.*, p. 92.

É justamente por isso que os princípios se aplicam em uma medida de ponderação ou sopesamento (por meio da máxima da proporcionalidade) e não em um juízo subsuntivo, tal como ocorre com as regras, não havendo que se falar em invalidação de princípios.

Nesse contexto, nos parece bastante claro que a competência-competência possui estrutura normativa de regra. Trata-se de uma norma que garante direitos e impõe deveres definitivos, os quais deverão ser realizados totalmente, uma vez que se verifique o suporte fático.

É dizer, em se tratando de uma norma que determina em que momento caberá ao árbitro ou ao Poder Judiciário exercer sua jurisdição sobre determinada disputa, bem como quais questões poderão ser sujeitas à análise de cada um (ou seja, em se tratando de uma “norma atributiva de competência”⁸³), a verificação de sua incidência deve se dar com base em um raciocínio subsuntivo, jamais em medida de sopesamento ou ponderação⁸⁴.

A corroborar essa assertiva, além dos posicionamentos de João Luiz Lessa Neto⁸⁵ e André Luis Quintas Monteiro⁸⁶, destaca-se a terminologia utilizada por José Fernando Merino Merchán e José María Chillón Medina, que apesar de não se ocuparem da distinção teórica entre princípios e regras, falam em “regla de la competencia sobre la competencia arbitral”⁸⁷, bem como o pensamento de Rafael Francisco Alves, que, apesar de não debater expressamente a estrutura normativa da competência-competência, confere-lhe claramente um tratamento típico de regra ao tratar de seu âmbito de incidência, na medida em que se põe a perquirir sobre os elementos componentes de suporte fático do artigo 8 da Lei nº. 9307/1996⁸⁸ para decidir quando deve ser aplicada.

⁸³ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 134.

⁸⁴ Nesse sentido: “A regra da competência-competência aplica-se subsuntivamente. Não há ponderação a ser feita. Os valores já foram considerados pelo legislador, que delineou uma repartição (eminentemente temporal ou cronológica, não hierárquica) de competências para decidir sobre a competência do árbitro”. E além: “Do ponto de vista aplicativo e argumentativo, ela é uma típica regra. O aplicador não precisa sopesar ou ponderar valores. Preenchido o suporte fático, presentes as situações legais que atraem sua incidência, deve ser aplicada a regra da competência-competência, em um raciocínio tipicamente subsuntivo” (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 134).

⁸⁵ Expostos nas notas de rodapé acima.

⁸⁶ Que afirma que “Diante da análise feita, conclui-se que o princípio da competência-competência é, em verdade, uma norma do tipo regra e não uma norma do tipo princípio. Rigorosamente, portanto, o que há é a regra da competência-competência” (MONTEIRO, André Luis Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 21).

⁸⁷ MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral**, *Op. cit.*, p. 595.

⁸⁸ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 147-150.

Assim, para os fins deste trabalho, considera-se que a competência-competência é uma norma do tipo regra e não uma norma do tipo princípio.

2.5 A LEI COMO FONTE DO PODER DO ÁRBITRO PARA DECIDIR QUESTÕES AFETAS À SUA PRÓPRIA JURISDIÇÃO

Há uma diversidade de posições doutrinárias acerca da fonte do poder do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição.

A posição minoritária entende que esse poder decorreria diretamente da autonomia das partes (*pacta sunt servanda*) refletida na convenção da arbitragem. Alguns defensores desta posição, é importante destacar, tendem a adotar uma visão refratária à competência-competência ou, ao menos, ao seu efeito negativo. A posição dominante defende que esse poder decorre da lei, havendo, contudo, divergência sobre qual seria a lei da qual derivariam os poderes do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição.

Além dessas duas posições, é de se destacar que parte dos autores que se filiam à corrente majoritária também parece defender que, mesmo na ausência de positivação, haveria um poder inerente à condição de árbitro que o permitiria decidir sobre sua própria competência.

Para os fins deste tópico, cuidaremos abaixo, em um primeiro momento, de afastar a visão segundo a qual a fonte da competência-competência seria a própria convenção de arbitragem para, após, tratar das demais posições esposadas pela doutrina.

Aqueles que defendem que a fonte do poder dos árbitros para decidir questões relacionadas à sua jurisdição seria a convenção de arbitragem fundamentam sua posição no princípio do *pacta sunt servanda*, defendendo que, se as partes optaram pela arbitragem, naturalmente quiseram conferir ao árbitro poderes para decidir sobre sua própria jurisdição⁸⁹.

⁸⁹ Além disso, um dos argumentos utilizados para defender a autonomia privada enquanto fundamento da competência-competência, ainda que esta última já seja de certa forma ubíqua nas legislações ao redor do globo, é o fato de que se garantiria a permanência da competência-competência no ordenamento mesmo diante de alterações legislativas. É o que reconhece Phillip Landolt, embora não pareça defender essa posição: “The advantage of rooting Kompetenz-Kompetenz and separability in a self-generating principle, such as party will, even where statute provision for them is ubiquitous, is that it preserves their salutary, pro-arbitration effects independently of state will to interfere in arbitration. (...). Since the content of statute is much more freely altered than the content of principle, over time, general arbitration principles risk being lost. Leaving separability as a recognizable unity within statute assists the argument that separability is a general principle of arbitration. Its cross-statute commonality is thus preserved, and its remains on the surface of statute, visible to legal commentators formulating *opinio juris*. Furthermore, if principle merges into statute to too great a degree, then principle will not survive any repeal of the statute. Where Kompetenz-Kompetenz and separability are left intact under statute, this

O grande problema de adotar essa posição decorre do fato de que ela deixa a descoberto justamente as hipóteses mais problemáticas de questionamento à jurisdição do árbitro, quais sejam aquelas em que há arguição de vícios direcionados ao plano de existência da convenção de arbitragem.

Com efeito, alguns autores que sustentam essa tese, quando discorrem sobre casos de inexistência da convenção de arbitragem, levantam um suposto paradoxo⁹⁰, por meio do seguinte questionamento: em sendo a convenção de arbitragem inexistente, de onde proviria o poder do árbitro para determinar sua própria jurisdição, se este poder sequer lhe teria sido conferido originalmente?⁹¹

Em resposta a esse questionamento, a doutrina afirma com firmeza se tratar de um paradoxo apenas aparente, na medida em que o poder do árbitro para analisar sua competência não decorre da autonomia das partes ou da convenção de arbitragem em si, mas da lei.

Há relevantes entendimentos nesse sentido. Redfern e Hunter, por exemplo, defendem que esse poder decorre das leis processuais aplicáveis⁹². Fouchard, Gaillard e Goldman corroboram esse entendimento, ao afirmarem expressamente que a base do princípio da competência-competência não é a convenção de arbitragem ou o princípio do *pacta sunt servanda* e sim a lei⁹³. No mesmo sentido, embora com nuance um pouco distinta, Lew, Mistelis e Kröll afirmam que a regra da competência-competência se trata de uma ‘ficção jurídica’ que

is a measure of guarantee that this hard fought for arbitral acquis will not simply follow the whim of the legislator” (LANDOLT, Phillip. **The Inconvenience of Principle**, *Op. Cit.*, p. 526-527).

⁹⁰ Ao tratarem do tema, Fouchard, Gaillard e Goldman deixam claro que esse argumento cria um “círculo vicioso”, sendo comumente utilizado por “autores contrários ao princípio da competência-competência” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 400).

⁹¹ Esse suposto paradoxo é mencionado por autores como José de Albuquerque Rocha (ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de arbitragem (uma avaliação crítica)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34 *apud* ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 147). Outros autores também o mencionam, porém com o objetivo de criticá-lo e, logo após, justificarem sua insubsistência. Nesse sentido, ver: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 399; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1074; LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 333-332; SYNKOVÁ, Sandra. **Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 64; GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**, *Op. Cit.*, p. 219; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem em juízo**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 42.

⁹² REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 342.

⁹³ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 399-400.

confere ao árbitro o poder de decidir sobre sua própria jurisdição⁹⁴. Por fim, também seguindo a mesma linha, Gary Born defende que a fonte do poder dos árbitros para analisar sua própria jurisdição decorre da força positiva da lei, nacional e internacional, as quais conferem poderes nesse sentido a um tribunal arbitral putativamente competente⁹⁵.

O entendimento de diversos outros autores, inclusive no âmbito da doutrina brasileira, também parece caminhar no mesmo sentido⁹⁶.

Além disso, outro argumento que pode ser utilizado para defender que a fonte da competência-competência não pode ser, ao menos exclusivamente, a autonomia privada, é o fato de que, justamente em virtude do aparente paradoxo acima suscitado, limitar o fundamento da competência-competência à autonomia privada seria logicamente insuficiente (já que impediria necessariamente o árbitro de decidir sobre sua competência em casos de inexistência do contrato), sendo, portanto, imprescindível a existência de previsão legal nesse sentido⁹⁷.

⁹⁴ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 333. Vale mencionar que os autores são acompanhados por Stavros Brekoulakis (BREKOULAKIS, Stavros. *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to Be Negative*. In: **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 22/2009**. Londres: Queen Mary, University of London, 2009, p. 13), porém contestados por Gary Born, que discorda do argumento de que se trata de uma ficção jurídica, afirmando que “the competence-competence doctrine is in no way a legal fiction, but rather a basic element of any adjudicatory body’s competence, which inherently includes the competence to consider and decide jurisdictional objections. That is not a fiction but a fundamentally important attribute of an adjudicatory tribunal, conferred and given legally-binding effect by both international and national law” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1072).

⁹⁵ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1075.

⁹⁶ Na doutrina estrangeira, ver: SYNKOVÁ, Sandra. **Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 61-66. LANDOLT, Phillip. **The Inconvenience of Principle**, *Op. Cit.*, p. 513; CAMELO, Antônio Sampaio. **Direito da arbitragem: ensaios**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 46. Na doutrina brasileira, ver: MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 137; CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, 92; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 147; COELHO, Eleonora. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 331-332; LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 98; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem em juízo**, *Op. Cit.*, p. 42; GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado). Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 60-61.

⁹⁷ Nesse sentido: “Originally, it was commonly supposed that Kompetenz-Kompetenz rests upon the will of the parties. Today, Kompetenz-Kompetenz is generally conceived of as necessarily resting upon state will, i.e., a statute in the ordinary case: (...). This modern view is not just motivated by empirical observation that an arbitral tribunal's view of Kompetenz-Kompetenz can only receive practical effect insofar as an enforcing court recognizes such view, and enforces it. It is equally motivated by the inadequacy of party will as the purported basis of Kompetenz-Kompetenz. As seen above, arbitral Kompetenz-Kompetenz must be broad if it is to be of any use, and basing it on the will of the parties makes it logically insufficient to encompass Kompetenz-Kompetenz determinations on the operability of such will and to give desirable effect to arbitral decisions denying jurisdiction due to the inoperability of party will.” (LANDOLT, Phillip. **The Inconvenience of Principle**, *Op. Cit.*, p. 514. Na mesma linha: “it is preferable to acknowledge generally an external source for the principle of competence-competence, at least where there is no valid arbitration agreement” (KRÖLL, Stefan. *Party Autonomy in relation*

Segundo esse raciocínio, a autonomia privada como um fundamento para a competência-competência poderia, quando muito, ser considerada um fundamento acessório ou uma “fonte meramente secundária”⁹⁸, uma vez que “a fonte primária do princípio da competência-competência é a lei”⁹⁹.

Como já se antecipou, e também será esmiuçado mais adiante, existem diversos modelos de competência-competência, sendo que cada um deles confere poderes mais ou menos amplos ao árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição.

A adoção de um ou outro modelo implica, portanto, uma escolha política de cada ordenamento jurídico no que diz respeito à arbitragem, na medida em que caberá ao legislador, ponderando os já aludidos valores de eficácia e legitimidade do procedimento arbitral, adotar o equilíbrio que entender mais adequado.

Em assim sendo, tem-se que um árbitro só pode decidir sobre sua própria jurisdição quando a lei o autorizar a fazê-lo, havendo duas contundentes provas a esse respeito, quais sejam os fatos de que: (i) como se viu, cada ordenamento permite um nível distinto de interferência do Poder Judiciário na definição da competência do árbitro; e (ii) há ordenamentos, embora em número reduzido, que simplesmente não reconhecem a regra da competência-competência¹⁰⁰, de maneira que, fosse sua fonte a própria convenção de arbitragem, seria possível, em última análise, conferir ao árbitro poderes que determinado ordenamento tenha expressamente optado por não conferir, o que não se afiguraria razoável.

Nos parece claro, portanto, que o poder dos árbitros para decidir sobre sua própria jurisdição decorre da lei e não apenas da convenção de arbitragem (a qual pode, sem maiores problemas, ser tida como uma fonte apenas secundária), restando discutir, portanto, qual lei serviria de fonte desse poder. Trataremos do assunto mais adiante, uma vez que, antes de fazê-lo, é importante aprofundar a discussão sobre as demais fontes ventiladas pela doutrina.

to Competence-Competence. In: FERRARI, Franco. **Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration**. Huntington: JurisNet, 2016, p. 175).

⁹⁸ Na medida em que “a convenção de arbitragem apenas concretiza, no caso específico, o poder abstratamente conferido por lei ao tribunal arbitral para examinar a sua própria jurisdição” (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 77).

⁹⁹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 77).

¹⁰⁰ Vide nota de rodapé 24 acima.

Parte dos autores que, conforme acima exposto, entendem que o poder dos árbitros para decidir sobre sua própria jurisdição advém da lei, também fazem referência a uma outra fonte desse mesmo poder. Alguns autores falam em um poder inerente ao árbitro (ou uma presunção de que as partes quiseram submeter a questão à sua análise), outros em costume e outros até em bom senso e princípios gerais do direito judiciário.

Redfern e Hunter, por exemplo, afirmam se tratar de um poder inerente ao árbitro e que se afigura essencial para que este possa exercer sua função de forma adequada¹⁰¹. Emmanuel Gaillard, em artigo próprio, também menciona um poder inerente do árbitro no sentido de determinar sua própria jurisdição¹⁰². Nesse mesmo viés de inerência, Lew, Mistelis e Kröll entendem que o árbitro “tradicionalmente assumiu” o papel de decidir sobre sua própria jurisdição, de maneira que isso ocorreria ainda que a legislação da sede da arbitragem assim não previsse¹⁰³. Poudret e Besson mencionam, ainda, a ideia de uma presunção de que as partes também quiseram submeter a questão preliminar da análise da jurisdição ao próprio árbitro¹⁰⁴. Bertrand Ancel, por seu turno, chega a afirmar que a fonte da competência-competência do árbitro seria o próprio “bom senso” ou mesmo uma decorrência dos “princípios gerais do direito judiciário”¹⁰⁵.

Apesar de nobres, os fundamentos não nos parecem ideais, ao menos não como fundamentos primários. Nesse sentido, concordamos com a crítica feita por Sandra Synková ao argumento de que a competência-competência teria como fonte um poder inerente dos árbitros. Em suma, a autora fundamenta sua crítica nos seguintes pontos: (i) o conceito de “poderes

¹⁰¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration, Op. Cit.*, p. 339-340.

¹⁰² GAILLARD, Emmanuel. *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement. New York Law Journal*, Nova York, p. 6-8, 2005.

¹⁰³ Para tanto, os autores fazem referência ao caso *TOPCO vs. Lybia*, nos seguintes termos: “The dispute arose out of the nationalisations of several Deeds of Concessions held by the US claimants. Since Libya did not appoint its arbitrator a sole arbitrator was appointed by the president of the ICJ. The Libyan Government did not take part in the arbitration but wrote a letter to the President of the ICJ contesting the appointment of the arbitrator. The sole arbitrator treated that letter as a challenge to his jurisdiction and dealt with the issue in a preliminary award. The arbitrator held that he did have the competence to determine his own jurisdiction. He based his decision primarily on ... a customary rule, which has the character of necessity, derived from the jurisdictional nature of the arbitration, confirmed by case law more than 100 years old and recognized unanimously by the writings of legal scholars. (LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration, Op. cit.*, p. 333-334).

¹⁰⁴ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration, Op. Cit.*, p. 386.

¹⁰⁵ ANCEL, Bertrand. *O controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da “Competência-Competência”*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba, v. II, n. 6, p. 52-53, 2016. Trimestral.

inerentes ao árbitro” é um conceito aberto, objeto de divergência doutrinária com relação à vários aspectos e ainda carente de desenvolvimento e escrutínio suficientes; (ii) embora a arbitragem possua natureza jurisdicional, a jurisdição conferida ao árbitro difere substancialmente da jurisdição estatal, na medida em que depende, em última análise, de um acordo de vontade das partes em submeter sua disputa à arbitragem, ou seja, os árbitros exercem sua função por terem sido assim incumbidos pelas partes; e (iii) por essas razões, é difícil aceitar que exista um poder independente e inerente à função do árbitro, sem atribuição legal, para determinar a existência e fundamento de sua própria jurisdição, mormente diante de impugnações existentes a esse respeito. Por esses fundamentos, na visão da autora, o resultado de se tentar justificar a fonte da competência-competência em um poder inerente ao árbitro acabaria por gerar os mesmos problemas e acarretar as mesmas falhas que maculam a justificativa puramente baseada na autonomia privada, embora por razões distintas¹⁰⁶.

Por isso, conquanto nada obste que os demais fundamentos sejam tidos como secundários ou complementares, nos parece que o fundamento primeiro do poder dos árbitros para decidir sobre sua própria jurisdição decorre da lei, a qual, inclusive, determinará em que medida e extensão isso deve ser feito. Estabelecida essa premissa, importa investigar qual lei deve ser aplicada para esse propósito.

2.6 O DIREITO APLICÁVEL À REGRA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

2.6.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estudo do direito aplicável à regra da competência-competência é tema rico e poderia dar ensejo a um estudo com dedicação específica e exclusiva, dada a multiplicidade de nuances que o envolvem e a amplitude de assuntos que podem ser analisados em caráter preliminar.

Com efeito, seria possível, antes de analisar a lei aplicável à competência-competência, estudar de forma extensa, ao menos, os seguintes pontos (i) as teorias jurídicas filosóficas e as diferentes representações existentes sobre a arbitragem internacional (*i.e.*, a teoria territorialista, a teoria pluralista, a teoria autonomista e a teoria tridimensional); e (ii) as diversas leis aplicáveis em matéria de arbitragem (*i.e.*, a lei aplicável à convenção de arbitragem; a lei processual aplicável à arbitragem; a lei ou as regras de direito material aplicáveis ao mérito da

¹⁰⁶ SYNKOVÁ, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. cit.*, p. 65-65.

disputa; outros instrumentos normativos, inclusive de *soft law*; e as leis aplicáveis ao reconhecimento e execução da sentença arbitral).

Considerando que esses dois grandes temas não integram diretamente o escopo do presente trabalho, as considerações tecidas nos parágrafos subsequentes serão limitadas ao necessário para se fixar os pressupostos que este trabalho adota com relação a eles, para que, então, se possa prosseguir com o estudo da lei aplicável à competência-competência.

2.6.1.1 As representações sobre a arbitragem internacional

No que diz respeito às representações sobre a arbitragem internacional existem, como se adiantou acima, quatro principais teorias: (i) a *teoria territorialista*, que vincula a arbitragem a uma ordem jurídica estatal determinada, qual seja a do local de sua sede; (ii) a *teoria pluralista* ou *modelo westphaliano*, que vincula a arbitragem a uma pluralidade de ordens jurídicas estatais, quais sejam a do local de sua sede e as das demais ordens jurídicas que precisem reconhecer a eficácia da sentença arbitral; (iii) a *teoria autonomista*, que propõe a existência de uma ordem jurídica arbitral autônoma, desvinculada de qualquer ordem jurídica específica; e (iv) a teoria tridimensional, que se propõe a aperfeiçoar a teoria pluralista, afirmando que o desenvolvimento da arbitragem se dá no território de um ou mais estados (de forma horizontal), porém representando um sistema jurídico próprio (de forma vertical).

Há ampla literatura, nacional¹⁰⁷ e estrangeira¹⁰⁸, tratando minuciosamente de cada uma das teorias. Para os propósitos deste estudo, com base em geral nas obras ora referenciadas, cumpre sumarizar as diferentes teorias da seguinte forma.

¹⁰⁷ LESSA NETO, João Luiz. Arbitragem e Poder Judiciário, *Op. Cit.*, p. 70-94; BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem, *Op. cit.*, p. 125-215; ALVES, Rafael Francisco. A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro, *Op. Cit.*, p. 24-57; CORREIA FILHO, Antonio Carlos Nachif. The theories of international arbitration and related practical issues: the Brazilian approach (particularly the recent leading case on recognition of annulled awards) vis-à-vis the “delocalization trend”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XIII, n. 52, p. 26-54, 2016. Trimestral.

¹⁰⁸ PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**. Nova York: Oxford University Press, 2013, p. 29-50; POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 112-148; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 166-184; LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 64-69; GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. Tradução de Natália Mizrahi Lamas; GAILLARD, Emmanuel. Transcending National Legal Orders for International Arbitration. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration: The Coming of a New Age?** Haia: Kluwer Law International, 2013, p. 371-377. (ICCA Congress Series); BESSON, Sébastien. Is There a Real Need for Transcending National Legal Orders in International Arbitration? Some Reflections Concerning Abusive Interference from the Courts at the Seat of the Arbitration. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration: The Coming of a New Age?** Haia: Kluwer Law International, 2013, p. 378-388. (ICCA Congress Series); MOSES, Margaret L. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. 2ª Ed. Nova York, Cambridge University Press, 2012, p. 60-62; ALVAREZ, Guillermo Aguilar. To

A *teoria territorialista* defende que a arbitragem está vinculada exclusivamente à ordem jurídica do local de sua sede (*seat* ou *place of arbitration*) ou, a depender do caso, de alguma outra legislação nacional escolhida pelas partes. Assim, ao escolherem determinada sede, as partes aderem ao conjunto de normas sobre arbitragem vigente naquele ordenamento (a *lex arbitrii*), o qual regerá o processo arbitral. Via de consequência, caberá ao Poder Judiciário da sede prestar apoio e também exercer o controle sobre a arbitragem, sendo o único competente para o processamento de ação anulatória contra a sentença arbitral, cuja nacionalidade seria coincidente com a da sede.

A *teoria pluralista*, por seu turno, defende que a arbitragem se relaciona não apenas com a ordem jurídica do local de sua sede, mas também com todas as outras ordens jurídicas que tenham de reconhecer a sentença arbitral. Caberia, assim, a mais de um Poder Judiciário prestar apoio e exercer o controle sobre a arbitragem. O controle exercido pelo Poder Judiciário da sede sobre a sentença arbitral não vincula nenhuma outra ordem jurídica, ficando cada país livre para decidir sobre a validade de determinada arbitragem. A sentença arbitral, assim, seria desvinculada do local da sede e retiraria sua juridicidade do reconhecimento emprestado por diversos Estados à arbitragem internacional.

Já a *teoria autonomista*, defende que a arbitragem internacional seria deslocalizada, isto é, totalmente autônoma em relação ao local de sua sede, a qual não apenas seria irrelevante para os fins da juridicidade da arbitragem, como também deveria se abster de promover qualquer interferência, inclusive para fins de controle, o qual deveria ser realizado exclusivamente pelo

What Extent Do Arbitrators in International Cases Disregard the Bag and Baggage of National Systems? In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture**. Haia: Kluwer Law International, 1998, p. 139-156. (ICCA Congress Series); GOODE, Roy. The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration. In: **Arbitration International**, Vol. 17, n. 1, 2001, p.19-40; PARK, William W. The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 32, n. 1, 1983, p. 21-52; LEW, Julian D.M. Achieving the Dream: Autonomous Arbitration. In: **Arbitration International**, Vol. 22, n. 2, 2006, p.179-204; KERR, Michael. Arbitration and the Courts: The Uncitral Model Law. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 34, n. 1, 1985, p. 1-24; PAULSSON, Jan. Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 32, n. 1, 1983, p. 53-61; PAULSSON, Jan. Arbitration in Three Dimensions. **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 60, 2011, p. 291-323; PAULSSON, Jan. Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 30, n 2, 1981, p.358-387; PAULSSON, Jan. Interference by national courts. In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. (eds.). **The leading arbitrators' guide to international arbitration**. 3 ed. Huntington: JurisNet, 2014, p. 33-63; MISTELIS, Loukas. Delocalization and its Relevance in Post-award Review. In: BACHAND, Frédéric. GÉLINAS, FABIEN (eds.). **The UNCITRAL Model Law after 25 years: global perspectives on international commercial arbitration**. Huntington: JurisNet, 2013, p. 167-183; JEMIELNIAK, Joanna. **Legal interpretation in international commercial arbitration**. Burlington: Ashgate, 2014, p. 125-148; KIDANE, Won L. **The Culture of International Arbitration**. Nova York: Oxford University Press, 2017, p. 63-91.

país em que for requerido o reconhecimento e execução da sentença arbitral. Destarte, a arbitragem possuiria uma ordem jurídica própria, flutuando entre as diversas ordens jurídicas nacionais, sem vinculação a nenhuma delas.

A *teoria tridimensional*, por fim, defende uma revisão da teoria pluralista, para agregar-lhe uma terceira dimensão. A teoria pluralista, segundo a teoria tridimensional, teria uma dimensão horizontal (conexão entre os sistemas jurídicos de um ou mais estados) à qual teria de ser agregada uma dimensão vertical, qual seja, o desenvolvimento concomitante de duas ordens jurídicas distintas no mesmo espaço territorial. Assim, a arbitragem representaria, segundo essa teoria, um sistema jurídico próprio, apesar de se desenvolver no território de diversas ordens jurídicas.

Analisados os principais contornos de cada uma das teorias, cumpre expor algumas considerações críticas, destacando alguns pontos que são relevantes para o objeto deste trabalho, sobretudo no que toca ao controle da decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição.

O primeiro ponto de relevo é o fato de que o estudo das teorias em questão não deve se prestar à tomada de uma decisão final sobre qual seria a opção correta, na medida em que isso dependeria “menos de uma compreensão cientificamente certa ou errada do que de uma opção e, em grande medida, crença de cada autor. Trata-se de uma posição ideológica, portanto”¹⁰⁹.

Há, certamente, relevantes e robustos argumentos em face de cada uma das teorias, as quais são muito bem defendidas por seus respectivos adeptos. No entanto, a decisão sobre qual delas deve prevalecer é, em última análise, uma opção que depende fortemente de concepções ideológicas¹¹⁰, podendo, ainda, sofrer forte influência do ponto de vista sociológico, a depender dos interesses daqueles que as estejam defendendo¹¹¹.

¹⁰⁹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 71.

¹¹⁰ Prova disso é que a justificação do racional subjacente a cada uma das teorias é baseada em concepções jusfilosóficas distintas. A título de exemplo, nota-se que Emmanuel Gaillard, na paradigmática obra que explica as teorias territorialista, pluralista e autonomista (GAILLARD, Emmanuel. **Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008) explora com profundidade os fundamentos jusfilosóficos subjacentes a cada uma delas (notadamente o positivismo estatal, o jusnaturalismo e o positivismo transnacional). Da mesma forma, Jan Paulsson, ao propor a teoria tridimensional como forma de aperfeiçoamento da teoria pluralista, também busca embasamento na concepção jusfilosófica de Santi Romano, segundo a qual o direito é fundado, em última análise, na realidade social, a qual pode criar uma ordem jurídica que ignora a insistência formalística em uma norma superior, como é a norma hipotética fundamental em Hans Kelsen, por exemplo (PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**, *Op. Cit.*, p. 46).

¹¹¹ Além do componente ideológico, também é possível extrair outras importantes conclusões, talvez não visíveis de plano, especialmente quando se analisa quem são os players proponentes de uma visão mais liberalizante da arbitragem internacional (consubstanciada nas três últimas teorias analisadas), bem como quem são os defensores da concepção territorialista. Em princípio, a justificativa declarada dos primeiros é a de que se trata de uma

Há quem defenda, ademais, que além de sofrer o influxo dessas concepções ideológicas, o debate “se coloca mais no campo da oportunidade ou política jurídica” do que em qualquer outro¹¹².

tentativa de fortalecer a arbitragem internacional, conferindo-lhe traços efetivamente internacionais, para torná-la cada vez mais independente do Poder Judiciário. Esse não é, por certo, o único móvel desse movimento de universalização da arbitragem. É possível identificar, sobretudo por meio de uma análise sociológica crítica acerca dos *players* da arbitragem internacional, uma tentativa de países centrais em afastar a interferência do judiciário de países periféricos na resolução privada de disputas comerciais (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 90). Nesse sentido, há inclusive quem enxergue nisso – também com a respectiva carga de ideologia, diga-se – um modelo de dominação capitalista em nível mundial (GAMBOA-MORALES, Nicolás. *Remarks on the cooperation between the Latin American judiciary and arbitral tribunals with respect to the taking of evidence. International Commercial Arbitration Brief*. Washington: American University Washington College of Law, 2011, v. 1, nº 1, p. 11-12). Além dessa concepção, talvez mais exacerbada, merece destaque a importante análise feita por Rafael Francisco Alves acerca desses componentes sociológicos, com base em interessante estudo de autoria de Yves Dezalay e Bryant Garth refletido no artigo intitulado “Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order”. Se valendo em grande parte das ponderações dos aludidos autores, Rafael Alves identifica um contraponto entre dois grupos de profissionais atuantes na arbitragem. O primeiro seria encabeçado por acadêmicos e professores universitários europeus que se profissionalizaram com uma formação generalista, territorialmente localizada (*i.e.*, de bases nacionais) e que estariam comprometidos primeiramente com a comunidade da arbitragem. O segundo seria composto essencialmente por uma geração mais jovem, formada por advogados tecnocratas sobretudo americanos (também denominados “litigators”), dotados de formação mais especializada, notadamente em resolução de conflitos, com vocação universalista (*i.e.*, de bases internacionais), comprometidos prioritariamente com os interesses de seus próprios clientes. Embora pareçam distintas, essas gerações também são marcadas por diversas complementariedades, inclusive porque muitas vezes os últimos são discípulos dos primeiros. Disso tudo, e ressalvada a preocupação dos autores ora referidos em não criar estereótipos estanques (que nada contribuiriam para o debate), mas apenas possibilitar uma análise macro do fenômeno, o que importa é que a chegada do segundo grupo acabou por incentivar a abertura do mercado da arbitragem com relação a seus protagonistas e participantes. Assim, “enquanto os pais fundadores da concepção contemporânea da arbitragem preocupam-se em limitar ao máximo a interferência das cortes nacionais para proteger cada vez mais o instituto da arbitragem, os anglo-americanos, mais voltados aos interesses de seus próprios clientes, tendem a ver com maior flexibilidade a utilização dos meios judiciais quanto necessários” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 53). Essa relação, na opinião de Rafael Alves, seria ilustrativa do porquê os autores franceses, representantes do primeiro grupo, defenderiam as teorias avessas à concepção territorialista, ao passo que representantes do segundo grupo, notadamente autores ingleses e americanos, propugnam a importância de se permitir o acesso ao Poder Judiciário da sede como forma de garantir a defesa de eventuais direitos lesados. Há, de toda forma, um relevante ponto de convergência entre ambos os grupos, marcado pelo fato de que tanto um quanto o outro atuam, cada um à sua maneira, como “agentes duplos”, isto é, buscam ao mesmo tempo, além de fortalecer as suas próprias carreiras (objetivo comum a ambos), legitimar e potencializar o campo de atuação da arbitragem (no caso do primeiro grupo) e possibilitar o fortalecimento da arbitragem em países periféricos, especialmente os que ainda contam com instituições mais jovens, sendo necessário demonstrar que esses países oferecem um ambiente seguro, neutro e capaz de hospedar as práticas universais da arbitragem (no caso do segundo grupo). Esses diferentes influxos das distintas forças que atuam no âmbito da arbitragem acabam por contribuir, na visão de Rafael Alves, para “a expansão do círculo de países que são capazes de sediar arbitragens internacionais garantindo um determinado padrão de segurança e neutralidade” sendo que “o movimento provém dos países centrais em direção aos países periféricos” e “ganha o país que for capaz de construir o ambiente mais favorável à arbitragem” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 56).

¹¹² CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 207-251, 2006. Trimestral.

Diante de todas essas ponderações, nos parece que, conquanto se trate de uma escolha eminentemente ideológica, o fato é que, uma vez adotada determinada teoria, relevantes consequências se verificam em diferentes esferas.

Com efeito, a adoção de determinada visão sobre a relação (ou inexistência de relação) entre a arbitragem e as diversas ordens jurídicas estatais com as quais poderia potencialmente estar atrelada, naturalmente influenciará o direito da arbitragem, espraiando seus efeitos em um espectro que abarca desde os estudiosos no campo acadêmico-teórico, até o próprio posicionamento dos tribunais estatais, e, em alguns casos, o campo legislativo.

Para que se compreenda com clareza os impactos da adoção de uma ou outra concepção sobre a arbitragem internacional, importa analisar, dentro dos limites deste trabalho, a aceitação das teorias na atual conjuntura.

Para facilitar a sistematização do objeto de estudo, dividiremos a análise entre a teoria territorialista e as teorias a ela opostas (teoria pluralista, teoria autonomista e teoria tridimensional).

A teoria territorialista – a qual, como se viu, entende que a arbitragem está vinculada à ordem jurídica do local de sua sede – é incontrovertidamente prevalecente, o que é admitido inclusive pelos defensores das demais teorias.

Por razões metodológicas, os motivos que justificam a prevalência da teoria territorialista serão expostos mais adiante, cabendo, em um primeiro momento, analisar o âmbito de aceitação das teorias contrárias a essa concepção.

Para tanto, importa se debruçar sobre as manifestações jurisprudenciais das teorias que pregam a desvinculação da arbitragem à sua sede.

A ideia de desvinculação da arbitragem com relação à sua sede parece ter ganhado vida prática (saindo, pois, do campo teórico) apenas e tão somente na França, o que certamente guarda relação com o fato de que “há uma certa predominância de autores franceses na defesa” da ideia de que a arbitragem seria deslocalizada¹¹³.

¹¹³ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 24-57.

Essa concepção teórica foi refletida em três casos paradigmáticos¹¹⁴, todos julgados na França, os quais são, até hoje, as principais manifestações jurisprudenciais efetivas das teorias que negam a teoria territorialista.

O primeiro deles é o caso *Hilmarton vs. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, no qual, em síntese¹¹⁵, a Corte de Cassação francesa confirmou pedido de homologação

¹¹⁴ Cujos contornos já tivemos a oportunidade de expor, em maior detalhe, em outro trabalho (RAMOS, Caio Pazinato Gregório. Os efeitos e implicações da anulação da sentença arbitral estrangeira na sede da arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio (coord.). **Direito e Arbitragem**: estudos acadêmicos. v 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 171-180. (Série Trabalhos Premiados).).

¹¹⁵ A descrição mais detalhada dos desdobramentos processuais do caso pode ser feita da seguinte forma: a empresa inglesa Hilmarton iniciou arbitragem perante a CCI, com árbitro único e sede em Genebra, buscando a condenação da empresa francesa OTV pelo pagamento de uma comissão devida por assessoria jurídica prestada em concorrência pública na Argélia. O pleito foi julgado improcedente em 19/11/1988, tendo o árbitro anulado o contrato, sob o fundamento de que (i) a Hilmarton teria coletado informações confidenciais e utilizado sua influência sobre as autoridades da Argélia, o que violaria a lei argelina; e (ii) mesmo não sendo a lei argelina aplicável ao caso, a proibição também deveria ser sancionada pela lei suíça, escolhida pelas partes para reger a disputa. Após a prolação da sentença arbitral, uma complexa série de desdobramentos ocorreu, compreendendo medidas de ambas as partes em diversas frentes. Em 17/11/1989, a sentença arbitral foi anulada na sede, pela Corte de Justiça de Genebra, a pedido da Hilmarton, sob o fundamento de que seria contrária à prova produzida no procedimento arbitral e, além disso, à luz da lei suíça, aplicável ao caso, seria lícita a atividade exercida pela Hilmarton, ainda que ilícita sob o direito argelino (*Hilmarton vs. OTV*. Suíça, Corte de Justiça de Genebra, julgado em 17/11/1989. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**. v. 19. Haia: Kluwer Law International, 1994, p. 216-220). Essa decisão foi confirmada pelo Tribunal Federal Suíço em 17/04/1990 (*OTV vs. Hilmarton*. Tribunal Federal Suíço, julgado em 17/04/1990. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**. v. 19. Haia: Kluwer Law International, 1994, p. 220-224). Nada obstante a anulação na sede, a sentença arbitral foi homologada pelo Tribunal de Grande Instância de Paris, a pedido da OTV, em 27/02/1990, decisão que foi confirmada pela Corte de Apelação de Paris em 19/12/1991 (*Hilmarton vs. OTV*. França, Corte de Apelação de Paris, julgado em 19/12/1991. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**. v. 19. Haia: Kluwer Law International, 1994, p. 655-657). A Hilmarton, então, iniciou um segundo procedimento arbitral, o qual culminou com a prolação de uma segunda sentença, dessa vez favorável aos seus interesses, em 10/04/1992. A segunda sentença arbitral e a decisão de anulação da primeira sentença arbitral pelo Tribunal Federal Suíço foram homologadas, em 25/02/1993, pelo Tribunal de Grande Instância de Nanterre (*Hilmarton vs. OTV*. França, Tribunal de Grande Instância de Nanterre, julgado em 25/02/1993. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 20, 1995, p. 194-197). Eis que, em 23/03/1994, a Corte de Cassação francesa rejeitou o recurso da Hilmarton contra a homologação da primeira sentença arbitral, sob o fundamento de que integrava a ordem jurídica arbitral internacional, e, portanto, seria desvinculada do país no qual foi proferida (*Hilmarton vs. OTV*. França, Corte de Cassação, julgado em 23/03/1994. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 20, 1995, p. 663-665). Em 29/06/1995, contudo, sobreveio a homologação da segunda sentença arbitral e da decisão anulatória da primeira sentença arbitral, ambas pela Corte de Apelação de Versalhes (*OTV vs. Hilmarton*. França, Corte de Apelação de Versalhes, julgado em 29/06/1995. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 21, 1996, p. 524-525), a despeito da decisão proferida pela Corte de Cassação. Em 10/06/1997, a Corte de Cassação pôs fim ao imbróglio, decidindo pela anulação da decisão homologatória da segunda sentença arbitral, por entender que a primeira sentença arbitral possuía força de coisa julgada (*OTV vs. Hilmarton*. França, Corte de Cassação, julgado em 10/06/1997. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 22, 1997, pp. 696-698). Por fim, é de se destacar que a Hilmarton intentou e obteve, perante as Cortes do Reino Unido, a homologação da segunda sentença arbitral, devidamente confirmada, em 03/09/1998 e 24/05/1999, respectivamente (*Hilmarton vs. OTV*. Reino Unido, High Court of Justice, Queen`s Bench Division, julgado em 24/05/1999. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 24, 1999, pp. 777-785).

de sentença arbitral¹¹⁶ anulada na sede (Genebra), sob o fundamento de que a sentença arbitral integraria a ordem jurídica arbitral internacional, e, portanto, seria desvinculada do país no qual foi proferida¹¹⁷.

O segundo caso é o *Chromalloy Aeroservices vs. República Árabe do Egito*, no qual, em resumo¹¹⁸, a Corte de Apelação de Paris novamente confirmou pedido homologatório de sentença arbitral anulada na sede (Cairo), repetindo linguagem virtualmente idêntica à utilizada no caso *Hilmarton vs. OTV*¹¹⁹. A sentença arbitral, vale dizer, também foi homologada pela Corte Distrital dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia, embora por fundamentos distintos¹²⁰.

¹¹⁶ CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Caso CCI n. 5622.**

¹¹⁷ Ao comentarem o caso, Fouchard, Gaillard e Goldman expõem a conclusão da Corte de Cassação francesa: “It was held that the award, which had been set aside in Switzerland [was] an international award which [was] not integrated in the legal system of that State, so that it remains in existence even if set aside and its recognition in France [was] not contrary to international public policy” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 914-915). Para comentários mais aprofundados sobre o caso, ver: CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. **Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada**, *Op. Cit.*, p. 207-251; WEI, Shen. **Rethinking the New York Convention: a Law and Economics Approach**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 82-90; BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 139-149; GAILLARD, Emmanuel. The Enforcement of Awards Set Aside In The Country Of Origin. In: **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, 1999, v. 14, p. 16-45.

¹¹⁸ A descrição mais detalhada dos desdobramentos processuais do caso pode ser feita da seguinte forma: A empresa americana Chromalloy celebrou contrato com as Forças Aéreas do Governo do Egito para fornecimento de peças, manutenção e reparo de helicópteros. Após a rescisão contratual levada a cabo pelo Estado do Egito, a Chromalloy iniciou arbitragem, com sede no Cairo, buscando provar que a causa de rescisão seria indevida, já que não teria havido atraso na entrega dos produtos e serviços, o que foi acolhido em sentença arbitral proferida por maioria de votos em 24/08/1994. Em 05/12/1995, a Corte de Apelação de Cairo anulou a sentença arbitral, sob o fundamento de que não teria sido aplicada a lei escolhida pelas partes, na medida em que os árbitros aplicaram a lei civil ao contrato, o qual, no entender da Corte de Apelação de Cairo, reclamava a aplicação da lei administrativa. Diante disso, a Chromalloy buscou homologar a sentença arbitral na França e nos Estados Unidos, tendo logrado êxito em ambas as jurisdições. A Corte de Apelação de Paris concluiu pelo reconhecimento da sentença arbitral, baseando-se nos mesmos fundamentos já esposados no caso *Hilmarton vs. OTV*. Nos Estados Unidos, a Corte Distrital para o Distrito de Columbia se valeu do racional de máxima eficácia previsto no artigo VII da Convenção de Nova York para justificar a homologação, não tendo adotado propriamente o racional adotado no França. Para comentários mais aprofundados sobre o caso, ver: CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. **Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada**, *Op. Cit.*, p. 207-251; e BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 131-139; WEI, Shen. **Rethinking the New York Convention**, *Op. Cit.*, p. 82-90; GAILLARD, Emmanuel. The Enforcement of Awards Set Aside In The Country Of Origin. In: **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, 1999, v. 14, p. 16-45.

¹¹⁹ *República do Egito vs. Chromalloy*. França, Corte de Apelação de Paris, julgado em 14/01/1997. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 22, 1997, pp. 691-695.

¹²⁰ *Chromalloy vs. República do Egito*. Estados Unidos, Corte Distrital para o Distrito de Columbia, julgado em 31/06/1996. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 22, 1997, pp. 1001-1012.

O terceiro caso é o *Rena Holding vs. Putrabali Adyamulia*, no qual, em resumo¹²¹, a Corte de Cassação francesa reafirmou a posição adotada no caso *Hilmarton v. OTV*, ao manter a homologação de uma sentença que havia sido parcialmente anulada na sede (Londres), ampliando o fundamento de que a sentença arbitral não estaria vinculada a nenhuma ordem jurídica estatal, para afirmar ainda que se trata de uma decisão de justiça internacional, de modo que sua regularidade deve ser examinada apenas com base nas regras aplicáveis no país onde seu reconhecimento e execução são requeridos¹²².

A análise dos três casos em questão evidencia que, de fato, a adoção da concepção ideológica subjacente a alguma das teorias acima expostas é capaz de produzir relevantes efeitos práticos, inclusive interferindo no desenvolvimento da jurisprudência de determinado país.

É importante que se repita, contudo, que no concernente às teorias que propugnam a desvinculação da arbitragem com relação à sua sede, a manifestação jurisprudencial é praticamente limitada à França.

Note-se, nesse sentido, que mesmo já havendo o que alguns consideram ser uma manifestação das teorias opostas à teoria territorialista nos Estados Unidos, por meio do caso *Chromalloy*, o racional das cortes americanas no caso não acolheu propriamente a ideia de uma arbitragem deslocalizada¹²³.

Isso sem falar, é claro, que mesmo após o julgamento do caso *Chromalloy*, as cortes americanas rechaçaram a homologação de sentenças arbitrais anuladas na sede da arbitragem

¹²¹ A descrição mais detalhada dos desdobramentos processuais do caso pode ser feita da seguinte forma: a empresa indonésia Putrabali Adyamulia celebrou contrato com a empresa Francesa Rena Holding para venda de pimenta branca, mercadoria que se perdeu em virtude do naufrágio da embarcação que a transportava. Diante disso, a Rena Holding deixou de efetuar o pagamento, o que levou a Putrabali a iniciar procedimento arbitral, com sede em Londres, para cobrar o preço não pago. Em 10/04/2001, foi proferida sentença arbitral negando os pedidos da Putrabali, tendo o tribunal arbitral considerado justificada a recusa da Rena Holding em pagar o preço. A sentença foi parcialmente anulada em 19/05/2003 pelo Poder Judiciário inglês. Em 21/08/2003, foi proferido novo laudo arbitral condenando a Rena Holding a pagar o preço à Putrabali, o que levou a Rena Holdings a buscar, na França, o reconhecimento do primeiro laudo arbitral, tendo a Putrabali feito o mesmo com relação ao segundo laudo, o que gerou questão semelhante à do caso *Hilmarton v. OTV*. Ao final, decidiu a Corte de Cassação, indo além do que já havia sido decidido nos casos precedentes, que o laudo arbitral não integra a ordem do país de origem, devendo ser controlado apenas pelo local em que se busca reconhecimento e execução. Para comentários mais aprofundados sobre o caso, ver: CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. **Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada**, *Op. Cit.*, p. 207-251; e BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 165-168. WEI, Shen. **Rethinking the New York Convention**, *Op. Cit.*, p. 82-90.

¹²² *Putabali vs. Rena Holding*. França, Corte de Cassação, julgado em 29/06/2007. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 32, 2007, p. 299-302.

¹²³ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 174.

em, ao menos, outros três casos¹²⁴, quais sejam os casos *Baker Marine vs. Chevron e Danos*¹²⁵, *Spier vs. Tecnica*¹²⁶ e *Termorio vs. Electranta*¹²⁷.

Da mesma forma, também não se pode considerar o famoso e mais recente caso *Yukos Capital S.a.r.L vs. OJSC Oil Company Rosneft* como uma manifestação efetiva das aludidas teorias, na medida em que, muito embora tenha se reconhecido na Inglaterra sentenças arbitrais anuladas na sede (Moscou), *a ratio decidendi* não foi a existência de uma ordem jurídica arbitral ou a desvinculação da arbitragem com relação à sua sede e sim um teste específico estabelecido pelas cortes britânicas que contemplava como critério “basic principles of honesty, natural justice and domestic concepts of public policy”, tendo-se afirmado expressamente que “the answer to the question is not provided by a theory of legal philosophy”¹²⁸.

Da mesma forma, a decisão das cortes holandesas, no mesmo caso, no sentido de reconhecer as sentenças arbitrais mesmo diante da anulação na sede teve como base o fato de que era “to such extent likely that the Russian civil court decisions annulling the arbitral awards are the outcome of a judicial process that must be deemed partial and dependent” sem que houvesse o enfrentamento ou adoção específica de um racional de deslocalização¹²⁹.

Não se nega, por certo, que esses casos tenham, ainda que reflexamente, desconsiderado a relevância de uma decisão anulatória da sentença arbitral proferida pela sede. Ocorre que o racional subjacente às decisões não foi, tal como ocorreu na França, uma desvinculação da sentença arbitral com a sede da arbitragem e sim a aplicação de lei interna mais benéfica (no caso *Chromalloy*) e circunstâncias fáticas absolutamente peculiares (no caso *Yukos*), as quais indicariam uma anulação motivada por interferência direta do Estado russo em benefício de

¹²⁴ Cujos contornos já tivemos a oportunidade de expor, em maior detalhe, em outro trabalho (RAMOS, Caio Pazinato Gregório. **Os efeitos e implicações da anulação da sentença arbitral estrangeira na sede da arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 177-179). Para comentários mais aprofundados sobre os casos, ver: BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 149-165.

¹²⁵ *Baker Marine Ltd. vs. Chevron Ltd, Chevron Inc e Danos and Curole Marine Contractors Inc.* Estados Unidos, Corte de Apelação para o Segundo Circuito, julgado em 12/08/1999. (In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 14, 1999, p. 909-913).

¹²⁶ *Martin Spier. vs. Calzaturificio Tecnica SpA.* Estados Unidos, Corte Distrital para o Distrito Sul de Nova York, julgado em 22/10/1999 e 29/09/1999. (In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 14, 1999, p. 1042-1056).

¹²⁷ *TermoRio S.A. E.S.P., LeaseCo Group e outros vs. Electranta S.P. e outros.* Estados Unidos, Corte de Apelação para o Distrito de Columbia, julgado em 25/05/2007. (In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 33, 2008, p. 955-968).

¹²⁸ *Yukos Capital s.a.r.l. v. OAO Rosneft.* Inglaterra, High Court of England and Wales, Queen's Bench Division, julgado em 03/07/2014. (In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 12, n. 46, 2015, p. 155-175. Trimestral).

¹²⁹ *Yukos Capital s.a.r.l. v. OAO Rosneft.* Países Baixos, Corte de Apelação de Amsterdam, julgado em 28/04/2009. (In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 34, 2009, p. 703-714).

empresa estatal. Embora, em qualquer dos casos, as decisões sejam criticáveis do ponto de vista dos adeptos da teoria territorialista¹³⁰, fato é que de toda forma não adotaram o mesmo racional propugnado pelas cortes francesas.

Assim, embora sejam inegavelmente vanguardistas e tenham sido encorpadas por sofisticados raciocínios jurídicos de importantes juristas do direito da arbitragem, é forçoso reconhecer que as teorias pluralista, autonomista e tridimensional não receberam ampla aceitação do ponto de vista prático.

Nota-se, assim, sob esse *prima*, que embora a sede da arbitragem tenha tido sua importância em certa medida mitigada nas últimas décadas, notadamente com o advento da Lei Modelo da UNCITRAL (a qual uniformizou e limitou as hipóteses de anulação de sentenças arbitrais)¹³¹, o fato é que a teoria territorialista continua sendo amplamente aceita e prevalecente ao redor do mundo¹³², o que nos parece ser consenso na doutrina, inclusive entre os defensores das demais teorias, como se verá adiante. Diante disso, é importante explorar as razões que justificam a prevalência da concepção territorialista e sua ampla adoção.

2.6.1.2 A teoria territorialista e a importância da sede da arbitragem

O racional que embasa a teoria territorialista pode ser sumarizado pela decisão da High Court of Justice, Queen's Bench Division do Reino Unido no caso *Minmetals v. Ferco*:

“In international commerce a party who contracts into an agreement to arbitrate in a foreign jurisdiction is bound not only by the local arbitration procedure but also by the supervisory jurisdiction of the courts of the seat of the arbitration. If the award is defective or the arbitration is defectively conducted the party who complains of the defect must in the first instance pursue such remedies as exist under that supervisory

¹³⁰ Confira-se, por exemplo, a crítica feita por Albert Jan Van den Berg: “In addition, if courts determine by themselves which foreign annulment of an arbitral award is acceptable and which is not, they not only act in breach of the New York Convention, but they could also find themselves in a political minefield. By stigmatizing the judicial system of another country, the political relationship between countries could come under pressure. This may and should not happen when courts in the Contracting States interpret and apply the New York Convention.” (VAN DEN BERG, Albert Jan. *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia*. **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 27, n. 2, 2010, p. 189. Bimestral).

¹³¹ A propósito da uniformização promovida pela Lei Modelo da UNCITRAL, Pieter Sander pontua que “The large scale adoption of the M.L., which radiated throughout the world contributed greatly to the harmonization of arbitration laws. (...). Its harmonising effect not only pertains to international commercial arbitration. It has also influenced domestic arbitration. This harmonising effect on domestic arbitration is obviously when States adopt the M.L. also for domestic arbitration as several countries have done” (SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?** Sixty years of Arbitration Practice. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 83-84).

¹³² Nesse sentido, Gabrielle Kaufmann-Kohler deixa claro que “a majority of recently enacted statutes adopts the principle of territoriality, i.e., gives the preference to the connecting factor of the place of arbitration” (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration*. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 338. (ICCA Congress Series).).

jurisdiction. That is because by his agreement to the place in question as the seat of the arbitration he has agreed not only to refer all disputes to arbitration but that the conduct of the arbitration should be subject to that particular supervisory jurisdiction. Adherence to that part of the agreement must, in my judgment, be a cardinal policy consideration by an English court considering enforcement of a foreign award¹³³.”

No campo da doutrina, o entendimento paradigma citado por muitos autores provém de Francis A. Mann, para quem:

“(…) Is not every activity occurring on the territory of the State necessarily subject to its jurisdiction? Is it not for such State to say whether and in what manner arbitrators are assimilated to judges and, like them, subject to the law? Various states may give various answers to the question, but that each of them has the right to, and does, answer it according to its own discretion cannot be doubted”¹³⁴.

Para que se compreenda com precisão as bases da teoria territorialista importa ter claros os conceitos de (i) lei que governa a arbitragem (*lex arbitrii*); e (ii) sede ou local da arbitragem.

A *lex arbitrii* é entendida como o conjunto de normas que regula a arbitragem em determinado ordenamento jurídico, especialmente no que toca à validade formal da convenção de arbitragem, arbitrabilidade da disputa, composição do tribunal arbitral, garantias processuais fundamentais, forma de apoio do Poder Judiciário à arbitragem e controle da sentença arbitral¹³⁵. Em suma, trata-se da lei que disciplina a validade do procedimento arbitral em si¹³⁶.

A sede ou o local da arbitragem (*seat* ou *place of arbitration*) é o local, escolhido pelas partes ou determinado pela instituição arbitral ou tribunal arbitral caso as partes tenham silenciado a respeito¹³⁷, cuja ordem jurídica regulará a arbitragem. É, pois, o domicílio jurídico

¹³³ *Minmetals Germany GmbH vs. Ferco Steel Ltd.* Reino Unido, Alta Corte de Justiça, julgado em 20/01/1999. (In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 14, 1999, p. 739-752).

¹³⁴ MANN, Francis A. *Lex Facit Arbitrum*. In: SANDERS, Pieter (ed). **International Arbitration: Liber Amicorum** for Martin Domke. Haia: Martinus Nijhoff, 1976, p. 162-163.

¹³⁵ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 83.

¹³⁶ PARK, William W. **Arbitration of International Business Disputes: studies in Law and Practice**. 2 ed. Croydon: Oxford University Press, 2012, p. 327.

¹³⁷ A propósito da escolha da sede da arbitragem, Gary Born dá conta de que a principal forma de escolha é pelo acordo das partes, podendo ocorrer, na ausência de acordo, pela instituição arbitral selecionada pelas partes ou, ainda pelo tribunal arbitral, o que tem se mostrado viável na prática arbitral. O autor faz constar que, em casos raríssimos, nos quais inexistente escolha de uma instituição arbitral e as partes não chegam a um consenso sobre a constituição do tribunal arbitral, a escolha da sede pode ter de ser feita pelo Poder Judiciário, caso em que poderá haver um potencial conflito de jurisdições, na medida em que mais de uma corte poderá se declarar competente (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 2054). João Luiz Lessa Neto reforça o fato de que a sede da arbitragem pode ser escolhida pelo árbitro, na ausência de acordo entre as partes, fazendo referência, a título de exemplo, ao artigo 18(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, o qual assim preconiza: “If the parties have not previously agreed on the place of arbitration, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case. The award shall be deemed to have been made at the place of arbitration” (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 55). Craig, Park e Paulsson, por seu turno, confirmam a possibilidade de a sede da arbitragem ser escolhida pela instituição arbitral, desde que haja previsão regulamentar nesse sentido, como é o caso nas arbitragens

da arbitragem¹³⁸, não se confundindo com o local em que se pratiquem fisicamente os atos relativos ao processo arbitral¹³⁹.

A sede possui, como ensinam Poudret e Besson, um duplo papel, qual seja (i) determinar o escopo de aplicação de *lex arbitrii*, a qual se aplica apenas com relação a procedimentos arbitrais que se desenvolvam perante a sede; e (ii) definir a jurisdição das cortes nacionais para controlar a sentença arbitral, de maneira que apenas as cortes da sede podem controlar uma sentença arbitral proferida em seu território¹⁴⁰.

Há que se mencionar, ainda, uma terceira função da sede da arbitragem, qual seja a de definir a nacionalidade de uma sentença arbitral para fins de execução, o que ganha especial relevo inclusive no sentido de delimitar a incidência ou não da Convenção de Nova York, a qual se se aplica apenas em se tratando de sentenças¹⁴¹ e convenções arbitrais¹⁴² estrangeiras.

Destarte, a lei que governa a arbitragem (*lex arbitrii*) é, em regra, a lei do seu local ou sede (*lex loci arbitrii*)¹⁴³. Escolher a sede da arbitragem significa escolher a lei que a governará¹⁴⁴, sendo essa, para os adeptos da teoria territorialista, a única forma de escolha da

administradas pela CCI (CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.; PAULSSON Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**, *Op. cit.*, p. 497).

¹³⁸ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, *Op. cit.*, p. 1530.

¹³⁹ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 172-173; POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 99; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 2052; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of Arbitral Procedure. In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, 2003, v. 36, p. 1313-1333; CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.; PAULSSON Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**, *Op. cit.*, p. 498.

¹⁴⁰ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁴¹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁴² Craig, Park e Paulsson destacam que, no âmbito da Convenção de Nova York, “aplicam-se por analogia as previsões gerais sobre a cobertura dada pela Convenção aos laudos arbitrais, a Convenção se aplica àquelas convenções de arbitragem (i) que prevejam arbitragens estrangeiras (em um país diferente daquele no qual a cláusula arbitral é invocada) e (ii) que sejam suficientemente internacionais para serem “não-domésticas” (CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.; PAULSSON Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**, *Op. cit.*, p. 679, tradução nossa).

¹⁴³ SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 244; PARK, William W. **Arbitration of International Business Disputes**, *Op. Cit.*, p. 327; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1319; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1533.

¹⁴⁴ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 60-61.

*lex arbitrii*¹⁴⁵. Nesse sentido, a *lex arbitrii* pode ser escolhida pelas partes de forma direta na convenção de arbitragem ou de forma indireta, por meio da escolha de sua sede¹⁴⁶.

Estabelecidos esses conceitos, denota-se que a ideia da teoria territorialista é que, ao escolherem determinada sede para a arbitragem, as partes se sujeitam à jurisdição supervisora dessa ordem jurídica, isto é, concordam que a arbitragem, sobretudo do ponto de vista processual, deverá ser regida em consonância com as regras e ditames daquela jurisdição específica, inclusive para fins de controle.

Busca-se, com essa construção jurídica (ou ficção, como dizem alguns autores, já que a sede é efetivamente um critério jurídico e não geográfico¹⁴⁷), proporcionar que a arbitragem internacional possa se desenvolver de acordo com determinado enquadramento jurídico pré-estabelecido, ao invés de flutuar em meio a diversos ordenamentos sem estar atrelada a nenhum deles, o que garantirá o seu melhor desenvolvimento¹⁴⁸.

Entra em cena, pois, o debate acerca da importância da sede da arbitragem. Trata-se de questão crítica no âmbito da arbitragem, sobretudo diante dos impactos práticos que possui, notadamente no âmbito do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, como se pôde perceber pelas discussões travadas nos diversos precedentes acima aludidos.

¹⁴⁵ Nesse sentido, é válida a ponderação de André Luís Quintas Monteiro: “Não se descarta, em alguns ordenamentos jurídicos, a possibilidade de as partes escolherem outro Direito processual para reger a arbitragem que não o da sede, mas essa possibilidade é um tanto quanto teórica, como ocorre, v.g., na França e na Bélgica, porque a arbitragem terá que obedecer às normas cogentes da sede da arbitragem, sob o risco de anulação da sentença arbitral (já que a ação de anulação será proposta perante o Poder Judiciário da sede da arbitragem), de modo que não faz muito sentido submeter a arbitragem a um ordenamento processual (escolhido pelas partes), tendo que respeitar as normas cogentes de outro Direito processual (sede)” (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 75). Outrossim, destaca-se que, como dá conta Gabrielle Kaufmann-Kohler, a Alemanha alterou sua legislação, que anteriormente previa a possibilidade de escolha da *lex arbitrii* de outros países para arbitragens sediadas na Alemanha, não mais admitindo essa possibilidade, por razões de “clareza jurídica” (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1316). Ainda sobre a possibilidade de escolha da lei da *lex arbitrii* de ordenamento distinto da sede da arbitragem, e das razões pelas quais se trata de uma hipótese de difícil configuração, ver: CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. **Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada**, *Op. Cit.*, p. 207-251.

¹⁴⁶ PARK, William W. **Arbitration of International Business Disputes**, *Op. Cit.*, p. 327.

¹⁴⁷ “The place of arbitration, sometimes called the seat of arbitration, as a legal concept has become something of a fiction. There is no necessary connection between the seat of the arbitration and the physical, geographical location where the arbitral activities, primarily the hearings, are carried out. A number of considerations point to the fictional nature of the seat of the arbitration. First, it is generally accepted that hearings can be held in places other than the seat of the arbitration (...). Further, the physical location of the arbitral activities loses much of its weight when one considers evolutions in technology” (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1313-1333).

¹⁴⁸ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 183.

O tema, por certo, já não possui a mesma relevância que possuía há algumas décadas¹⁴⁹, graças a um movimento de globalização¹⁵⁰ ou universalização¹⁵¹ da arbitragem, consistente na promoção de uniformização de diversas questões, especialmente no que toca às hipóteses de anulação de sentença arbitral (e sua limitação a casos bastante restritos) e à garantia de duas pedras fundamentais da arbitragem, quais sejam a autonomia privada das partes e o devido processo legal¹⁵².

Esse movimento tem como principais molas propulsoras o advento da Convenção de Nova York e da Lei Modelo da UNCITRAL, com os consequentes reflexos trazidos sobre as legislações de diversos países¹⁵³. Em virtude disso, muitas legislações nacionais tendem a se tornar “intercambiáveis”, embora isso ainda não tenha acontecido com todas¹⁵⁴.

Esses elementos, portanto, minimizam na prática (embora não eliminem) as discrepâncias existentes entre sedes distintas, o que inclusive tem sido bem visto pela doutrina, na medida em que tem o condão de fortalecer o desenvolvimento da arbitragem em geral.

Ainda assim, esse movimento não significa a superação da arbitragem territorializada por uma arbitragem deslocalizada, havendo relevantes motivos para que ainda se reconheça a relevância da sede.

¹⁴⁹ A doutrina tem, de fato, reconhecido que a questão veio perdendo relevância. Há uma série de autores que reproduzem essa constatação. Por todos, cita-se a posição de Gabrielle Kaufmann-Kohler, que indica ao menos quatro motivos para concluir que “the role of the law of the place of arbitration keeps decreasing”. São eles: (i) a mitigação da relevância de lugares geograficamente considerados em decorrência da globalização; (ii) a uniformização das legislações arbitrais nacionais, o que traria um componente de fungibilidade às diferentes sedes da arbitragem; (iii) a uniformização de dois ideais básicos da arbitragem, quais sejam a autonomia processual e suas limitações pelo devido processo legal; e (iv) a emergência de uma cultura arbitral global, a qual corre em paralelo com a uniformização referida nos itens anteriores, ao que poderia se atribuir o nome de “standardization of the international arbitrator” (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure**, *Op. Cit.*, p. 365).

¹⁵⁰ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1313-1333.

¹⁵¹ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 21-58.

¹⁵² KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1313-1333.

¹⁵³ É certo, no entanto, como afirma Adriana Braghetta, que embora a Lei Modelo da UNCITRAL tenha contribuído para uma diminuição da relevância da sede da arbitragem, na medida em que promove uniformidade de bases para o instituto, o fato que contém uma série de previsões que evidenciam a inegável importância que ainda é concedida à sede da arbitragem, como é o caso dos artigos 1.2 (que expressamente limita a aplicação da Lei Modelo se a sede da arbitragem se encontrar no país onde a Lei Modelo está sendo promulgada), 6º (que confere ao Poder Judiciário da sede da arbitragem a competência para indicar árbitros em determinadas hipóteses de não indicação pelas partes), 2 e 27º, (que preveem a possibilidade de participação do judiciário na fase probatória) e 34º (segundo o qual o Poder Judiciário da sede possui competência para julgar a ação de anulação), dentre outros (BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 98-101).

¹⁵⁴ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1320.

Com afirma Gary Born, “the location of the arbitral seat can have profound legal and practical consequences for the parties to an international arbitration, and can materially alter the course and outcome of the arbitral process”¹⁵⁵. Pieter Sanders vai além, ao dizer que “apart from the choice of arbitrators the most important choice parties to an international arbitration may make is the choice of the place of arbitration”¹⁵⁶.

Nesse mesmo sentido, Gabrielle Kaufmann-Kohler, reconhecendo a relevância da sede da arbitragem, rechaça expressamente a ideia de deslocalização. A autora remonta ao fato de que as teorias que propugnam a deslocalização da arbitragem surgiram no contexto de disputas envolvendo a indústria petrolífera, com o propósito de afastar a interferências de previsões hostis à arbitragem em determinados ordenamentos jurídicos envolvidos nessas disputas¹⁵⁷.

Nesse contexto, minimiza o próprio propósito da deslocalização, afirmando que a escolha da sede da arbitragem resolve os problemas advindos dessa potencial interferência indevida, bastando que seja escolhida uma sede cuja legislação seja favorável à arbitragem. Em suas próprias palavras: “The choice of an arbitration-friendly fictional seat fully services that purpose. Hence, the issue of de-localization becomes moot. In fact, de-localization is achieved, though indirectly, through the choice of a fictional seat”¹⁵⁸⁻¹⁵⁹. Essa posição, com a qual concordamos integralmente, também é acompanhada por outros autores¹⁶⁰.

¹⁵⁵ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, 2014, p. 2052.

¹⁵⁶ SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 244.

¹⁵⁷ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1320.

¹⁵⁸ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1320.

¹⁵⁹ Em sentido idêntico, Pieter Sanders afirma: “From a practical point of view, I therefore doubt whether denationalized arbitral proceedings would put the parties in a better position” (SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 249).

¹⁶⁰ Alan Redfern e Martin Hunter, por exemplo, destacam, ao nosso ver com acerto, que: “The fact that different states have different laws governing international arbitration and that some of these laws may not be well suited to this task has two practical consequences. First, it means that, wherever an international arbitration is held, the provisions of the local law should be checked to see whether there are any particular mandatory rules that must be observed in order to obtain a valid award. Secondly, it means that not every country is a suitable situs for international arbitration and that a certain amount of ‘forum shopping’ is advisable. 3.87 The first point is almost self-evident. For example, if the local law requires an award to be made within a defined period of time or to be lodged with a local court for it to be valid, then the necessary action must be taken to conform to this requirement. The second point is less evident, but equally important. Since the law and practice of international arbitration differs from one state to the next (and may even differ from place to place within the same state), care should be taken to choose a place of arbitration in a state that is favourable, rather than in one that is unfavourable. This is a matter of considerable practical importance and should be considered at the time the parties are drafting their arbitration agreement” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 182-183). No mesmo sentido da ponderação dos autores, tratando da escolha da sede da arbitragem como um exercício legítimo de *forum shopping* cabível no âmbito da arbitragem, ver: LY, Filip De. Forum Shopping and the Determination of the Place of Arbitration. In: FERRARI, Franco. **Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context**. Regensburg: Sellier European Law Publishers, 2013, p. 53-

Além disso, também não se pode perder de vista um importante paradoxo nas visões contrárias à teoria territorialista que tentam minimizar a importância da sede da arbitragem, o qual atesta, inequivocamente, que a sede da arbitragem possui inegável relevo.

Trata-se do fato de que, em última análise, o atingimento pleno de uma deslocalização da arbitragem com relação à sua sede dependeria necessariamente da legislação da própria sede¹⁶¹.

Afinal, a extinção de um modelo de controle da sentença arbitral pela sede da arbitragem (atingindo-se, assim, o controle apenas pelo local de reconhecimento e execução da sentença arbitral, como propugnam os adeptos da ideia de deslocalização) somente seria permitida se a própria lei da sede assim dispusesse.

Em outras palavras, a teoria que propugna a existência de uma ordem jurídica arbitral desvinculada de qualquer ordem jurídica nacional necessita das próprias ordens jurídicas estatais para atingir seu fim precípuo, qual seja uma sentença arbitral que não esteja sob o controle de uma ordem jurídica.

Nada obstante, também é importante destacar que a Convenção de Nova York confirma a relevância da sede da arbitragem, alçando-a ao status de jurisdição primária de apoio e controle da arbitragem¹⁶².

Especificamente com relação ao controle, à sede da arbitragem é atribuída a competência para julgar ação anulatória em face da sentença arbitral¹⁶³, a qual, se provida, deve ser respeitada por outros países em que se busque o reconhecimento e execução da sentença

68. Igualmente ressaltando a importância da escolha da sede da arbitragem, especialmente no que toca à seleção de uma sede que disponha de uma legislação moderna sobre arbitragem: SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 244. Outrossim, fazendo referência a uma vasta gama de questões que são influenciadas pela escolha da sede da arbitragem, em obra especificamente destinada ao estudo da redação e execução de convenções de arbitragem (BORN, Gary B. **International Arbitration and Forum Selection Agreements: drafting and enforcing**. 5 ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2016).

¹⁶¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 182.

¹⁶² LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁶³ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 137; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 76; LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 68.

anulada, a teor do que entendemos ser a melhor interpretação do artigo V(1)(e)¹⁶⁴ da Convenção de Nova York¹⁶⁵.

Em suma, e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, até porque não se trata do objeto primário deste estudo, as principais razões pelas quais entendemos que o artigo V(1)(e) da Convenção de Nova York veda o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral anulada na sede da arbitragem são as seguintes: (i) o texto da Convenção de Nova York no idioma francês, um de seus idiomas oficiais, indica que as causas de não reconhecimento e execução são vinculativas, não havendo, via de consequência, discricionariedade do poder judiciário do local em que se busca reconhecimento e execução da sentença para reconhecer e executar sentença arbitral anulada na sede; (ii) ainda que se analise a questão à luz do seu texto no idioma inglês, o qual encamparia linguagem discricionária, há relevantes entendimentos no sentido de que não se trata de um comando discricionário¹⁶⁶; (iii) uma interpretação no sentido de que o

¹⁶⁴ A redação do artigo V(1)(e) da Convenção de Nova York, em português, tal como consta do Decreto nº. 4.311, de 23 de Julho de 2002 é a seguinte: “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”. O texto utiliza o termo “poderão” para se referir ao indeferimento do reconhecimento e execução da sentença arbitral, o que se aproxima da versão em inglês, a qual fala em “may refuse”. A versão em francês, por outro lado, utiliza o termo “seront refusées”, o qual implica em uma linguagem vinculante, equivalente a dizer, em português, “deverão recusar”. Para conveniência, transcreve-se aqui o texto da versão em inglês (“Article V. 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made”) e também da versão em francês (“Art. V. 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: (e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue”) da Convenção de Nova York.

¹⁶⁵ Conforme já tivemos a oportunidade de expor, em maior detalhe, em outro trabalho (RAMOS, Caio Pazinato Gregório. **Os efeitos e implicações da anulação da sentença arbitral estrangeira na sede da arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 186-196).

¹⁶⁶ No campo da doutrina estrangeira, destaca-se a lição de Pieter Sanders, para quem “The word ‘may’ stem from the original Dutch Proposal. At the 1958 New York Conference, ‘may’ was not discussed at all. It certainly would have provoked an interesting debate if one of the delegates had observed that ‘may’ grants discretionary power to the enforcement judge. In my understanding ‘may’ points to the requirement that the party against whom enforcement is sought must first prove that one of the following grounds exists, but, once one or more of the grounds are proven, refusal of enforcement will follow. I am therefor not surprised that the equally valid French versions of the NYC states: will be refused. I also expressed this opinion in the commentary I wrote shortly after the appearance of the NYC. (...). In conclusion, enforcement of an annulled award cannot be based upon the use of ‘may’ in the reading of article V. (...).” (SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 77-78). No mesmo sentido, é o entendimento de Fouchard, Gaillard e Goldman, que mesmo sendo adeptos da ideia de deslocalização da arbitragem, reconhecem que não foi encampada pela Convenção de Nova York: “1687. – If an award is set aside in its country of origin, it loses the benefit of the New York Convention. In this respect, the Convention does not recognize the concept of a delocalized award, attributing considerable importance to the law of the country of origin. The Convention clarifies its perception of the connection of awards to legal systems by

artigo V(1)(e) autorizaria o reconhecimento e execução de sentença anulada na sede (iii.1) acarretaria excessiva onerosidade à parte que obteve a anulação do laudo perante a sede da arbitragem, fazendo com que tivesse de se defender perante toda e qualquer jurisdição na qual o reconhecimento e execução da sentença viesse a ser requerido, minando a credibilidade do sistema de controle primário e secundário estabelecido pela Convenção de Nova York; (iii.2) poderia ensejar um desencorajamento da prática da arbitragem, pois mitigaria a relevância do controle feito justamente no âmbito da ordem jurídica que as partes escolheram como a responsável pela realização desse controle; e (iii.3) acarretaria, como de fato ocorreu nos precedentes acima expostos, a possibilidade de prolação de duas sentenças arbitrais¹⁶⁷. Por fim, vale mencionar, ainda, a título de registro, o reconhecimento, pelo STJ, da impossibilidade de reconhecimento e execução de sentença arbitral anulada na sede, o qual também foi baseado em uma diversidade de relevantes entendimentos doutrinários nacionais e estrangeiros¹⁶⁸.

establishing a rule regarding jurisdiction over actions to set aside. Only the courts of the seat of the arbitration, or those of the country the law of which governed the arbitration (in other words, the law chosen by the parties to govern the arbitral procedure), are entitled to retain jurisdiction to set an award aside. According to the Convention, all other jurisdictions must refuse to acknowledge the effects of a decision to set aside made elsewhere, and such a decision will have no effect on the Convention's operation" (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 977-978). No campo da doutrina nacional, Paulo Borba Casella e Daniel Gruenbaum afirmam que: "A interpretação de que os motivos de recusa seriam facultativos parece pecar por três motivos: desrespeita tal finalidade de coordenação e interpretação-aplicação uniforme; apoia-se sobre interpretação questionável (porque nada nos trabalhos preparatórios confirmam-na) e literal da versão em inglês do art. V, § 1.º caput (a dúvida não surge na versão oficial em francês); e, embora concebível, gera situação passível de controvérsia com o art. VII, § 1.º" (CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. **Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada**, *Op. Cit.*, p. 207-251). No mesmo sentido, Lauro Gama Jr. afirma que "em que pese a exuberância da posição francesa, a grande maioria dos Estados-partes da Convenção de Nova Iorque acolhe a natureza vinculante do artigo V, 1, "e". Portanto, prestam deferência ao controle exercido no Estado de origem da arbitragem e, salvo em caso de abuso manifesto, recursam o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas" (GAMA JR., Lauro. *Recusas Fundadas no Artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades da sua aplicação no Brasil*. In: WALD, Arnoldo. LEMES, Selma Maria Ferreira (coords.). **Arbitragem Comercial e Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 271).

¹⁶⁷ Além de todas essas razões, ainda há outras expostas por Adriana Braghetta em trabalho especificamente destinado ao estudo do tema, ao qual se remete o leitor para o aprofundamento do estudo da matéria (BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 197-202).

¹⁶⁸ Nesse sentido: "(...). Surge, agora, o questionamento acerca da possibilidade ou não de se homologar a presente sentença estrangeira arbitral, anulada na origem por decisão judicial transitada em julgado - fato esse incontroverso -, cabendo ressaltar que, depois de ampla pesquisa realizada neste Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, é a primeira vez que a Corte Especial debate tal matéria. Para o deslinde da controvérsia, devem ser analisados os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, segundo previsão expressa da Lei de Arbitragem Brasileira. (...). Desses excertos, a interpretação a que se chega é pelo não cabimento de homologação de sentença estrangeira arbitral suspensa ou anulada por órgão judicial do país onde a sentença arbitral foi prolatada. Consagrando a linha de raciocínio exposta, extrai-se, do Guia do ICCA sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958, ao comentar o Artigo V(1)(e) do mencionado tratado: III.3. Fundamentos Legais Taxativos para Rejeição do Pedido de Homologação Em síntese, a parte que contesta o pedido de reconhecimento e execução pode ser valer, desde que faça prova, de um dos cinco primeiro fundamentos: [...] (5) A sentença arbitral não se tornou vinculante para as partes, ou foi anulada ou suspensa pela autoridade competente

Em resumo, deve-se ter em mente que, se fosse possível simplesmente ignorar a decisão anulatória proferida pelas cortes da sede da arbitragem, efeitos perniciosos seriam acarretados ao sistema como um todo. Nesse sentido:

“O respeito à decisão da sede também decorre do respeito à decisão das partes de terem escolhido (ou de terem tido a possibilidade de escolher) aquele país como sede e, pois, a forma de controle estatal lá estabelecida. Dois graves problemas adviriam do desrespeito à decisão da sede: a possibilidade de existência de um 2º laudo e, pois, a falência de um sistema de controle, e a necessidade de o autor da ação de anulação ter que ainda se defender em diversos outros Judiciários onde a parte contrária vier a buscar o reconhecimento do laudo anulado”¹⁶⁹.

Assim, por todas essas razões, nos parece que a sede da arbitragem possui inegável relevância, seja no sentido de conferir apoio ao desenvolvimento da arbitragem em diversas frentes, seja no sentido de exercer o controle sobre a sentença arbitral, o qual, como se viu acima, trata-se inclusive de verdadeiro elemento de legitimidade da arbitragem.

Além de todas essas relevantes funções da sede da arbitragem, importa destacar que é a sua lei (ou seja, a *lex loci arbitrii*) que regerá a aplicação da regra da competência-competência, conforme se verá adiante, mas não sem antes tecer breves considerações sobre as diversas legislações que potencialmente se aplicam a um procedimento arbitral.

2.6.1.3 Arbitragem e lei aplicável

Como se adiantou acima, há uma multiplicidade de leis aplicáveis em matéria de arbitragem, quais sejam a lei aplicável à convenção de arbitragem; a lei processual aplicável à arbitragem; a lei ou as regras de direito material aplicáveis ao mérito da disputa; outros instrumentos normativos, inclusive de *soft law*; e as leis aplicáveis ao reconhecimento e execução da sentença arbitral.

no país em que, ou segundo as leis do qual, a sentença foi proferida (Artigo V(1)(e)). Esses são os únicos fundamentos dos quais pode se valer a parte requerida. (grifos nossos) (International Council for Commercial Arbitration - ICCA. Guia do ICCA Sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes. ICCA: 2012, p. 80-81). No mesmo sentido, as seguintes lições doutrinárias, comentando o inciso VI do artigo 38 da Lei de Arbitragem Brasileira: (...). Merece destaque a desnecessidade de prévia homologação da sentença judicial de nulidade do laudo arbitral para que ela produza seus efeitos no processo de homologação, porquanto a legislação de regência indica bastar ao requerido, em sua defesa, suscitar e comprovar a inexistência do trânsito em julgado do laudo arbitral, conforme se pode depreender da Convenção de Nova York (artigo V, 1, "e"); da Convenção do Panamá (artigo 5, 1, "e"); da Lei de Arbitragem Brasileira (artigo 38, inciso VI); do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (artigo 216-D, inciso III); e, do Protocolo de Las Leñas (artigo 20, "e"), cujos dispositivos foram transcritos linhas atrás. (...). Portanto, sendo nula a sentença arbitral na Argentina, por causa de decisão judicial lá prolatada, resta impossibilitada a sua homologação no Brasil. (...). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC n. 5782/EX. Relator: Ministro Jorge Mussi, 16 de dezembro de 2015).

¹⁶⁹ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 362.

Uma das características marcantes da arbitragem é a possibilidade de escolha, pelas partes, do direito aplicável¹⁷⁰. Assim, em regra, respeitada a ordem pública e eventuais normas cogentes da sede da arbitragem, a escolha de lei aplicável para as diferentes matérias acima elencadas se mostra viável, observadas algumas peculiaridades, das quais não cabe se ocupar neste trabalho, haja vista não integrarem seu objeto¹⁷¹.

O estudo aprofundado de cada uma das diversas leis aplicáveis em matéria de arbitragem é riquíssimo e amplamente explorado pela doutrina¹⁷². Foge, contudo, ao escopo deste trabalho, razão pela qual nos limitamos a pontuar aqui que, para fins da determinação da jurisdição do árbitro, dentre as leis acima elencadas, a que deve ser analisada é a *lex arbitrii*, pelas razões a seguir esmiuçadas.

2.6.2 A LEI DA SEDE DA ARBITRAGEM (*LEX ARBITRII*) COMO DIREITO APLICÁVEL À COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Nos capítulos antecedentes se teve a oportunidade de expor diversos conceitos e proposições relevantes para que se possa analisar qual é o direito aplicável à competência-competência, dentre as quais retomamos as seguintes: (i) a competência-competência tem como sua fonte precípua a lei; (ii) a sede da arbitragem possui inegável relevância, sobretudo porque o seu conjunto de disposições sobre arbitragem (*lex loci arbitrii*) deverá reger os procedimentos

¹⁷⁰ Nesse sentido, em se tratando de arbitragem conduzida sob os auspícios da Lei de Arbitragem, aplicar-se-á o artigo 2º desta, o qual prevê: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

¹⁷¹ Para uma análise dessas peculiaridades, inclusive no contexto da lei aplicável à competência-competência, ver: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 68-79.

¹⁷² BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 472-635, 2614-2778; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 155-228; LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 17-30, 99-127, 411-474; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 633-654 e 781-882; POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 112-148, 289-302, 522-557, 676-720; PARK, William W. **Arbitration of International Business Disputes**, *Op. Cit.*, p. 553-643; ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2 ed. Huntington: JurisNet, 2014, p. 15-41; RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e Arbitragem Internacional**. Curitiba: Juruá, 2015; STRAUBE, Frederico Gustavo; SOUZA, Marcelo Junqueira Inglês de; GAGLIARDI, Rafael Villar. Leis aplicáveis à arbitragem. In: BASSO, Maristela. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos**. A prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131-162; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 68-76.

arbitrais conduzidos perante a sede, inclusive para fins de controle; e (iii) há uma gama de questões que são comumente disciplinadas pela lei aplicável à arbitragem (*lex arbitrii*) nas diversas ordens jurídicas. Estabelecidas essas premissas, importa analisar qual seria a lei aplicável à competência-competência.

Em nosso entender, a competência-competência integra o espectro de matérias reguladas pela *lex arbitrii*. Com efeito, é a lei da sede da arbitragem que determina qual é o modelo de competência-competência adotado por cada ordem jurídica, ou seja, disciplina quais efeitos da competência-competência são admitidos por determinado ordenamento (*i.e.*, se admite apenas o efeito positivo ou se admite também o efeito negativo), bem como qual será o momento e em quais termos poderá ou não o Poder Judiciário analisar a convenção de arbitragem e ou a jurisdição do tribunal arbitral.

Como se verá adiante, a despeito de haver mais de uma classificação doutrinária, é possível identificar três grandes diferentes modelos de competência-competência, quais sejam (i) o modelo de competência concorrente entre juiz e árbitro; (ii) o modelo de competência prioritária condicionada em favor do árbitro; e (iii) o modelo de competência prioritária incondicionada em favor do árbitro. Há, ademais, algumas poucas legislações nacionais que, como já dito, simplesmente não admitem a competência-competência.

Em todos esses casos, a questão é disciplinada pela *lex arbitrii*, seja para conferir jurisdição ao árbitro para que decida sobre sua própria jurisdição, estabelecendo-se em que termos isso deverá ocorrer, seja para negar-lhe jurisdição para decidir impugnações ou quaisquer outras questões jurisdicionais.

Nesse sentido, Alan Redfern e Martin Hunter, ao tratarem das matérias que são comumente disciplinadas pela *lex arbitrii*, asseveram que “the *lex arbitri* is likely to extend to: (...) the entitlement of the arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction”¹⁷³. Na mesma linha, Nadja Erk-Kubat entende que “the power to rule on its own jurisdiction can only be conferred on the arbitral tribunal by the *lex arbitri*”¹⁷⁴.

Outrossim, Jean-François Poudret e Sébastien Besson asseveram que o poder do árbitro para decidir sobre a própria jurisdição “can only be conferred to it by the arbitration law of the

¹⁷³ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration, Op. Cit.*, p. 167-168.

¹⁷⁴ ERK-KUBAT, Nadja. **Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective**. Haia: Kluwer Law International, 2014, p. 27.

seat”¹⁷⁵. Por seu turno, Gary Born, assim como outros autores¹⁷⁶, também parece partilhar do mesmo entendimento:

“the subjects where national arbitration legislation (including the UNCITRAL Model Law) typically grants the local courts of the arbitral seat supervisory jurisdiction over an international arbitration include (...) the resolution of disputes concerning jurisdictional objections (i.e., competence-competence and the allocation of competence over jurisdictional issues) (...)”¹⁷⁷.

Não se descarta a possibilidade de as partes, se valendo de sua autonomia privada, disporem sobre aspectos atinentes à competência-competência, inclusive no que diz respeito à seleção de uma outra lei aplicável para regê-la. No entanto, essa autonomia, em qualquer caso, somente poderá ser exercida caso a *lex arbitri* assim permita¹⁷⁸.

Nesse ponto, há de se ter em mente ainda que, em determinados ordenamentos, a competência-competência integra um núcleo de disposições mandatórias da lei da sede da arbitragem, não podendo ser objeto de derrogação¹⁷⁹.

Por todas essas razões, em conclusão, subscrevemos integralmente o entendimento de André Luís Quintas Monteiro com relação ao assunto, segundo o qual:

“Em nosso entendimento, o Direito aplicável ao princípio da competência-competência é o Direito da sede da arbitragem (*lex arbitri*), o que abrange tanto o efeito positivo quanto o efeito negativo deste princípio. Assim, o poder de o tribunal arbitral examinar a sua própria jurisdição dependerá do Direito processual da sede da

¹⁷⁵ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 386.

¹⁷⁶ Nesse sentido, Sigvard Jarvis e Alexander Leventhal afirmam que “objections to jurisdiction will thus be dealt with differently depending on the place of arbitration” (JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**. In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. (eds.). **The leading arbitrators’ guide to international arbitration**. 3 ed. Huntington: JurisNet, 2014, p. 509). No mesmo sentido, Vicente Bañuelos Rizo afirma que “independientemente de que exista o no una cláusula de derecho aplicable, la *lex fori* o ley de lugar del arbitraje resulta pertinente para determinar la arbitrabilidad de la disputa” (RIZO, Vicente Bañuelos. **Arbitraje Comercial Internacional: comentarios a la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional**. Balderas: Limusa, 2010, p. 140). Cabe destacar que o termo arbitrabilidade é utilizado pelo autor em sentido amplo (no sentido de análise da jurisdição do tribunal arbitral como um todo), e não no sentido estrito (arbitrabilidade subjetiva e objetiva).

¹⁷⁷ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1576.

¹⁷⁸ “Evidentemente que a mesma lei que atribui este poder aos árbitros pode admitir que as partes alterem o princípio da competência-competência consensualmente. Nesta hipótese, as partes podem dispor na convenção de arbitragem, por exemplo, sobre o momento em que o exame da jurisdição arbitral deve ser feito, sobre o grau de profundidade deste exame na seara arbitral ou sobre a possibilidade de futuro reexame pelos próprios árbitros etc. Isso, porém, dependerá da convenção de arbitragem porque assim a lei permitiu” (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 62).

¹⁷⁹ A título de exemplo, nota-se que Daniel Girsberger e Nathalie Voser, ao analisarem a questão do ponto de vista do Direito suíço, afirma quem “an arbitration agreement must not violate the mandatory law of the (Swiss) *lex arbitri*. The following provisions of the SPILA are considered mandatory, i.e. they may not be modified by the parties: (...) principle of “competence-competence” (Art. 186(1) SPILA;” (GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**. 3 ed. Haia: Kluwer Law International, 2016, p. 113).

arbitragem (efeito positivo), normalmente presente na lei de arbitragem deste local. Da mesma forma, o dever de o Poder Judiciário deixar de examinar a jurisdição dos árbitros até que estes mesmos o façam decorrerá do Direito processual da sede da arbitragem (efeito negativo), normalmente contido na lei de arbitragem ou no código de processo civil deste local”¹⁸⁰.

Uma vez fixadas todas essas proposições acerca das diferentes representações da arbitragem internacional, importância da sede da arbitragem e regência da competência-competência pela *lex arbitri*, importa analisar se a diferenciação jurídica entre arbitragem doméstica e arbitragem internacional, adotada por algumas legislações nacionais, tem o condão de interferir no regime de competência-competência adotado por elas.

2.7 DIFERENCIAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM DOMÉSTICA E ARBITRAGEM INTERNACIONAL E SUA RELAÇÃO COM A DEFINIÇÃO DO REGIME DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

A existência ou não de diferenças entre arbitragem doméstica e arbitragem internacional, bem como a necessidade ou não de oferecer tratamentos jurídicos distintos a cada uma, encontra posicionamentos divergentes na doutrina.

Há, em síntese, duas correntes de pensamento. A primeira, acredita que juridicamente inexistente diferença, ou, ao menos, necessidade ou utilidade em diferenciar, a arbitragem doméstica da internacional. A segunda, por outro lado, entende ser essencial o estabelecimento de uma distinção do ponto de vista jurídico, sobretudo para resguardar características da arbitragem internacional tidas por essencialmente distintas da arbitragem doméstica.

No direito internacional público, se estuda a divisão entre ordem jurídica interna e internacional sob os prismas do monismo e dualismo¹⁸¹. No âmbito da arbitragem, alguns autores adotam essa abordagem para analisar as diferenças existentes entre arbitragem doméstica e arbitragem internacional, bem como a necessidade ou não de serem estabelecidos regimes jurídicos distintos para cada uma das figuras¹⁸².

¹⁸⁰ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 78.

¹⁸¹ Para uma análise ampla sobre monismo e dualismo no direito internacional público, ver: REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-29; HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 54-65; FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36-39.

¹⁸² Para uma análise ampla sobre monismo e dualismo na arbitragem, ver: CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 477-481. Ver, ainda: BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XI, n. 43, p. 52-92, 2014. Trimestral; MAYER, Pierre. Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?: (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance). **Revue de L'arbitrage**, França, n. 2, p. 361-374, 2005; TRIPODI, Leandro. A arbitragem doméstica e internacional: o que significam monismo e dualismo no

Essa terminologia, no entanto, não está livre de críticas, na medida em que os contornos da dicotomia entre monismo e dualismo no campo do direito internacional público relacionam-se mais diretamente com a hierarquia das normas de direito interno e internacional, bem como com a recepção das normas de direito internacional pelos ordenamentos internos, diferentemente do sentido que se lhes pretende atribuir no campo da arbitragem.

De toda forma, no contexto proposto por aqueles que analisam o tema no âmbito da arbitragem, seriam *dualistas* os ordenamentos que adotam regimes jurídicos distintos para arbitragem nacional e internacional e *monistas* aqueles que apresentam um regime jurídico único. Leandro Tripodi explica como as noções de monismo e dualismo figuram no terreno da arbitragem, resumizando com precisão o racional subjacente a cada uma das teorias:

“No campo da arbitragem, utilizar os termos monista e dualista, para se referir à lei de arbitragem da sede, possui o efeito de classificá-las entre as que distinguem ou não a arbitragem doméstica da internacional. É dizer, de certa forma, que a lei de arbitragem monista entende que a arbitragem doméstica e a internacional compartilham do mesmo fundamento e natureza, ou possuem as mesmas carências de disciplinamento jurídico, ou ainda, dificilmente podem ser distinguidas. Por sua parte, a lei dualista enxerga ou fundamentos e/ou naturezas distintos, ou ainda diferentes aspectos a serem normativamente regulados, ou quiçá características fundamentais que opõem a arbitragem internacional à arbitragem doméstica”¹⁸³.

Para que se possa ter uma compreensão mais ampla sobre monismo e dualismo na arbitragem, importa expor com um pouco mais de detença os contornos assumidos por cada uma das teorias nesse âmbito, para, após, justificar as razões pelas quais a concepção monista nos parece a mais adequada.

Segundo a concepção *dualista*, devem ser implementados regramentos distintos para arbitragem doméstica e internacional, pois “no campo internacional, as arbitragens ganham um cunho próprio: assentam-se em regras materiais específicas que visam satisfazer as necessidades internacionais”¹⁸⁴. Atualmente, são dualistas, dentre outros países, França, Portugal e Suíça¹⁸⁵.

terreno da arbitragem? In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 329-336; DIAS, Aline Henriques. Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XIII, n. 50, p. 92-111, 2016. Trimestral.

¹⁸³ TRIPODI, Leandro. **A arbitragem doméstica e internacional**, *Op. Cit.*, p. 330-331.

¹⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 478.

¹⁸⁵ Como dá conta António Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 478-480). Além disso, Aline Henriques Dias identifica como dualistas, no contexto da América Latina, países como Chile, Colômbia e Costa Rica (DIAS, Aline Henriques. **Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial**, *Op. Cit.*, p. 94.

O cerne do pensamento dualista é, pois, a ideia de que a arbitragem internacional não seria arbitragem tal como concebida no âmbito doméstico, vale dizer, de que existem diferenças substanciais entre uma e outra, de modo que equipará-las, segundo metaforiza Jan Paulsson, seria o mesmo que igualar um elefante-marinho a um elefante¹⁸⁶.

Na visão do autor, a arbitragem doméstica seria uma alternativa à jurisdição estatal, ao passo que a arbitragem internacional não seria propriamente um mecanismo “alternativo” de solução de disputas e sim a única opção realista para a solução de controvérsias internacionais¹⁸⁷, razão pela qual seria possível viver sem a arbitragem doméstica (já que as cortes nacionais poderiam suprir o seu papel), mas impossível viver sem a arbitragem internacional, cujo desaparecimento geraria a exacerbação do risco das transações internacionais, especialmente à luz da inexistência de um sistema global de execução de sentenças judiciais¹⁸⁸.

Defendem os dualistas, assim, que a arbitragem internacional, sobretudo por se tratar de relevante instrumento do comércio internacional dotado de características próprias, deve receber um tratamento normativo mais permissivo e liberalizante do que a arbitragem interna, de modo que a aplicabilidade da última se dê de forma residual, abarcando somente procedimentos que envolvem interesses exclusivamente locais¹⁸⁹.

Isso porque, segundo a corrente dualista, a regulamentação da arbitragem doméstica reflete a concepção de cada país sobre como a justiça – e mais especificamente, a justiça privada – deve ser prestada, trazendo consigo a maior ou menor simpatia de determinado ordenamento por esse instituto que, em última análise, compete com a justiça estatal.¹⁹⁰ Por outro lado, quando se trata da regulamentação da arbitragem internacional, propugna a corrente dualista

¹⁸⁶ Nas palavras do autor: “Você não pensa que arbitragem internacional é arbitragem porque contém “arbitragem” em seu nome, pensa? Você pensa que um elefante-marinho é um elefante? Arbitragem internacional não é mais um “tipo” de arbitragem do que um elefante-marinho é um tipo de elefante. Verdade, um nos lembra do outro. Entretanto, a diferença na essência de suas naturezas é tão grande que suas similaridades são principalmente ilusórias. Elefantes-marinhos não têm pernas. Eles existem em um meio ambiente radicalmente diferente daquele dos elefantes. A arbitragem internacional não é menos singular. Isso precisa ser compreendido. O conceito é tão óbvio como a dicotomia entre animais com pernas e aqueles que não as tem. Aqui está a diferença: arbitragem é uma alternativa às cortes, mas arbitragem internacional é um monopólio – e isto a faz uma criatura diversa” (PAULSSON, Jan. Arbitragem nacional não é arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba, v. XI, n. 42, p. 208, 2014. Trimestral).

¹⁸⁷ PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*, *Op. Cit.*, p. 175.

¹⁸⁸ PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*, *Op. Cit.*, p. 174.

¹⁸⁹ BONATO, Giovanni. *Panorama da Arbitragem na França e na Itália*, *Op. Cit.*, p. 78-79.

¹⁹⁰ MAYER, Pierre. *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?*, *Op. Cit.*, p. 370.

que o legislador geralmente tem em conta dois objetivos específicos, quais sejam (i) a necessidade de acomodar, em um mesmo procedimento, partes, advogados e árbitros de sistemas jurídicos distintos – o que implica em ter de garantir a flexibilidade; e (ii) o propósito de atrair, para o território nacional, o maior número possível de arbitragens internacionais¹⁹¹.

Nesse contexto, os principais motivos que levam à adoção de um sistema dualista são (i) como já referido acima, a decisão política de determinada nação no sentido de buscar se tornar uma jurisdição amigável à arbitragem internacional, e, conseqüentemente, favorecer o comércio internacional, atendendo a anseios e preocupações de seus intervenientes no sentido de se desvincularem de práticas jurídicas locais; (ii) a opção por não alterar leis nacionais já existentes para a arbitragem doméstica – as quais, em regra, possuem caráter naturalmente mais restritivo –, adotando-se legislação específica para a arbitragem internacional; (iii) a intenção de contribuir para a proliferação e aplicação uniforme de normas destinadas a regular a arbitragem internacional; e (iv) a tentativa de proteger a validade da sentença arbitral, evitando-se os sobreditos protecionismos domésticos muitas vezes existentes na arbitragem interna¹⁹².

Em se adotando uma diferenciação de regimes jurídicos, há de se estabelecer quais são, segundo os adeptos da concepção dualista, os critérios de diferenciação entre arbitragem interna e internacional (*i.e.*, os elementos de estraneidade).

A doutrina¹⁹³ dá conta de que existem, basicamente, três critérios distintivos: (i) o critério objetivo, que foca na natureza da matéria objeto da disputa, isto é, no caráter nacional ou internacional da relação jurídica subjacente, sendo o adotado na França, pelo artigo 1504 do Novo Código de Processo Civil francês¹⁹⁴; (ii) o critério subjetivo, baseado na diferença de nacionalidade, domicílio ou local de atividade das partes, sendo o estabelecido na Suíça, pelo

¹⁹¹ MAYER, Pierre. **Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?**, *Op. Cit.*, p. 370-371.

¹⁹² DIAS, Aline Henriques. **Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial**, *Op. Cit.*, p. 96-102.

¹⁹³ Há diversos autores que analisam o tema com profundidade. Por todos, ver: LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 57-62; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 8-11; TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. **Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice**. Reino Unido: Oxford University Press, 2015, p. 45-50; POUDRET, Jean-françois. Critères d'extranéité de l'arbitrage international et droit communautaire. **Asa Bulletin**, Suíça, v. 16, n. 1, p. 22-42, 1998. Trimestral.

¹⁹⁴ A redação do aludido artigo, vertido ao inglês, conforme tradução de Emmanuel Gaillard, Nanou Leleu-Knobil e Daniela Pellarini, com os comentários de Charles Kaplan, é a seguinte: “An arbitration is international when international trade interests are at stake”. Disponível em: <http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf>, acessado em 28.07.2018, às 17:32.

artigo 176, item 1, do Código Federal Suíço de Direito Internacional Privado¹⁹⁵⁻¹⁹⁶; e (iii) o critério misto ou combinado, o qual mescla os dois critérios anteriores, sendo encampado pelo artigo 1(3) da Lei Modelo da UNCITRAL¹⁹⁷, cujos contornos serão analisados mais adiante.

Ao analisar os modelos adotados pelos países dualistas, António Menezes Cordeiro¹⁹⁸ dá conta de que existem duas configurações distintas, a saber¹⁹⁹: (i) o dualismo fraco, consistente na criação de dispositivos legais específicos e segmentados, dentro de um único instrumento legislativo, para regular arbitragem doméstica e internacional – como é o caso da França, que possui em seu diploma processual civil capítulos específicos e segmentados para a arbitragem doméstica e para a arbitragem internacional; e (ii) o dualismo forte, no qual existem duas leis distintas, uma para regular a arbitragem doméstica e outra para a arbitragem internacional – como é o caso da Suíça, que regula a arbitragem doméstica em seu código de processo civil e a arbitragem internacional no já referido Código Federal Suíço de Direito Internacional Privado.

O racional dos países dualistas, portanto, sejam eles de característica fraca ou forte, é de que se faz imprescindível, por razões de diversas naturezas (*i.e.*, pragmáticas, políticas, históricas ou culturais), regulamentar a arbitragem doméstica de forma distinta da internacional.

A concepção *monista*, por sua vez, defende que deve haver uma regulação uniforme da arbitragem, “independentemente de estarem em causa relações ou interesses ditos nacionais ou

¹⁹⁵ Assim vertido ao inglês: “The provisions of this chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland.” (Disponível em: <https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf>, acessado em 24.01.2018, às 01:41).

¹⁹⁶ Após comparar os critérios em questão, debruçando-se especificamente sobre as legislações francesa e suíça, Giovanni Bonato pontua que: “Como se vê, sobre a determinação da internacionalidade da arbitragem, enquanto o legislador francês valeu-se de um critério econômico, o suíço preferiu escolher um critério jurídico, assentado na presença de um elemento de estraneidade de uma das partes” (BONATO, Giovanni. **Panorama da Arbitragem na França e na Itália**, *Op. Cit.*, p. 82).

¹⁹⁷ Assim transcrito: “(3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.” (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, acessado em 25.01.2018, às 21:50).

¹⁹⁸ Franco defensor da corrente monista, como se verá mais adiante.

¹⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 478-479.

internacionais”²⁰⁰, bastando, portanto, um único conjunto de regras para regular arbitragem doméstica e internacional em um determinado ordenamento jurídico. Atualmente, identificam-se como puramente monistas países como Alemanha, Brasil e Holanda²⁰¹.

Esta corrente, conforme explica António Menezes Cordeiro, apresenta fundamentos de ordem prática e de ordem científica, os quais, em sua visão, explicam o enfraquecimento do ideal dualista em favor da concepção monista. O fundamento de ordem prática consiste na ideia de que a proliferação de legislações nacionais e convenções internacionais receptivas à arbitragem aproxima as arbitragens domésticas da prática arbitral internacional, de modo que não se faz necessário o estabelecimento de regimes jurídicos distintos. Por seu turno, os fundamentos de ordem científica consistem (i) na existência de valores comuns, ou ao menos, na inexistência de valores próprios da arbitragem internacional que axiologicamente mereçam tutela específica em relação à arbitragem doméstica; (ii) no predomínio, sob o ponto de vista prático, da adoção de soluções técnicas pelos tribunais arbitrais quando há confronto aberto entre ordens jurídicas na arbitragem, o que dispensaria o estabelecimento de regimentos distintos; e (iii) na formação via de regra internacional dos operadores da arbitragem doméstica, somada à circulação global de produção de conhecimento sobre a arbitragem, o que também aproximaria a arbitragem doméstica da internacional, tornando desnecessária uma regulação dualizada²⁰².

Há, ainda, outras justificativas favoráveis à não diferenciação entre arbitragem doméstica e internacional, tais como a ideia de que manter a simplicidade de uma disciplina normativa única evitaria discussões indesejáveis e potencialmente problemáticas sobre se determinada arbitragem é doméstica ou internacional, o que pode vir a se mostrar bastante

²⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 481.

²⁰¹ Giovanni Bonato cita, ainda, Áustria e Bélgica como países que acolheram o modelo monista (BONATO, Giovanni. **Panorama da Arbitragem na França e na Itália**, *Op. Cit.*, p. 82-83). Por sua vez, Aline Henriques Dias, seguindo a orientação de Giovanni Bonato, opta por classificar países como Espanha, Itália e Peru como expoentes do chamado sistema “monista internacionalizante” ou “misto”, na medida em que estes países dedicam algumas regras específicas à arbitragem internacional. A Autora ainda identifica como monistas puros, no cenário latino-americano, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela (DIAS, Aline Henriques. **Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial**, *Op. Cit.*, p. 103). António Menezes Cordeiro, por seu turno, não estabelece distinção entre monismo e monismo internacionalizante, incluindo Espanha e Itália na lista de países que, tal como Alemanha, Brasil e Holanda, são considerados monistas puros. O autor inclui nesta lista, ademais, países como Inglaterra e Suécia (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 480), sendo que com relação a esta última parece divergir de Jan Paulsson, para quem a Suécia “adotou características que resultam em significativas diferenças entre arbitragem e arbitragem internacional” (PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**, *Op. Cit.*, p. 177, tradução nossa).

²⁰² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 481-482.

complexo a depender dos elementos do caso concreto²⁰³; ou ainda a ideia de que o estabelecimento de um regramento único, desde que não indevidamente restritivo, também tem o condão de fortalecer a arbitragem doméstica, sem prejudicar a arbitragem internacional²⁰⁴.

Como se vê, os fundamentos que militam em favor da corrente monista têm em comum a ideia de que seria desnecessário estabelecer um regime jurídico específico para a arbitragem internacional, desde que se assegure um tratamento liberal à arbitragem de modo geral²⁰⁵, pois os ordenamentos internos estariam convergindo cada vez mais para a criação de elementos suficientemente aptos a acomodar as especificidades da arbitragem internacional²⁰⁶.

Com base em tudo o quanto acima se expôs, não há como negar que existem relevantíssimos argumentos em defesa tanto do monismo como do dualismo. Conquanto reconheçamos a importância dos argumentos favoráveis à corrente dualista – sobretudo à luz de seu peso histórico e cultural, bem como do nobre e necessário intento de preservar a arbitragem internacional – nos parece que, em sendo respeitada a flexibilidade que precisa ser conferida à arbitragem internacional, bem como em se estabelecendo um regime favorável à arbitragem de modo geral enquanto instituto, a adoção de um sistema monista não resultaria em prejuízos significativos. Nesse sentido, é crucial a ponderação de Pierre Mayer:

“A resposta à questão do monismo ou do dualismo tem sido vista como necessariamente resultante da concepção que o legislador faz sobre o que é adequado à arbitragem interna, por um lado, e à arbitragem internacional, por outro. Se esta concepção for comum, o monismo é possível, se não for, o dualismo segue”²⁰⁷.

Assim, caso determinado país aproxime arbitragem interna e internacional, preservando as características essenciais da segunda e cuidando para não lhe impor eventuais protecionismos de origem interna, nos parece viável a implementação de um regime monista. A propósito, colaciona-se o entendimento de Giovanni Bonatto:

“Encerrando o item da arbitragem internacional, é importante esclarecer que cada solução adotada na matéria apresenta aspectos positivos e negativos, sendo que a escolha de um dos modelos supramencionados parece decorrer de uma premissa maior: a regulamentação normativa reservada à arbitragem interna. Em um sistema em que se preveem disposições liberais, inspiradas ao favor arbitral, para

²⁰³ Nesse sentido, a ponderação de Giovanni Bonatto: “Acrescenta-se, ademais, que a adoção do monismo traz a vantagem indubitável de excluir discussões acerca da qualificação da arbitragem interna ou internacional, que às vezes revela-se como de árdua solução” (BONATTO, Giovanni. **Panorama da Arbitragem na França e na Itália**, *Op. Cit.*, p. 85).

²⁰⁴ DIAS, Aline Henriques. **Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial**, *Op. Cit.*, p. 92-111.

²⁰⁵ GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**, *Op. Cit.*, p. 42.

²⁰⁶ DIAS, Aline Henriques. **Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial**, *Op. Cit.*, p. 92-111.

²⁰⁷ MAYER, Pierre. **Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?**, *Op. Cit.*, p. 373.

regulamentar a arbitragem doméstica, não é preciso estabelecer um regime diferenciado para a arbitragem que envolve um elemento de estraneidade ou que coloca em jogo os interesses do comércio internacional”²⁰⁸.

E o autor italiano, à guisa de conclusão, assevera que “em um ordenamento *arbitration friendly*, no qual o tratamento normativo prestigia o desenvolvimento da arbitragem, não é necessário distinguir entre duas formas de arbitragem”²⁰⁹.

Por essas razões, nos parece que, em sendo observadas as considerações e condicionantes acima coligidas, é viável a adoção de uma regulamentação única para arbitragem doméstica e internacional, isto é, justifica-se o monismo.

Nesse tocante, fazemos referência a um elemento que nos parece capaz de contribuir com significativa eficácia à solução do embate, bem como corroborar a ideia de que, na hipótese de determinada lei nacional se mostrar devidamente favorável à arbitragem, não haveria necessidade de se disciplinar a arbitragem internacional em legislação específica.

Trata-se da Lei Modelo da UNCITRAL, amplamente festejada pela doutrina nacional²¹⁰ e estrangeira²¹¹, em virtude dos relevantes avanços trazidos ao desenvolvimento e solidificação da arbitragem em todo o mundo.

É certo que o principal objetivo do aludido diploma, originado em 1985 e aditado em 2006, é oferecer um regime específico para a arbitragem internacional²¹². Tanto é verdade, que além de estabelecer o já referido critério misto de identificação da internacionalidade da

²⁰⁸ BONATO, Giovanni. **Panorama da Arbitragem na França e na Itália**, *Op. Cit.*, p. 85.

²⁰⁹ BONATO, Giovanni. **Panorama da Arbitragem na França e na Itália**, *Op. Cit.*, p. 85. De forma ainda mais incisiva em defesa da prevalência do monismo, colhe-se a lição de António Menezes Cordeiro, para quem: “A ideia de uma arbitragem internacional diferenciada, porquanto mais flexível, só faz sentido partindo de um conceito ultrapassado: o de uma arbitragem interna restritiva. Por certo que, num ponto, se conservará uma particularidade internacional: o do reconhecimento e da execução das decisões estrangeiras. O dualismo, assente em razões circunstanciais, tem regredido” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 481).

²¹⁰ Por todos, confira-se o comentário de Adriana Braghetta: “Exemplo de sucesso, a Lei Modelo já foi adotada em uma série de países, bem como serviu de inspiração para outros, como o Brasil, ainda que não unicamente com relação a arbitragens internacionais” (BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 82-83).

²¹¹ Por todos, confira-se o comentário de Redfern e Hunter: “The Model Law has been a major success. The text goes through the arbitral process from beginning to end, in a simple and readily understandable form. It is a text that many states have adopted, either as it stands or with minor changes, as their own law of arbitration. So far, more than sixty states have adopted legislation based on the Model Law, with some, such as England, choosing to modernise their laws on arbitration without adopting the Model Law, whilst being careful to follow its format and to have close regard to its provisions.” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 63).

²¹² Como explica Adriana Braghetta, trata-se de lei, “vacionada para a arbitragem internacional, conforme seu próprio título” que tem como uma de suas origens o “consenso de que a arbitragem internacional merecia um tratamento diferenciado e harmônico” (BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 83).

arbitragem, a Lei Modelo traz diversas disposições voltadas à salvaguarda de características essenciais da arbitragem internacional, tais como (i) o mandamento segundo o qual a Lei Modelo deve ser interpretada de acordo com seu caráter internacional, com a necessidade de promover uniformidade em sua aplicação e com a observância da boa-fé, considerando-se, ainda, que questões atinentes a assuntos não regulados pela Lei Modelo devem ser interpretadas de acordo com os princípios gerais que a fundamentam²¹³; (ii) a regra de que nenhuma pessoa pode ser impedida de atuar como árbitro em razão de sua nacionalidade, salvo expresse acordo em contrário pelas partes²¹⁴; (iii) a determinação, direcionada a tribunais nacionais e autoridades responsáveis pela nomeação de árbitros, no sentido de que, caso lhes seja requisitada a nomeação de um árbitro único ou árbitro presidente para determinado procedimento arbitral, tomem em conta a conveniência de indicar árbitro de nacionalidade distinta das partes²¹⁵; e (iv) a concessão expressa de poderes aos tribunais locais para deferirem medidas de urgência relacionadas a disputas arbitrais, independentemente de o local da arbitragem ser ou não aquele País, sendo que tais poderes devem ser exercidos de acordo com os próprios procedimentos do tribunal local, mas levando-se em conta as características específicas da arbitragem internacional.

Não resta dúvida, portanto, de que a Lei Modelo possui expressa vocação internacional, tendo sido concebida com o franco propósito de facilitar o desenvolvimento da arbitragem internacional. Por outro lado, também é certo que nada impede a adoção da Lei Modelo, ou de legislação inspirada pela Lei Modelo, para regular arbitragens domésticas, como esclarece o próprio Secretariado da UNCITRAL:

²¹³ Como prevê o artigo 2A, assim transcrito: “(1) In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith. (2) Questions concerning matters governed by this Law which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which this Law is based.” (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, acessado em 25.01.2018, às 21:52).

²¹⁴ Como prevê o artigo 11(1), assim transcrito: “(1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.” (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, acessado em 25.01.2018, às 21:55).

²¹⁵ Como prevê a última parte do artigo 11(5), assim transcrito: “(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) or (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.” (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, acessado em 25.01.2018, às 21:59).

“As a response to the inadequacies and disparities of national laws, the Model Law presents a special legal regime tailored to international commercial arbitration, without affecting any relevant treaty in force in the State adopting the Model Law. While the Model Law was designed with international commercial arbitration in mind, it offers a set of basic rules that are not, in and of themselves, unsuitable to any other type of arbitration. States may thus consider extending their enactment of the Model Law to cover also domestic disputes, as a number of enacting States already have.”²¹⁶

Disso decorre que adotar a Lei Modelo – ou guiar-se fortemente por seus principais preceitos e viés favorecedor à arbitragem – pode ser, como de fato tem sido, uma eficaz e salutar solução para ordenamentos jurídicos monistas no que toca à arbitragem, pois os torna aptos a sediar, sem prejuízo às partes, procedimentos arbitrais internacionais²¹⁷.

Em nosso entender, trata-se precisamente do caso do Brasil, que teve na Lei Modelo uma das principais fontes de inspiração para a Lei nº. 9.307/1996²¹⁸, apesar de não fazer expressa distinção entre arbitragem internacional e doméstica²¹⁹. Em artigo especificamente dedicado ao tema, Selma Lemes expõe que a legislação brasileira “tem sua gênese na Lei Modelo da UNCITRAL”²²⁰, tendo incorporado suas principais disposições²²¹⁻²²².

²¹⁶ É o que consta do parágrafo 10, página 25, da Nota Explanatória do Secretariado da UNCITRAL, disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, acessado em 26.01.2018, às 00:47.

²¹⁷ Isso tudo, é claro, desde que não se permita que a prática da arbitragem doméstica desenvolva patologias, as quais poderiam afetar o desenvolvimento da arbitragem internacional em ordenamentos monistas, como pondera Jan Paulsson: “Some countries were so enthusiastic about the Model Law that they embraced it for all types of arbitration. This is acceptable as long as the practice of domestic arbitration does not develop pathologies; measures to correct domestic phenomena may unintentionally stifle international advances and harmonization” (PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**, *Op. Cit.*, p. 177).

²¹⁸ Juntamente com a Convenção de Nova York e a legislação espanhola então vigente. Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 26; LEMES, Selma. **Princípios e Origens da Lei de Arbitragem**. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 51, p. 34, out. 1997.

²¹⁹ Nesse ponto, destacamos que a doutrina reconhece à unanimidade que a Lei nº. 9.307/1996 não diferencia arbitragem doméstica e arbitragem internacional. Por todos, ver: CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 385; BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 32; e TIBURCIO, Carmen. **A Arbitragem Internacional**. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 167. (Coleção doutrinas essenciais).

²²⁰ LEMES, Selma. **Princípios e Origens da Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 34.

²²¹ Especialmente as seguintes: (i) obrigatoriedade e efeito vinculante da cláusula compromissória; (ii) autonomia das partes para fixação das regras procedimentais; (iii) procedimentos para indicação de árbitros; (iv) dever de revelação do árbitro com relação fatos que denotem dúvida injustificada sobre sua imparcialidade e independência; (v) regra da competência-competência e autonomia da cláusula compromissória; (vi) autorização para que o Tribunal Arbitral solicite medidas cautelares; (vii) princípio do devido processo legal; (viii) dever de fundamentação das decisões; (ix) possibilidade de escolha das regras de direito que serão aplicadas na arbitragem; (x) manejo de pedido de esclarecimentos e ação anulatória de sentença arbitral; e (xi) reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira (LEMES, Selma. **Princípios e Origens da Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 34-35).

²²² Embora não todas, como bem ressalta Donald Donovan, que de toda forma reconhece não haver prejuízo decorrente da adoção não integral da Lei Modelo: “For a non-Brazilian practitioner, the 1996 Brazilian Arbitration Act is a mix of the familiar and the specific. The Act reflects the influence of the UNCITRAL Model Law on

Em decorrência disso, nos parece que a legislação brasileira é francamente favorável à arbitragem como têm reconhecido o Poder Judiciário Brasileiro e a doutrina nacional e estrangeira²²³. Além disso não nos parece haver previsões na Lei nº. 9.307/1996 que prejudiquem ou de alguma forma restrinjam o regular desenvolvimento da arbitragem internacional, de modo que o Brasil parece cumprir o requisito de ser *arbitration friendly*, trazido por Giovanni Bonato como elemento justificador da opção pelo monismo. Assim, por todas essas razões, entendemos acertada e justificada a escolha do legislador brasileiro pelo monismo^{224_225}.

Commercial Arbitration and the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards (the New York Convention), but at the same time contains features reflecting the drafters' decision to seek harmonization of Brazil's existing legislation with modern trends in arbitration." (DONOVAN, Donald Francis. *International Arbitration in Brazil*. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 207. (Coleção doutrinas essenciais).). Gabrielle Kaufmann-Kohler, ao tratar de países que adotaram a Lei Modelo da Uncitral (como é o caso do Canadá, que simplesmente deletou a expressão "international arbitration", tendo, no mais a adotado *in totum*), menciona que o Brasil promoveu ajustes "muito importantes" ("very important" nas palavras da autora), sem, contudo, explicar quais teriam sido essas alterações (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**, *Op. Cit.*, p. 1315).

²²³ José Fichtner, Sérgio Mannhaimer e André Monteiro assim avaliam o desenvolvimento da arbitragem no Brasil: "Assim é que a jurisprudência maciça dos órgãos jurisdicionais estatais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), produziu arestos paradigmáticos que afirmaram a validade e a eficácia da arbitragem como extraordinário instrumento alternativo de solução de controvérsias de alta complexidade. (...). Ela [a Lei nº 9.307/1996] forjou uma estrutura legal que permitiu que o instituto vicejasse naturalmente, a partir da preservação de suas características privadas, consolidando bases sólidas para o instituto, num misto de flexibilidade e efetividade" (FICHTNER, José Antonio; MANNHAIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Novos termos de arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.19-20). Na mesma linha, ver: ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 165. No âmbito da doutrina internacional, Donald Donovan, ao tratar da arbitragem no cenário brasileiro, afirma que: "there can be no question that the Act has enabled Brazil to establish itself as an internationally recognized site for the conduct of major international arbitrations" (DONOVAN, Donald Francis. **International Arbitration in Brazil**, *Op. Cit.*, p. 207).

²²⁴ Para uma visão mais aprofundada sobre outras razões que também suportam esta conclusão, ver: DIAS, Aline Henriques. **Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial**, *Op. Cit.*, p. 108-111.

²²⁵ Ao concordarmos com a opção do legislador brasileiro pelo monismo, discordamos da visão de Leandro Tripodi. Reputando inadequada a escolha do monismo, o autor "sugere que o Brasil adote uma visão quanto à arbitragem, que se não for dualista *stricto sensu* (pois isso exigiria, muito provavelmente, a redação de uma nova lei arbitral), pelo menos respeite, de um lado, a arbitragem doméstica, sujeita a regras que atendam às particularidades brasileiras, e, de outro, a arbitragem internacional sediada no Brasil". Por entender que a arbitragem internacional deve se sujeitar a regras universalizadas ditadas não por um país ou outro, mas pela comunidade arbitral, o autor propõe a inclusão na Lei nº. 9.307/1996 de dispositivo que determine que, na arbitragem internacional sediada em território brasileiro, deverão ser observadas, em regime de prioridade em face das disposições legais, os usos e costumes da arbitragem internacional (TRIPODI, Leandro. **A arbitragem doméstica e internacional**, *Op. Cit.*, p. 335-336, grifos no original). Ao nosso entender, conquanto seja certamente interessante que a arbitragem internacional se guie pelos usos e costumes internacionais, sobretudo no que toca a questões procedimentais, nos parece forçoso concluir que a Lei nº. 9.307/1996 não criou substanciais amarras ou impediu de alguma forma que a arbitragem internacional se desenvolva à luz da prática arbitral internacional ou ainda adotou previsões que fujam daquilo que comumente se observa em procedimentos internacionais. Além disso, é certo que as próprias partes, no âmbito da convenção de arbitragem (*e.g.*, determinando expressamente que a arbitragem observará os usos e costumes internacionais, optando de forma expressa pela vinculação a instrumentos de *soft law* que reflitam práticas internacionais, ou escolhendo instituição arbitral cujo regulamento

No que toca à intersecção do tema com o estudo da competência-competência, nos parece que, salvo raras exceções, a escolha pelo monismo ou dualismo não tende a interferir diretamente no regime de competência-competência que determinado ordenamento jurídico venha a adotar.

Isso porque o modelo de competência-competência adotado, em regra, não guarda relação direta com a opção de determinado ordenamento – eminentemente política, diga-se – por diferenciar o regime jurídico aplicável à arbitragem interna e à arbitragem internacional, isto é, por encampar uma visão monista ou dualista.

Em outras palavras, o reconhecimento da competência-competência em maior ou menor medida, bem como a adoção de um modelo de competência-competência mais ou menos protetivo, são fatores atinentes ao grau de autonomia da arbitragem face ao Poder Judiciário que determinado ordenamento, no âmbito de sua opção político-legislativa²²⁶, pretende estabelecer.

A escolha por robustecer ou mitigar a competência-competência independe, portanto, no mais das vezes, da adoção de um regime monista ou dualista, isto é, da diferenciação, no plano legislativo, dos regimes jurídicos aplicáveis à arbitragem doméstica e à arbitragem internacional.

Um ordenamento de orientação monista dificilmente adotará modelos de competência-competência totalmente distintos para arbitragem doméstica e internacional, haja vista que não as diferencia. Um ordenamento de orientação dualista, por outro lado, ao menos em tese, não estaria impedido de fazê-lo²²⁷. Nada obstante, nos parece se tratar de uma situação um tanto quanto incomum, já que, como visto acima, o principal racional subjacente à adoção de um regime dualista por determinado ordenamento jurídico²²⁸ é justamente o interesse em fortalecer

implemente práticas internacionais), bem como o próprio árbitro (caso entenda se tratar de disputa que envolva elementos de estraneidade), poderá conduzir o procedimento arbitral pautado nesta premissa, à luz dos usos e costumes e da prática internacionais, sem que haja a necessidade de previsão legal autorizativa expressa.

²²⁶ Nesse sentido: “O dilema é universal em matéria de arbitragem, sendo uma questão de política legislativa, quando se quer favorecer o desenvolvimento da arbitragem, dar a precedência temporal ao árbitro, e não ao juiz” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303).

²²⁷ Nesse tocante, Bertrand Ancel afirma que a subordinação da arbitragem ao judiciário quando há algum vício que acomete a existência, validade ou amplitude da convenção de arbitragem é algo que, embora prejudicial à arbitragem, até seria “plausível para a arbitragem interna, mas nem tanto para a arbitragem internacional” (ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 54).

²²⁸ Sendo certo que os ordenamentos de orientação dualista já adotam, via de regra, posição notoriamente favorável à arbitragem.

ainda mais a arbitragem internacional em comparação à doméstica. Destarte, a princípio, não haveria sentido em que tal ordenamento adotasse regimes distintos de competência-competência para arbitragem doméstica e internacional.

Essa assertiva se comprova, em parte, por meio do estudo da legislação de países dualistas, como é o caso de Portugal e França, nos quais inexiste diferenciação entre o modelo de competência-competência adotado para a arbitragem doméstica e aquele empregado na arbitragem internacional.

Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil francês prevê expressamente, em seu artigo 1506, que os artigos 1448 e 1465, os quais estabelecem a competência-competência no âmbito da arbitragem doméstica, aplicar-se-ão à arbitragem internacional.

A Lei de Arbitragem Portuguesa dispõe, em seu artigo 49, o qual inaugura o capítulo dedicado à arbitragem internacional, que a esta serão aplicáveis todas as disposições relativas à arbitragem interna que não sejam excetuadas. Com isso, atrai a aplicabilidade, à arbitragem internacional, dos artigos 5º (que versa sobre o “efeito negativo da convenção de arbitragem”) e 18 (que versa sobre a “competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência”), aplicáveis à arbitragem interna.

Uma exceção a essa tendência, no entanto, parece ser o ordenamento jurídico suíço. O artigo 7º do Código Federal Suíço de Direito Internacional Privado (aplicável à arbitragem internacional) e o artigo 61 do Código de Processo Civil Suíço (aplicável à arbitragem doméstica), ambos responsáveis por consagrar a regra da competência-competência, possuem conteúdo materialmente equivalente, mas são aplicados de forma diversa pela jurisprudência.

Como se explanará melhor ao tratarmos do regime de competência-competência suíço (item 3.3.3 abaixo), a Suprema Corte do país entende que, em arbitragens internacionais com sede no exterior, cabe ao Poder Judiciário Suíço promover o *full review* da convenção de arbitragem, antes ou depois de instituída a arbitragem, o que não ocorre em arbitragens domésticas ou em arbitragens internacionais sediadas no país, nas quais se respeita a regra de prioridade em favor do árbitro²²⁹.

²²⁹ Nesse sentido: “In some countries, courts distinguish between arbitration held at home or abroad. Swiss courts, for example, make a full and comprehensive review of the validity of the arbitration clause when the arbitration has its seat abroad. By contrast, when the arbitration is held in Switzerland, judges engage only in a summary examination of arbitral jurisdiction (examen sommaire). Full review must wait until the award stage” (PARK, William W. **The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 58-90; Ver também: GAILLARD, Emmanuel. BERMANN, George A. (eds.). **The UNCITRAL Secretariat Guide on the New York**

O racional subjacente a essa diferenciação, que não fica livre de críticas²³⁰, é o fato de que, no entendimento do Poder Judiciário suíço, nas arbitragens sediadas no país haverá a possibilidade de ser conduzida uma ampla revisão sobre a jurisdição do árbitro uma vez finda a arbitragem, o que justificaria o estabelecimento de uma regra de prioridade em favor do árbitro e a fixação de um critério de revisão *prima facie*. O mesmo, contudo, não ocorreria nas arbitragens com sede no exterior, nas quais essa possibilidade deixaria de ocorrer, o que justificaria a condução de uma *full review*, com base no artigo II(3) da Convenção de Nova York²³¹.

Embora o cerne da diferenciação seja a localização da sede da arbitragem e não propriamente o fato de se tratar conceitualmente de uma arbitragem internacional ou doméstica, o ponto é que, na prática, acaba havendo uma diferenciação no regime de competência-competência aplicável a algumas arbitragens internacionais (com sede fora do país), o qual se mostra menos protetivo à arbitragem, contrariando a tendência acima apontada de que a escolha pelo monismo ou dualismo não teria, em regra, o condão de interferir na regra da competência-competência.

De todo modo, é possível estabelecer que a opção legislativa pelo monismo ou dualismo, salvo exceções específicas como é o caso suíço, não interfere (e não há porque interferir) na adoção de um regime de competência-competência mais ou menos protetivo para a arbitragem doméstica em relação à arbitragem internacional ou vice-versa. A opção pelo monismo ou dualismo, nos parece forçoso reconhecer, é mais afeta à escolha política do legislador pela adoção ou não de um regime jurídico específico para a arbitragem internacional, do que à escolha de regimes diferenciados de competência-competência.

Convention. Leiden: Brill Nijhoff, 2016, p. 65; MONTEIRO, André Luis Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 42.

²³⁰ Como se verá no item 3.3.3 abaixo.

²³¹ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 262; e KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 248.

2.8 EFEITOS DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

2.8.1 EFEITO POSITIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

O efeito positivo da competência-competência confere ao árbitro o poder para decidir questões afetas à sua própria jurisdição²³². Implica, pois, uma atribuição de poder (ou um “suplemento de competência”²³³) para que o árbitro analise questões concernentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, assim como outras questões que possam acarretar a extinção prematura da arbitragem²³⁴.

A doutrina dá conta de que o efeito positivo da competência-competência “é admitido em geral sem grande dificuldade na comunidade internacional e na maioria das legislações modernas relativas à arbitragem internacional”²³⁵, ou, indo ainda mais além, de que se encontra “recognized in a vast majority of countries”²³⁶ sendo “universally accepted in all developed legal systems”^{237_238}.

Conquanto a ideia geral acima formulada nos pareça, de fato, ser amplamente aceita em uma vastidão de ordens jurídicas, excepcionadas as raríssimas exceções já apontadas, há

²³² BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1.069; LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 333; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 401; POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 387; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 239; SYNKOVÁ, Sandra. **Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 72; MERCHÁN, José F. Merino; MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral**, *Op. cit.*, p. 1365; MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 137; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303; BOUCARON-NARDETTO, Magali. **Le principe compétence-competence em droit de l’arbitrage**. 2011. 678 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Nice Sophia Antipolis, Nice, 2011, p. 293.

²³³ GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**, *Op. Cit.*, p. 219.

²³⁴ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 36.

²³⁵ ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 53.

²³⁶ GAILLARD, Emmanuel. BANIFATEMI, Yas. 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**. Londres: Cameron May, 2008, p. 259.

²³⁷ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, 2014, p. 1.069.

²³⁸ Também reconhecendo a amplíssima aceitação do efeito positivo da competência-competência, ver: SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 176; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 406; CAMELO, Antônio Sampaio. **Direito da arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 45; SYNKOVÁ, Sandra. **Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 71; LANDOLT, Phillip. **The Inconvenience of Principle**, *Op. Cit.*, p. 520; BOUCARON-NARDETTO, Magali. **Le principe compétence-competence em droit de l’arbitrage**, *Op. Cit.*, p. 296.

importantes nuances afetas ao efeito positivo da competência-competência que merecem ser analisadas com um pouco mais de detença.

O primeiro ponto consiste em fixar-se com clareza que o efeito positivo “se projeta em relação *ao árbitro* e lhe outorga competência para decidir contestações a respeito da própria jurisdição”²³⁹. Assim, o destinatário do efeito positivo da regra da competência-competência é indiscutivelmente o árbitro²⁴⁰, o que inclui, naturalmente, o tribunal arbitral, o árbitro de emergência ou a instituição arbitral escolhida pelas partes²⁴¹.

Além disso, importa atentar que o efeito positivo da competência-competência está calcado sobretudo em “razões pragmáticas”, já que possui o manifesto objetivo de impedir que a parte desinteressada no trâmite regular da arbitragem ataque a convenção de arbitragem para tentar suspender o curso da arbitragem até a análise da questão pelo Poder Judiciário²⁴².

Ao tratar do tema, Bertrand Ancel descreve com clareza a indesejável e injusta situação que o não reconhecimento do efeito positivo da competência-competência impõe à parte que busca instaurar a arbitragem:

“certamente, é suficiente observar, de maneira bastante pragmática, que negar ao árbitro a possibilidade de se pronunciar sobre sua própria competência é impor ao demandante, que acredita nessa competência, a necessidade de procurar a confirmação desta competência por um tribunal estatal, enquanto que ao demandado caberá apenas esperar o resultado desse recurso, mesmo tendo sido ele quem tomou a iniciativa do contencioso sobre a competência: mesmo que em princípio seja a quem invoca a nulidade de um ato que incumbe estabelecer seus vícios, aqui o caráter prejudicial da questão imporá uma inversão das posições processuais das partes, e o ônus da alegação e da provas (sic) seria transferido a outra parte e, ainda, atrasaria a resolução do litígio quanto ao fundo. Não seria justo nem oportuno recompensar assim as manobras dilatórias do demandado²⁴³”.

É justamente com base nesse raciocínio, que o efeito positivo da competência-competência garante que o procedimento arbitral não seja automaticamente suspenso em virtude da simples arguição de uma objeção por uma das partes contra a jurisdição do árbitro.

²³⁹ GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**, *Op. Cit.*, p. 219, grifo nosso.

²⁴⁰ PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 70; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 239; MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 137.

²⁴¹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 170-173.

²⁴² GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**, *Op. Cit.*, p. 220. Sobre o fundamento do efeito positivo da competência-competência em razões pragmáticas, ver também: CAMELO, Antônio Sampaio. **Direito da arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 45.

²⁴³ ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 52-53.

Em outras palavras, o árbitro é empoderado para prosseguir com o procedimento arbitral ainda que uma das partes desafie sua jurisdição, inclusive perante o Poder Judiciário, não sendo necessário aguardar o resultado da discussão judicial para que a arbitragem siga seu curso²⁴⁴.

Dessa feita, com o reconhecimento do efeito positivo, ainda que não se admita o efeito negativo ou que este seja admitido com restrições que permitam a análise de objeções pelo Poder Judiciário antes da prolação da sentença arbitral final, a simples arguição de objeções à jurisdição arbitral não causará a suspensão da arbitragem²⁴⁵.

Cumprido destacar, ademais, que embora o efeito positivo da competência-competência confira ao árbitro o poder de decidir sobre sua própria jurisdição nos termos acima delineados, isso não significa que essa decisão será dada em caráter final e definitivo²⁴⁶.

Com efeito, como se viu acima, a questão será objeto de controle pelo poder judiciário²⁴⁷, dentro dos limites e de acordo com as características previstas na *lex arbitrii*, a qual poderá, inclusive, admitir ou não a renúncia a medidas judiciais de controle da sentença arbitral²⁴⁸. Também é possível que a questão venha a ser analisada pelo Poder Judiciário do local em que se venha a buscar o reconhecimento e execução da sentença arbitral, por força do artigo V(1)(a) da Convenção de Nova York²⁴⁹.

Por derradeiro, outro ponto que nos parece relevante acerca do efeito positivo é se o poder conferido ao árbitro para decidir sobre sua jurisdição o autoriza a fazê-lo *ex officio* ou somente mediante provocação de uma das partes.

²⁴⁴ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, *Op. Cit.*, p. 406.

²⁴⁵ BERMANN, George A. The Gateway Problem in International Commercial Arbitration. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 37, p. 50, 2012.

²⁴⁶ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 399-400; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 175.

²⁴⁷ SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 176; JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 508-509.

²⁴⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 38.

²⁴⁹ A redação do artigo V(1)(a) da Convenção de Nova York, em português, tal como consta do Decreto nº. 4.311, de 23 de Julho de 2002 é a seguinte: “Artigo V. 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida”.

O ponto de partida para a solução da questão deve ser a análise da *lex arbitrii*, verificando-se em que termos o poder para decidir sobre sua própria jurisdição é conferido ao árbitro.

Diferentes resultados podem advir dessa análise: a lei que rege e arbitragem pode (i) conferir autorização expressa para que o árbitro decida de ofício sobre sua própria jurisdição (ii) condicionar essa decisão à provocação de uma das partes; ou (iii) simplesmente silenciar a esse respeito.

Em qualquer dos casos, mas especialmente no último, ainda é possível que restem dúvidas sobre a questão, como se comprova pela análise meramente ilustrativa dos ordenamentos brasileiro, suíço e português no tocante ao tema.

O parágrafo único do artigo 8º da Lei nº. 9.307/1996 determina de forma expressa que “caberá ao árbitro decidir *de oficio*, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. A legislação suíça, por outro lado, silencia a esse respeito, ao passo que a portuguesa adota formulação imprecisa. Em todos esses ordenamentos há amplos debates doutrinários sobre a possibilidade de decisão *ex officio* pelo árbitro acerca de sua competência²⁵⁰.

Assim, embora o estudo da questão se inicie com a análise da *lex arbitrii*, torna-se necessário fazer um exame mais detido, diante da existência de divergências doutrinárias.

No caso brasileiro, a defesa da tese de que a análise deve ocorrer *ex officio* decorre não apenas da interpretação literal do artigo parágrafo 8º da Lei nº. 9.307/1996, como também da dicção do parágrafo único do artigo 168 do CC, o qual prevê que cabe ao Juiz pronunciar as nulidades “quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

Assim, entende-se que “a competência para a análise *incidenter tantum* da convenção de arbitragem está implícita em todo e qualquer pedido que se faça aos árbitros, a menos que

²⁵⁰ A propósito, André Luís Quintas Monteiro faz profunda análise acerca do tratamento legislativo conferido à questão pelas legislações suíça e portuguesa, cotejando-as com a brasileira, bem como aos embates doutrinários travados sobre o tema, chegando à conclusão de que, embora muito bem estruturados, os entendimentos doutrinários sobre o tema nas legislações estrangeiras não podem ser integralmente transpostos à conjuntura jurídica pátria (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 212-216).

as partes estipulem que competirá apenas ao juiz apreciar a regularidade da convenção”²⁵¹. Via de consequência, a análise de sua própria jurisdição seria um requisito preliminar à análise pelo árbitro da matéria de fundo da disputa a ser resolvida em arbitragem.

De forma complementar a essa posição, no entanto, deve-se considerar que o árbitro tem de agir com cautela para que, ao exercer *ex officio* o poder de decidir sobre sua jurisdição, examine apenas questões que não estejam sob a esfera de disponibilidade das partes.

Todas as demais questões, como por exemplo causas de anulabilidade da convenção de arbitragem, só devem ser analisadas mediante provocação. Assim, conquanto possa o árbitro analisar sua jurisdição de ofício, essa análise deve contemplar apenas “(i) a inarbitrabilidade da controvérsia e (ii) as hipóteses de nulidade da convenção de arbitragem”²⁵².

2.8.2 EFEITO NEGATIVO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Como se viu, por mais que o efeito positivo da competência-competência confira ao árbitro o poder de decidir sobre sua própria jurisdição, esse efeito não impede, por si só, que o Poder Judiciário também decida concomitantemente sobre a jurisdição do árbitro²⁵³.

Essa possibilidade de interferência do Poder Judiciário, sem que se imponha nenhuma restrição do ponto de vista temporal ou do ponto de vista de profundidade cognitiva, pode mitigar significativamente a efetividade ou utilidade do efeito positivo da competência, ou até negá-la, como defendem alguns²⁵⁴.

Nesse contexto, como medida de reforço ao efeito positivo²⁵⁵, surge o efeito negativo da competência-competência, cujo reconhecimento pleno, em linhas gerais, implica em impedir

²⁵¹ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 162.

²⁵² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 216. No mesmo sentido, Vicente Rizo Bañuelos entende que faz parte do efeito positivo da competência-competência o árbitro “pronunciarse de ofício sobre su competencia, sin necesidad de que se haya opuesto una excepción de incompetencia. Esto es así en virtud de que pueden existir elementos que no se depuran, en caso de que no se hayan hecho valer por las partes, como sucede cuando el tribunal es incompetente debido a que la materia no es arbitrable o por causas de orden público” (RIZO, Vicente Bañuelos. **Arbitraje Comercial Internacional**, *Op. Cit.*, p. 221).

²⁵³ BREKOULAKIS, Stavros. **The Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 13.

²⁵⁴ GAILLARD, Emmanuel. BANIFATEMI, Yas. **Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 261.

²⁵⁵ Como bem esclarece Bertrand Ancel, o efeito negativo da competência-competência é “um fator de proteção que, longe de se opor ao efeito positivo, o confirma ao proteger o exercício da competência-competência de toda intervenção da autoridade judicial estatal. (ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 54).

que o poder judiciário analise questões atinentes à convenção de arbitragem e à arbitrabilidade da disputa (ou seja, impugnações à sua jurisdição), ao menos até que o árbitro tenha tido a oportunidade de decidir a esse respeito²⁵⁶.

Assim, enquanto o efeito positivo promove uma atribuição de poder ao árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, o efeito negativo acarreta uma retirada de poder das cortes estatais (destinatárias do comando, portanto²⁵⁷) para decidir sobre a competência do árbitro.²⁵⁸

Essa retirada de poder não é integral, tampouco perpétua, até porque o controle judicial, como já se teve a oportunidade de expor acima, é verdadeiro elemento de legitimidade da arbitragem, não podendo ser simplesmente desconsiderado.

O que há, em verdade, é o estabelecimento de uma regra de prioridade temporal ou cronológica em favor do árbitro²⁵⁹, ao qual caberá decidir, em caráter de precedência, todas as questões que de alguma forma possam interferir com a sua jurisdição para resolver determinada disputa, resguardada a possibilidade de o Poder Judiciário reexaminar essas questões em sede de controle posterior²⁶⁰.

Emmanuel Gaillard, a quem é atribuída a criação do termo “efeito negativo”, em artigo escrito em conjunto com Yas Banifatemi, parte do efeito positivo da competência-competência para então explicar o seu efeito negativo, nos seguintes termos:

²⁵⁶ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1069-1070; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 401; MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 137; MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral**, *Op. cit.*, 2014, p. 1358-1365; ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 54; BOUCARON-NARDETTO, Magali. **Le principe compétence-compétence em droit de l'arbitrage**, *Op. Cit.*, p. 53.

²⁵⁷ PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 70; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1069-1070; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 401; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 239; ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 54.

²⁵⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 39.

²⁵⁹ GAILLARD, Emmanuel. BANIFATEMI, Yas. **Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 259; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 401; GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**, *Op. Cit.*, p. 221); POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 387; MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 137; COELHO, Eleonora. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 330.

²⁶⁰ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 386; GAILLARD, Emmanuel. BERMANN, George A. (eds.). **The UNCITRAL Secretariat Guide on the New York Convention**, *Op. Cit.*, p. 41-42).

“Accepting this positive effect of the principle of competence-competence and the arbitrators’ inherent power to determine their jurisdiction on the basis of the arbitration agreement entails the consequence that domestic courts should not, in parallel and with the same degree of scrutiny, rule on the same issue, at least at the outset of the arbitral process. In other words, the courts should limit, at that stage, their review to a *prima facie* determination that the agreement is not ‘null and void, inoperative or incapable of being performed’. This principle is known as the ‘negative effect’ of competence-competence, which means that the arbitrators must be *the first* (as opposed to the *sole*) judges of their own jurisdiction and that the courts’ control is postponed to the stage of any action to enforce or to set aside the arbitral award rendered on the basis of the arbitration agreement. As a result, a court that is confronted with the question of the existence or validity of the arbitration agreement must refrain from hearing substantive arguments as to the arbitrators’ jurisdiction until such time as the arbitrators themselves have had an opportunity to do so”²⁶¹.

Como se vê, o racional subjacente ao efeito negativo da competência-competência é garantir que o árbitro seja o primeiro, embora não o único (já que em regra não se exclui o controle posterior pelo Poder Judiciário), a decidir sobre sua própria jurisdição.

E o meio adotado para concretizar esse propósito é, senão a eliminação, a significativa limitação da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na fase preliminar da arbitragem para tratar de questões afetas à jurisdição do árbitro.

As hipóteses em que o Poder Judiciário pode se imiscuir nessas questões antes que o árbitro tenha tido a oportunidade de fazê-lo, dentro de um regime no qual viceje o efeito negativo em sua plenitude, são absolutamente restritas.

Trata-se, como propõe a doutrina e será esmiuçado em tópico próprio, de fazer com que a análise judicial da convenção da arbitragem e de questões que afetem a jurisdição do árbitro somente possa ser realizada em caráter *prima facie*, bem como que se preste a controlar apenas e tão somente questões aberrantes, vale dizer, casos de manifesta nulidade.

A principal representação do efeito negativo da competência-competência se verifica na França, que não por acaso é o berço do idealizador do termo “efeito negativo”, assim como o é de uma diversidade de precedentes judiciais e implementações legislativas voltadas a concretizá-lo.

A análise dos contornos desse modelo, bem como dos demais modelos que materializam as distintas formas de recepção do efeito negativo por outros ordenamentos, será feita com a devida minúcia em capítulo próprio.

²⁶¹ GAILLARD, Emmanuel. BANIFATEMI, Yas. **Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 259-260.

Por ora, importa destacar que o efeito negativo, tal como concebido no Direito francês, estabelece que, uma vez iniciada a arbitragem, o árbitro é a única instância com poderes para decidir qualquer questão relativa à sua jurisdição, de modo que a única hipótese de atuação pelo poder judiciário antes da decisão arbitral (i) se dá quando não há arbitragem iniciada; e (ii) ainda assim, está limitada a uma análise *prima facie*, destinada a combater casos de manifesta nulidade.

A doutrina francesa vem há muito se ocupando de fornecer justificativas para a necessidade de ampla adoção do efeito positivo. Bertrand Ancel, por exemplo, identifica as seguintes justificativas para adoção do efeito negativo: (i) a necessidade de se combater o desenvolvimento anárquico de contenciosos dilatórios; (ii) o fato de que um regime de competência concorrente entre juiz e árbitro acabaria se resolvendo em benefício do juiz estatal, na medida em que o árbitro sempre acabaria renunciando à sua própria jurisdição, caso constatado algum óbice à validade, existência ou extensão da cláusula pelo juízo estatal, o que tende a ser ainda mais problemático em uma arbitragem internacional, sobretudo se os árbitros envolvidos adotarem uma postura tendente à deslocalização da arbitragem; (iii) o grave risco à segurança jurídica especialmente no cenário referido no item anterior; (iv) a ideia de que permitir o amplo recurso ao poder judiciário, inclusive a título de ajuizamento de ação declaratória de existência ou inexistência de cláusula arbitral, aumentaria significativamente o número de ações judiciais e recursos, cuja redução é precisamente uma das coisas que se pretende alcançar com a profusão da arbitragem; e (v) a convenção de arbitragem seria um mecanismo de *opt out* com relação ao poder judiciário, implementado pelas partes mediante cuidadosa escolha, já que estão em última análise renunciando à jurisdição estatal, razão pela qual a intervenção estatal deve ser limitadíssima, ocorrendo apenas no caso e na medida em que a parte perdedora resista ao adversário²⁶².

Na mesma linha, Emmanuel Gaillard e Yas Banifetami identificam que as considerações de política legislativa subjacentes ao reconhecimento do efeito negativo consistem essencialmente no interesse em (i) prevenir a adoção de medidas dilatórias pela parte recalcitrante, evitando-se a proliferação de litígios em paralelo à arbitragem; e (ii) centralizar as disputas relativas à existência e validade da convenção de arbitragem, de maneira que caiba ao árbitro se manifestar em primeiro lugar, resguardada a possibilidade de o poder

²⁶² ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 59-63.

judiciário promover uma ampla revisão da decisão arbitral²⁶³. A defesa do efeito negativo, vale dizer, pode ser bem sumarizada nas palavras de Jan Paulsson²⁶⁴:

“Although it may happen that arbitrators erroneously assume jurisdiction and that this cannot be corrected for quite some time thereafter, that possibility is less daunting than the risk of crating incentives for bad-faith tactics of parasitic litigation in order to disrupt the work of arbitrators, who should not a priori be suspected of inability or disinclination to perceive a valid objection to their jurisdiction”.²⁶⁵

Nada obstante, a amplitude dos poderes que são conferidos ao árbitro (e consequentemente retirados do Poder Judiciário) pelo modelo francês, não se verifica em uma diversidade de outros ordenamentos.

De fato, o efeito negativo da competência-competência não conta com a mesma amplitude de aceitação que possui o efeito positivo, o que é reconhecido por diversos outros autores²⁶⁶, inclusive os seus idealizadores e mais francos adeptos²⁶⁷. Isso sem falar que também há relevantes autores contrários ao efeito negativo da competência-competência²⁶⁸.

²⁶³ GAILLARD, Emmanuel. BANIFATEMI, Yas. **Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 259-260.

²⁶⁴ Que embora seja sueco, possui distinta atuação não apenas na França, como em diversas outras jurisdições, sendo um aguerrido defensor do efeito negativo da competência-competência e da autonomia da arbitragem de forma geral.

²⁶⁵ PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**, *Op. Cit.*, p. 59.

²⁶⁶ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1069-1070; PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 58-90; BREKOULAKIS, Stavros. **The Negative Effect of Compétence-Compétence**, *Op. Cit.*, p. 13.

²⁶⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 406; GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**, *Op. Cit.*, p. 221.

²⁶⁸ Nesse sentido, Stavros Brekoulakis critica severamente a ideia de efeito negativo da competência-competência, basicamente com esteio nos seguintes pontos: (i) conferir jurisdição exclusiva a um foro cuja jurisdição esteja sendo contestada desafiaria não apenas a lógica, como também noções básicas de legitimidade; (ii) a análise prioritária pelo árbitro esvazia o resultado da decisão pendente, já que cria uma presunção de validade da convenção de arbitragem; (iii) limitar o escrutínio judicial da convenção de arbitragem a uma análise *prima facie* permite na prática dar efetividade a convenções de arbitragem possivelmente válidas, o que seria desproporcional e indesejável; (iv) o critério de análise *prima facie* possui limitações práticas, como se percebe, por exemplo, na dificuldade de que haveria em determinar, *prima facie*, várias questões relevantes e frequentemente vistas em arbitragem, como é o caso da vinculação de partes não signatárias à convenção de arbitragem, de cessionários de contrato contendo cláusulas compromissórias, ou, ainda, de incorporação de convenção de arbitragem por referência. Em todos esses casos, há relevantes questões referentes ao consentimento no sentido de arbitrar que podem ficar severamente prejudicadas se apenas uma análise *prima facie* for admitida; (v) ainda que haja relevantes argumentos em termos de política de favorecimento à arbitragem – *i.e.*, evitar expedientes protelatórios e consequente dispêndio de recursos, honrar o compromisso de arbitrar previamente assumido, concentrar a análise da disputa em um foro único – isso deve ser visto dentro de um contexto, considerando-se que (v.1) aguardar uma determinação final do árbitro também pode gerar dispêndio desnecessário de recursos (v.2) expedientes protelatórios podem ser minimizados, bastando que se autorize ao árbitro prosseguir com a disputa independentemente da discussão judicial; e (v.3) o estabelecimento do efeito negativo deve ter em mente os riscos que sua eventual deturpação pode causar, sendo certo que, neste caso, o resultado é denegar a uma das partes o acesso ao Poder Judiciário; (vi) todas esses pontos suscitados acabam gerando questionamentos sobre a legitimidade da arbitragem; e (vii) ainda que se argumente que da adoção de um modelo de competência

Por outro lado, também é impossível negar que o efeito negativo já conta com um crescente reconhecimento internacional, o que, vale dizer, se manifesta em diversas gradações, havendo países que conferem mais poderes do que outros às cortes estatais para controlar a competência do árbitro em momento outro que não após a decisão arbitral sobre o tema²⁶⁹.

Dito de outra forma, há diversos países que reconhecem, cada um à sua maneira e com base em suas próprias escolhas de política legislativa, alguma forma de efeito negativo da competência-competência. As variações adotadas podem ser de diversas naturezas.

Em paradigmático texto sobre a jurisdição do árbitro para determinar sua própria jurisdição, William Park identifica basicamente dois pontos de divergência entre os diversos ordenamentos no que toca ao efeito negativo da competência-competência: (i) o momento em que caberá ao juiz interferir para verificar possíveis excessos, vale dizer, se essa intervenção será cabível antes e/ou durante e/ou somente após a decisão do árbitro sobre sua própria competência; e (ii) o caráter final da decisão do árbitro, na medida em que há ordenamentos que autorizam as partes a excluírem por completo a possibilidade de revisão judicial da decisão arbitral sobre jurisdição (como é o caso dos Estados Unidos), ao passo que há países que rejeitam integralmente essa possibilidade (como é o caso da Alemanha)²⁷⁰.

Também tratando das diferentes manifestações do efeito negativo da competência-competência nas distintas jurisdições em que é de alguma forma acolhido, André Luís Quintas Monteiro identifica outros fatores de distinção, a saber:

“De uma forma geral, pode-se dizer que os ordenamentos jurídicos contemporâneos acolhem estas exceções [vícios manifestos, explicitados pela formulação amplamente utilizada de *null and void, inoperative or incapable of being performed*] ao efeito negativo do princípio da competência-competência. Há variações, porém, (i) em relação ao *grau de cognição* exercido pelo Poder Judiciário ao examinar estas hipóteses, (ii) em relação ao *momento* em que o Poder Judiciário é chamado a apreciar a matéria, bem como (iii) em relação ao fato de se tratar de uma arbitragem *doméstica ou internacional, sediada ou não* no local em que a demanda judicial está em curso. No que diz respeito ao grau de cognição, as exceções ao efeito negativo do princípio da competência-competência podem ser objeto de cognição superficial (*prima facie review*) ou cognição profunda (*full review*). Em relação ao momento em que a demanda judicial é proposta, estas exceções podem ser examinadas antes ou após a

concorrente entre juiz e árbitro sobreviria o risco de decisões conflitantes, é possível adotar medidas mitigatórias desse risco, como por exemplo (vii.1) limitar os casos em que a análise concomitante pode ser feita pelo Poder Judiciário a casos em que apenas a existência e validade de uma convenção de arbitragem estejam sendo questionadas; e (vii.2) estabelecer que a decisão que transitar em julgado primeiro vinculará a outra (BREKOUKAKIS, Stavros. **The Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 12-18).

²⁶⁹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 39.

²⁷⁰ PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 56-57.

instituição da arbitragem. Por fim, o exame das exceções ao princípio em estudo pode variar conforme se trate de arbitragem doméstica ou de arbitragem internacional, bem como, neste último caso, se a sede da arbitragem é no mesmo local em que a demanda judicial foi ajuizada ou não”²⁷¹.

Os contornos específicos de cada um desses fatores, bem como seus impactos para a prática da arbitragem nas jurisdições que o adotam, serão analisados quando forem abordados os diferentes modelos de competência-competência, bem como as condições e critérios que precisam ser verificados para que possa ocorrer a análise judicial da jurisdição do árbitro.

2.9 DISTINÇÃO ENTRE OS EFEITOS DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Não raro, se verifica na doutrina alguma confusão entre os efeitos positivo e negativo da competência-competência e os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem. Uma análise detida, no entanto, aponta para uma série de relevantes diferenças entre tais figuras.

Importa, pois, delinear os efeitos da convenção de arbitragem (item 2.9.1 abaixo) para, após, traçar sua necessária diferenciação com relação aos efeitos da competência-competência (item 2.9.2 abaixo).

2.9.1 OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

2.9.1.1 Breves considerações sobre a convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem “é o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal”²⁷².

São espécies de convenção de arbitragem a cláusula compromissória (artigo 4º da Lei nº. 9.309/1996 e artigo 853 do CC) e o compromisso arbitral (artigo 9º da Lei nº. 9.309/1996 e artigo 851 do CC)²⁷³.

²⁷¹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 41.

²⁷² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

²⁷³ Nesse esteio, dispõe o artigo 3º da Lei nº. 9.307/96 que “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. A cláusula compromissória, como determina o artigo 4º da Lei, “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” ao passo que o compromisso arbitral, por disposição do artigo 9º da Lei “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Nota-se, portanto, que “O compromisso arbitral é a forma de instituição da arbitragem

No Brasil, anteriormente à Lei nº. 9.307/1996, o inadimplemento da cláusula compromissória somente conferia à parte prejudicada a faculdade de reclamar perdas e danos, não lhe sendo dado arguir exceção à justiça togada²⁷⁴, por se tratar de mero pré-contrato (ou *pacto de contrahendo*) que dependia da celebração de um compromisso arbitral para que a arbitragem pudesse ser instaurada²⁷⁵. Tratava-se, pois, de cenário de franco desprestígio ao instituto da arbitragem²⁷⁶.

O advento da legislação vigente robusteceu a arbitragem por meio de diversas medidas²⁷⁷, dentre as quais se destaca (i) a inclusão, no regime jurídico da arbitragem e,

tradicionalmente utilizada quando o litígio já existe, isto é, existindo o conflito entre as partes, elas podem definir a arbitragem como forma de solução. Nada impede, porém, que antes do conflito existir, mas já na constância de uma relação jurídica entre as partes, estas celebrem um compromisso arbitral prevendo questões que serão solucionadas por meio da arbitragem, embora tal situação não seja comum. Já a cláusula compromissória é tipicamente inserida em negócios jurídicos celebrados entre as partes e, por isso, é caracterizada como a convenção de arbitragem anterior ao litígio. É prevista no momento em que as partes celebram um contrato cujo cumprimento espera-se ocorrer sem qualquer percalço, ficando latente a cláusula até a ocorrência de um conflito a ser solucionado” (GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 6-7). Para uma análise específica sobre as diferenças entre cláusula compromissória e compromisso, ver: BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Obrigações e contratos**: contratos em espécie: serviços e circulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 977-988. (Coleção doutrinas essenciais).

²⁷⁴ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à Arbitragem. São Paulo: Ltr, 1997, p. 82.

²⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 77.

²⁷⁶ Tratando da arbitragem no Brasil em um cenário anterior à Lei nº 9.307/96, mais especificamente sobre as desvantagens trazidas à arbitragem pelo regime então vigente, Carlos Alberto Carmona afirma que: “É de todo inconveniente continuar a conceber-se a cláusula compromissória como mera promessa de firmar compromisso. Não basta também dar à cláusula o mesmo efeito do compromisso para excluir a atuação do juiz estatal: faz-se necessário ir além, estabelecendo que tanto uma como outro podem instituir o juízo arbitral, sendo aconselhável portanto a adoção do critério introduzido na França com o *Nouveau Code de Procédure Civile*, que trata da *covention d’arbitrage* (incluindo cláusula e compromisso), estabelecendo depois a disciplina específica de cada um dos institutos. Contornam-se, assim, de modo adequado, os problemas que derivam da execução específica da obrigação de fazer (ou seja, de formar compromisso), e da exigência de cláusulas compromissórias que contenham todos (ou quase todos) os elementos do compromisso. Abrandar a técnica da execução específica e reconhecer que o signatário de um contrato que contenha cláusula compromissória pode requerer ao juiz que institua o juízo arbitral, nomeando árbitro e especificando o objeto do litígio, certamente constitui a melhor alternativa para encorajar a utilização da arbitragem no Brasil” (CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**, *Op. Cit.*, 134-135, grifos no original). No mesmo sentido: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 116, p. 176-177, jul. 2012; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p. 188.

²⁷⁷ A propósito, José Emilio Nunes Pinto destaca que “Com a edição da Lei de Arbitragem, o quadro se modificou de forma substancial. Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art. 7.º da Lei 9.307/1996), atribui-se a ela, desde que se possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, “cláusula cheia”, o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já que, por força do art. 5.º da Lei 9.307/1996, proceder-se-á da forma prevista nas regras escolhidas. Portanto, em face do art. 5.º da Lei 9.307/1996 e desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso.” (PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. In:

especificamente, no regime jurídico da convenção de arbitragem, de figuras como a competência-competência e a separabilidade da cláusula compromissória²⁷⁸; (ii) o reconhecimento da convenção de arbitragem enquanto negócio jurídico (e não apenas como um mero pré-contrato); e (iii) a atribuição clara dos efeitos positivo e negativo, abaixo descritos.

Com isso, como é natural, o instituto restou francamente fortalecido, na medida em que tais figuras buscam justamente dar efetividade à vontade manifestada pelas partes no sentido de, recorrendo ao juízo arbitral, não terem sua controvérsia submetida aos tribunais estatais²⁷⁹.

2.9.1.2 O efeito positivo da convenção de arbitragem

O efeito positivo da convenção de arbitragem consiste, grosso modo, em uma obrigação incumbente às partes no sentido de cumprir, de boa-fé, o quanto pactuado na convenção de arbitragem, isto é, resolver determinadas disputas por meio da via arbitral²⁸⁰. Essa é, sem dúvida, sua principal característica²⁸¹.

Ao promover uma análise mais aprofundada do tema, a doutrina em geral destrincha esse efeito em três distintos aspectos: (i) o direito que qualquer das partes signatárias da convenção de arbitragem tem de buscar a resolução do mérito de determinada disputa por meio da arbitragem²⁸²; (ii) o correlato dever da contraparte de se submeter, de boa-fé, à via arbitral para resolução do mérito da disputa²⁸³, não lhe sendo dado o direito unilateral de

WALD, Arnoldo (Org.). **Arbitragem e mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 226. (Coleção doutrinas essenciais).

²⁷⁸ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 37-42.

²⁷⁹ COSSÍO, Francisco González de. El principio competencia-competence revisitado. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Arbitragem e mediação**: a arbitragem. introdução e histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79. (Coleção doutrinas essenciais).

²⁸⁰ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 123.

²⁸¹ Nas palavras de Gary Born: “The most fundamental objective and effect of an international arbitration agreement is to obligate the parties to participate cooperatively and in good faith in the resolution of their disputes by arbitration pursuant to that agreement. As discussed above, this obligation is a sui generis one – requiring parties whose underlying commercial or other relations have deteriorated to the point of litigation to cooperate together, in good faith, in an adjudicatory procedure that will finally resolve their disputes, either for or against one of the parties” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1254). No mesmo sentido, Giovanni Ettore Nanni afirma que “A posição das contratantes ao celebrarem a cláusula compromissória é de partes em colaboração. O que ambas buscam, nesse momento, é criar um mecanismo que seja aplicável à solução de suas controvérsias, se e quando venham a surgir. É nesse cenário que as partes devem atuar, em cooperação mediante comportamento ético e probo (art. 422, CC), sempre em prol da eficiência máxima da cláusula compromissória” (NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15).

²⁸² LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 101.

²⁸³ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1254; LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 159; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303.

arrependimento posterior²⁸⁴; e (iii) a atribuição de jurisdição aos árbitros para julgarem o mérito da disputa²⁸⁵, também chamada de efeito direto²⁸⁶.

Como se percebe de plano, os comandos abarcados pelo efeito positivo da convenção de arbitragem possuem destinatários distintos, quais sejam as partes (no caso dos dois primeiros aspectos) e o árbitro (no caso do terceiro aspecto)²⁸⁷.

Importa destacar, ademais, que o efeito positivo da convenção de arbitragem, de maneira geral, não é expressamente estabelecido em legislações nacionais ou tratados internacionais²⁸⁸, que se preocupam mais em firmar as bases do efeito negativo²⁸⁹, muito embora seja possível de alguma forma extrair o efeito positivo de alguns desses instrumentos legislativos²⁹⁰.

Isso parece se dever ao fato de que o efeito positivo, especialmente no que toca aos dois primeiros aspectos acima elencados, “muitas vezes é tratado sob o enfoque dos princípios que o informam”²⁹¹, vale dizer, é uma decorrência direta do postulado de direito material do *pacta sunt servanda*, o que tornaria desnecessária a criação de previsão legal direta em instrumentos jurídicos específicos do direito da arbitragem²⁹².

²⁸⁴ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 126.

²⁸⁵ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, *Op. Cit.*, p. 393-394.

²⁸⁶ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 159.

²⁸⁷ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 44-45.

²⁸⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 46.

²⁸⁹ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1254.

²⁹⁰ Com efeito, alguns doutrinadores entendem que o efeito positivo da competência-competência é implicitamente reconhecido pelo artigo II(1) da Convenção de Nova York, ao afirmar que “Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem”, bem como pelo artigo 1 do Protocolo de Genebra de 1923, que reza “Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”. Nesse sentido: BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1254; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 383.

²⁹¹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 127.

²⁹² BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1257-1258; GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 126. No mesmo sentido, destaca-se a ponderação de Fouchard, Gaillard e Goldman, que consideram o *pacta sunt servanda* a mais amplamente reconhecida norma de direito contratual internacional, alçando o postulado, em sua visão, o status de norma substantiva da arbitragem

Além da acercada relação com o *pacta sunt servanda*, os dois primeiros aspectos do efeito positivo da convenção de arbitragem também se relacionam intrinsecamente com a ideia de boa-fé processual, no sentido de que as partes devem cooperar entre si para permitir o regular prosseguimento da arbitragem²⁹³.

Nesse sentido, Gary Born dá conta, com base em ampla análise jurisprudencial, de diferentes contornos que já foram atribuídos ao efeito positivo da convenção de arbitragem enquanto obrigação de se submeter de boa-fé ao juízo arbitral, dentre os quais destacamos o dever de cooperar ao longo de todo o procedimento arbitral, inclusive na fase de constituição do tribunal; pagar as despesas do árbitro e custos administrativos de forma antecipada; cooperar com o árbitro com relação a questões procedimentais; se abster de obstruir ou tumultuar a arbitragem; respeitar a confidencialidade; e cumprir as ordens do árbitro, sejam elas interlocutórias ou finais, dentre outros²⁹⁴.

Nesse contexto, nota-se que os textos legais acabam por dispor expressamente não sobre o efeito positivo da convenção de arbitragem em si, mas sobre os remédios destinados a conferir-lhe efetividade, como é o caso da possibilidade de sua execução específica (a exemplo dos artigos 6º e 7º da Lei nº. 9.307/1996), o que não deixa de ser uma forma de privilegiar o efeito positivo. A aceitação desse remédio em outras jurisdições, é importante destacar, parece ser bastante controversa, havendo posições favoráveis e contrárias à sua viabilidade e efetividade²⁹⁵.

comercial internacional, o que tornaria desnecessária sua previsão legal expressa (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 382).

²⁹³ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 53-54.

²⁹⁴ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1262-1263.

²⁹⁵ Nesse sentido, Fouchard Gaillard a Goldman afirmam que “Most legal systems ensure that arbitration agreements are capable of specific performance” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 385). Em sentido diametralmente oposto, após fazer extensa análise sobre o tema, Gary Born afirma que “most states do not presently provide for specific performance of the positive obligations of arbitration agreements. Instead, the only real mechanism for enforcing such obligations is an indirect one: this enforcement mechanism takes the form of authorizing a kind of self-help, whereby the non-defaulting party may unilaterally commence and proceed with the arbitration without its counterparty’s participation” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1257-1258). Na mesma linha, Lew, Mistelis e Kröll são críticos da aplicação da execução específica da convenção de arbitragem, pois acreditam que compelir uma parte a arbitrar não seja o melhor caminho, na medida em que, embora isso garanta uma participação mínima da parte recalcitrante no procedimento arbitral “it is doubtful whether the ensuing arbitration proceedings will lead to the originally anticipated type of dispute resolution”. Os autores entendem, nesse esteio, na mesma linha de Gary Born, que o melhor seria compelir a parte recalcitrante de forma indireta, proibindo que tenha acesso ao poder judiciário para resolução da disputa, de modo a obrigá-la a ter de buscar seus direitos por meio da arbitragem (LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 160).

Por fim, o terceiro aspecto do efeito positivo, que também carece de previsão específica em instrumentos legislativos nacionais e estrangeiros, nos parece ser uma consequência direta do próprio texto da convenção de arbitragem²⁹⁶ enquanto negócio jurídico, na medida em que a convenção de arbitragem delimita o escopo de disputas submetidas à jurisdição arbitral²⁹⁷ conferindo ao árbitro todos os poderes necessários²⁹⁸ para decidir o mérito de todas as disputas abarcadas pela convenção de arbitragem²⁹⁹.

2.9.1.3 O efeito negativo da convenção de arbitragem

Diferentemente do efeito positivo, o efeito negativo da convenção de arbitragem possui previsão mais clara em tratados internacionais e legislações nacionais³⁰⁰, como é o caso dos artigos II(1) e II(3) da Convenção de Nova York, do artigo 8(1) da Lei Modelo da UNCITRAL e do artigo 485, VII, do CPC.

Em linhas gerais, o efeito negativo corresponde à proibição de litigar perante o Poder Judiciário questões substantivas submetidas por vontade das partes à arbitragem³⁰¹, retirando-se o poder das cortes estatais para conhecer questões de mérito que estejam nos limites da convenção de arbitragem³⁰². Nas palavras de Giovanni Ettore Nanni:

“Logo, desde o instante em que a convenção arbitral é firmada, ela adquire a chamada eficácia negativa, de tal sorte que as controvérsias havidas entre as partes deverão ser resolvidas exclusivamente por arbitragem, sendo obstada a atuação do Órgão Jurisdicional Estatal”³⁰³.

²⁹⁶ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 159.

²⁹⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 393-394.

²⁹⁸ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 159.

²⁹⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 393-394.

³⁰⁰ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 123; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1270; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 402.

³⁰¹ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1271.

³⁰² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 127; FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303; LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio. Note - MBV Commercial and Export Management Establishment v. Resil Indústria e Comércio Ltda., Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira No. 5.206-7, 12 December 2001. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. I, n. 3, p. 114-124, 2004. Trimestral.

³⁰³ NANNI, Giovanni Ettore. Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial – Impossibilidade de Revisão da Sentença Arbitral – Viabilidade da Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. I, n. 3, p. 156, 2004. Trimestral.

Dessa formulação geral, é possível destrinchar dois aspectos distintos, ambos relacionados à impossibilidade de conhecimento pelo Poder Judiciário do mérito de disputa submetida à arbitragem, quais sejam (i) o dever de extinguir ou suspender (dependendo do que previr a *lex arbitrii*) uma demanda judicial que tenha sido iniciada por uma das partes vinculadas a uma convenção de arbitragem; e (ii) a impossibilidade de revisitação pelo juízo estatal do mérito de uma controvérsia submetida à arbitragem³⁰⁴. Ambos os comandos, como se percebe, são claramente direcionados ao Poder Judiciário.

Com relação ao primeiro aspecto, destaca-se que, na maioria dos ordenamentos, não cabe ao juízo estatal extinguir a demanda judicial de ofício, sendo necessário que uma das partes argua uma exceção de arbitragem, na medida em que as partes podem renunciar à cláusula arbitral, seja expressa ou tacitamente. A renúncia expressa ocorre, por exemplo, quando as partes celebram um distrato com relação à cláusula arbitral. A renúncia tácita, por seu turno, ocorre (i) por parte do autor, quando ajuíza a demanda mesmo havendo convenção de arbitragem; e (ii) por parte do réu, quando deixa de opor exceção de arbitragem (isto é, de alegar a existência de convenção de arbitragem) no âmbito da demanda ajuizada pelo autor³⁰⁵.

Além disso, também é importante destacar que esse dever do Poder Judiciário de extinguir uma demanda em cujo âmbito seja arguida uma exceção de arbitragem não significa um afastamento absoluto de controle a esse respeito, na medida em que o juiz togado deverá fazer um controle prévio *prima facie* sobre a cláusula compromissória, como condição necessária ao acolhimento da exceção de arbitragem, também não se descartando a possibilidade de controle posterior da validade do procedimento arbitral.

Isso não implica, por outro lado, em um controle do mérito da sentença arbitral, sendo esse o segundo aspecto acima elencado. Com efeito, é também em decorrência do efeito negativo da convenção de arbitragem³⁰⁶ que questões de mérito submetidas à arbitragem não estarão sujeitas à revisão do Poder Judiciário, como já se teve a oportunidade de tratar acima,

³⁰⁴ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 51.

³⁰⁵ Tratando da impossibilidade de decisão *ex officio* pelo Poder Judiciário, do acolhimento dessa impossibilidade pela maioria dos ordenamentos, bem como das hipóteses de renúncia à convenção de arbitragem, ver: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 405-406; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1280-1281; GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 127; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 49-50.

³⁰⁶ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 50-51.

salvo em alguns ordenamentos jurídicos que admitem alguma forma de revisão meritória, como é o caso do Reino Unido e dos Estados Unidos.

2.9.2 DISTINÇÃO ENTRE OS EFEITOS DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E OS EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: JURISDIÇÃO PARA DECIDIR SOBRE JURISDIÇÃO VS. JURISDIÇÃO PARA JULGAR O MÉRITO

Uma vez delineados os efeitos positivo e negativo, tanto da competência-competência como da convenção de arbitragem, cumpre traçar as necessárias diferenciações entre eles.

Ao analisar o tema, André Luís Quintas Monteiro, resumindo com precisão as nuances de cada um dos quatro efeitos em questão, descreve de forma pormenorizada as distinções existentes entre eles, podendo-se depreender de sua exposição que o critério central de diferenciação é o objeto.

Isso porque os efeitos da convenção de arbitragem buscam garantir que o mérito da causa seja analisado pelo árbitro, ao passo que os efeitos da competência-competência dizem respeito à jurisdição da causa, na medida em que objetivam conferir poderes do árbitro para decidir questões afetas à sua própria jurisdição. Confira-se:

“O que se pode destacar como principal distinção entre os efeitos da convenção de arbitragem e os efeitos do princípio da competência-competência é que enquanto aqueles dizem respeito ao *mérito da causa*, estes últimos estão relacionados à *jurisdição* dos árbitros. Observe-se que o efeito positivo da convenção de arbitragem representa (i) o direito da parte signatária da convenção de arbitragem de ter o *mérito da causa* julgado pelo tribunal arbitral, (ii) a obrigação da parte contrária de se submeter ao julgamento de *mérito da causa* perante os árbitros, (iii) o poder do tribunal arbitral para julgar o *mérito da causa* e, por fim (iv) a regra de hermenêutica pró-arbitragem no sentido de solucionar eventuais dúvidas no sentido de atribuir aos árbitros o julgamento do *mérito da causa*. Já o efeito negativo da convenção de arbitragem significa (i) a impossibilidade de o Poder Judiciário julgar o *mérito da causa* que estiver abrangido por convenção de arbitragem (ii) a impossibilidade de o Poder Judiciário reexaminar o *mérito da causa* no âmbito da ação de anulação da sentença arbitral, do processo de reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras e da execução do pronunciamento arbitral. *Em todos os aspectos, os efeitos da convenção de arbitragem, tanto o positivo quanto o negativo, dizem respeito ao mérito da causa.* O efeito positivo do princípio da competência-competência prescreve (i) a atribuição ao tribunal arbitral do poder para decidir a respeito de sua própria *jurisdição*, (ii) a dispensabilidade de suspender a arbitragem diante de uma demanda judicial que pretenda questionar a *jurisdição* dos árbitros e (iii) a possibilidade de revisão judicial da decisão dos árbitros sobre sua própria *jurisdição* (não se trata de decisão final e definitiva). Por sua vez, o efeito negativo do princípio da competência-competência revela a retirada, como regra geral, dos órgãos judiciais do poder para apreciar a *jurisdição* do tribunal arbitral antes que os próprios árbitros o façam e (ii) a possibilidade, em caráter excepcional, de examinar a *jurisdição* dos árbitros diante de vícios manifestos. *Em todos os aspectos, os efeitos do princípio da competência-competência dizem respeito à jurisdição da causa.* Em conclusão, pode-se dizer que enquanto os efeitos da convenção de arbitragem procuram desvendar quem deve julgar o *mérito da causa*, os efeitos do princípio da competência-competência objetivam responder quem deve examinar a *jurisdição dos árbitros*.

Assim, lidam com o tema da divisão de poder entre tribunal arbitral e Poder Judiciário, mas em relação a um aspecto (*mérito da causa v. jurisdição dos árbitros*)³⁰⁷.

Como se vê, ainda que o autor não mencione expressamente, parece razoável concluir que o principal ponto de diferenciação entre os efeitos positivo e negativo da competência-competência e da convenção de arbitragem atine ao seu objeto.

No caso da convenção de arbitragem, o objeto do efeito negativo é a transferência de jurisdição ao árbitro (e conseqüente retirada de jurisdição das cortes estatais) para que resolva o mérito da disputa.

No caso da competência-competência, trata-se de garantir ao árbitro (conseqüentemente retirando-se do Poder Judiciário, nos termos e de acordo com os limites que vierem a ser previstos por cada ordenamento jurídico) a jurisdição para decidir impugnações que venham a ser direcionadas à sua própria jurisdição³⁰⁸.

Além de uma diferenciação baseada no objeto, a qual permite distinguir os efeitos da convenção de arbitragem e da competência-competência entre si de forma ampla, também há outros critérios distintivos, como é o caso, por exemplo, da diferença parcial de destinatários do efeito positivo.

O efeito positivo da competência-competência tem como destinatário o árbitro, na medida em que o empodera para decidir questões afetas à sua própria jurisdição. Embora haja, como visto, o entendimento de que esse também é um dos aspectos do efeito positivo da convenção de arbitragem (porém com relação ao mérito da disputa, como se viu), é certo que os dois principais aspectos do efeito positivo da convenção de arbitragem se direcionam às partes, que ficam obrigadas a ter de resolver o mérito de suas disputas por arbitragem, salvo se houver renúncia por parte de ambas à jurisdição arbitral previamente acordada, na medida em que se veda o arrependimento posterior.

³⁰⁷ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 53-54.

³⁰⁸ Nesse mesmo sentido é o entendimento de João Bosco Lee e Clávio Valença Filho, cuja lição, embora verse apenas sobre o efeito negativo, aplica-se indistintamente à diferenciação que ora se aponta: “Enquanto o efeito negativo da convenção de arbitragem impede o juiz estatal de apreciar o mérito da questão objeto de convenção de arbitragem, o efeito negativo da competência-competência impede que se pronuncie sobre a regularidade dos poderes do árbitro”. Nesse contexto, os autores classificam o efeito negativo da competência-competência como um “prolongamento do efeito negativo da convenção de arbitragem capaz de proibir o juiz estatal de decidir questões ligadas à existência ou aos limites do poder jurisdicional do árbitro ou, ainda, regular composição do tribunal arbitral” (LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio. **Note - MBV Commercial and Export Management Establishment v. Resil Indústria e Comércio Ltda**, *Op. Cit.*, p. 114-124).

Outro ponto de diferenciação, destaca-se, diz respeito ao efeito negativo da competência-competência em comparação com o efeito negativo da convenção de arbitragem, na medida em que o segundo é amplamente aceito, ao passo que o primeiro é objeto de relevantes controvérsias e divergências.

Afinal, como se teve a oportunidade de verificar acima, a maior parte das legislações nacionais e instrumentos legislativos internacionais reconhece com segurança a possibilidade de arguição de exceção de arbitragem quando uma das partes tenta discutir o mérito da disputa perante o poder judiciário (efeito negativo da convenção de arbitragem), o que não ocorre quando se trata de uma tentativa de uma das partes de discutir, perante o Poder Judiciário, a jurisdição do árbitro, caso em que diferentes soluções são apresentadas por cada ordenamento jurídico, inclusive no que toca à admissibilidade ou não de medidas antiprocessos e antiarbitragem, a depender do modelo de competência-competência que seja adotado.

2.10 COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA, SEPARABILIDADE E EFEITO ÚTIL DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Delineados os principais contornos da competência-competência, importa analisar outras duas figuras jurídicas que também se mostram relevantes para o estudo da possibilidade de controle preliminar da arbitragem pelo Poder Judiciário, bem como dos diversos modelos de competência-competência que serão estudados mais adiante.

Trata-se da separabilidade (ou autonomia) da cláusula compromissória e do efeito útil da convenção de arbitragem (ou favor arbitral), elementos que, embora não se confundam com a competência-competência, são muitas vezes empregados juntamente a ela quando se está diante de um problema de controle judicial prematuro da jurisdição arbitral.

2.10.1 EFEITO ÚTIL DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM (FAVOR ARBITRAL) E OUTROS MECANISMOS DE INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A doutrina entende de forma pacífica que a cláusula compromissória possui natureza de negócio jurídico, havendo divergências, no entanto, sobre se a cláusula compromissória deve ser classificada como negócio jurídico processual ou material.

Ao tratarem do tema, Carlos Alberto Carmona³⁰⁹, Luis Fernando Guerrero³¹⁰, Thiago Marinho Nunes³¹¹, e Ricardo Aprigliano³¹², dentre outros³¹³, entendem que a cláusula compromissória constitui um negócio jurídico processual.

Leonardo Carneiro da Cunha defende, ainda, ser a cláusula compromissória um “negócio jurídico processual típico” em decorrência do disposto nos artigos 267, VII e 301, IX do CPC/73³¹⁴ correspondentes aos artigos 337, X, e 485, VII do CPC/15.

Por outro lado, Giovanni Ettore Nanni, analisando o tema à luz do Direito Civil, entende que “é despiciendo o designativo *processual*” quando se designa a cláusula compromissória como um negócio jurídico, na medida em que a 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”³¹⁵.

Na mesma linha, após promover aprofundado estudo do tema também à luz do direito material, Eduardo Silva da Silva deixa de mencionar o vocábulo “processual” ao qualificar a

³⁰⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 102.

³¹⁰ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 10-15.

³¹¹ NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem e Prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

³¹² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Cláusula compromissória**, *Op. Cit.*, p. 176-177.

³¹³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Cláusula compromissória e compromisso**, *Op. Cit.*, p. 985. Na doutrina internacional: BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 360.

³¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios processuais**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 54.

³¹⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 16-17, grifos no original. Em outra oportunidade, mais precisamente em evento realizado na CIESP-FIESP para discussão específica sobre o tema, cujo conteúdo foi posteriormente transformado em livro, o autor, confrontando as diversas posições, concluiu: “Para sintetizar, reiterando a distinção de objeto: qual o objeto do negócio jurídico processual? Estabelecer mudanças no procedimento judicial. Qual o objeto da convenção de arbitragem? Atribuir jurisdição aos árbitros. Quando examinei a cláusula compromissória, afastando sua natureza processual, não levei em consideração o artigo 190 do CPC, eis que escrevi o texto entre 2011 e 2012. Agora, refletindo à luz do mesmo artigo 190 do CPC, manifesto a minha preocupação de se confundir assuntos que melhor seria se caminhassem cada qual em seu campo, sem agrupamento. Se correta a assertiva de que o artigo 190 do CPC se refere a mudanças no procedimento e não à atribuição de jurisdição aos árbitros, não vejo vantagem em se querer aplicar esse conceito, que é do Processo Civil, para a arbitragem. Corremos o risco de processualizar a arbitragem, algo que muitos vêm combatendo há anos, cujo efeito danoso seria incentivar o emprego de institutos tipicamente processuais à arbitragem, a qual vem funcionando muitíssimo bem no Brasil, alheia ao rito processual codificado” (NANNI, Giovanni Ettore. Convenção de arbitragem: negócio jurídico processual ou material?. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz. (Org.). **Negócios jurídicos processuais na arbitragem**. 1ed.São Paulo: CIESP, 2017, v. 1, p. 15).

cláusula compromissória, classificando-a simplesmente como uma “convenção privada instauradora da arbitragem”³¹⁶.

Seja processual ou material, o fato é que, enquanto negócio jurídico, a cláusula compromissória deve necessariamente ser disciplinada pelo Direito Civil³¹⁷ (ou outro direito material a ela aplicável, a depender do ordenamento jurídico), inclusive para fins de sua interpretação³¹⁸.

Não por outra razão, a doutrina aplica à interpretação da cláusula compromissória mecanismos hermenêuticos próprios do direito contratual, adaptando-os, como é natural, às particularidades da arbitragem.

Selma Lemes³¹⁹, com esteio em Fouchard, Gaillard e Goldman³²⁰, destaca que se aplicam à cláusula compromissória os seguintes cânones hermenêuticos: (i) interpretação de acordo com a boa-fé; (ii) atribuição de efeito útil ou efetividade; (iii) rejeição da interpretação estrita; e (iv) rejeição da interpretação *pro validate*³²¹.

O primeiro cânone hermenêutico tem como base o princípio da boa-fé, consagrado no direito civil brasileiro pelos artigos 113³²² e 422³²³ do CC, os quais impõem, respectivamente,

³¹⁶ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, 120-126.

³¹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 17; SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa**, *Op. Cit.*, 129; LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 20, p. 243-276, 2016; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Cláusula compromissória**, *Op. Cit.*, p. 175; VIDAL, Gustavo Pane. **Convenção de Arbitragem**. 2016. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 43-44.

³¹⁸ LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**, *Op. Cit.*, p. 195.

³¹⁹ LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**, *Op. Cit.*, p. 195-208.

³²⁰ Para quem “The principles of interpretation applied to arbitration agreements are the same as the general principles frequently adopted with respect to all contracts. They include the principle of interpretation in good faith (A), the principle of effective interpretation (B) and the principle of interpretation *contra proferentem* (C). However, the principles of strict interpretation (D) and of interpretation *in favorem validitatis* should not, in our view, apply.” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 257, grifos no original).

³²¹ LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**, *Op. Cit.*, p. 195-208.

³²² “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

³²³ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

a observância da boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos e o dever das partes contratantes de guardarem boa-fé no âmbito de sua relação contratual.

De igual forma, no direito processual civil, também se impõem os deveres de cooperação e comportamento de acordo com a boa-fé no âmbito do processo, nos termos dos artigos 5º³²⁴ e 6º³²⁵ do CPC/15.

Nesse esteio, com base na premissa acima firmada de que a cláusula compromissória é negócio jurídico, sua regência pelo princípio da boa-fé, ao menos no ordenamento brasileiro, é decorrência lógica e natural³²⁶, da qual derivam diferentes consequências³²⁷.

Para os fins específicos da interpretação da cláusula compromissória, a doutrina brasileira entende que, por força do artigo 112 do CC³²⁸, há de se perquirir a real intenção das partes ao pactuarem pela escolha da jurisdição arbitral, ao invés de apenas analisar a letra fria de suas palavras³²⁹.

Essa ideia, vale dizer, também é encampada pela doutrina internacional, como afirmam Fouchard, Gaillard e Goldman, ao pontuarem que interpretar a cláusula compromissória de acordo com a boa-fé significa entender “que a real intenção das partes deve sempre prevalecer sobre sua intenção declarada, na hipótese de não se mostrarem a mesma”³³⁰.

³²⁴ “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

³²⁵ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

³²⁶ PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil**, *Op. Cit.*, p. 228.

³²⁷ José Emílio Nunes Pinto, por exemplo acredita que, diante do regime instituído pelo CC no que toca à boa-fé, notadamente à luz das cláusulas gerais, a revelia da parte ou sua recusa em instaurar a arbitragem caracterizaria um ato ilícito (artigo 186 do CC) ensejador de reparação civil nos termos do artigo 402 e seguintes do CC. Essa ideia está intrinsecamente atrelada à posição do autor no sentido de que a cláusula compromissória seria verdadeiro elemento componente da equação econômica no negócio jurídico, devendo-se, portanto, prestigiá-la, sob pena de alterar-se a referida equação (PINTO, José Emílio Nunes. **A cláusula compromissória à luz do código civil**, *Op. Cit.*, p. 231). Fouchard, Gaillard e Goldman, por outro lado, entendem que: “This principle does not of course mean, as is sometimes suggested, that to challenge the existence or validity of an arbitration is necessarily an act of bad faith. In order for there to be bad faith, the existence and validity of the agreement on which a party seeks to renege must have been previously established. (...). “An example of bad faith will be the conduct of a party relying on an argument of pure form, which is wholly out of context or plainly contrary to the structure or the purpose of the agreement, in a bid to evade obligations which it had clearly undertaken to perform but which were expressed in ambiguous terms” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 257).

³²⁸ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

³²⁹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 32-33; LACRETA, Isabela. **Aspectos contratuais da cláusula compromissória**, *Op. Cit.*, p. 243-276.

³³⁰ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 257, tradução nossa.

O que se pode extrair, portanto, da interpretação dos negócios jurídicos à luz da boa-fé aplicada à arbitragem, é que a cláusula compromissória, enquanto negócio jurídico, há de ser interpretada dando-se prevalência à real intenção das partes quando confrontada com a sua vontade declarada.

O segundo cânone hermenêutico acima referido, isto é, o *efeito útil da cláusula compromissória*, decorre, em nosso ordenamento, como entende a doutrina³³¹, da previsão insculpida no artigo 184 do CC³³², o qual impõe um mandamento de conservação dos atos e negócios jurídicos (*utile per inutile non vitiatur*³³³).

No campo da arbitragem, interpretar a cláusula arbitral à luz de seu efeito útil “significa que devemos supor que os redatores de uma cláusula arbitral tinham a intenção de outorgar-lhe um significado real e possível de operacionalização”³³⁴.

Trata-se de conclusão derivada sobretudo do bom senso, e fundada na ideia de que se deve preferir uma interpretação que dê significado às palavras, ao invés de uma que as torne inúteis ou vazias de significado (*ut res magis valeat quam pereat*³³⁵).

É dizer: havendo duas interpretações possíveis, prefere-se aquela que confere efetividade àquela que impede a cláusula de produzir efeitos³³⁶, o que tem sido amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência como uma “regra de interpretação universalmente reconhecida”³³⁷, portanto aplicável também à realidade da arbitragem.

³³¹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 32-33; LACRETA, Isabela. **Aspectos contratuais da cláusula compromissória**, *Op. Cit.*, p. 243-276.

³³² “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

³³³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. v 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 333.

³³⁴ LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**, *Op. Cit.*, p. 200.

³³⁵ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 826.

³³⁶ “Em havendo controvérsia quanto à submissão da matéria à arbitragem, seja por falha ou dupla interpretação da cláusula compromissória, a tendência moderna dos doutrinadores e das cortes estatais é a de conferir ao órgão arbitral competência para a apreciação e o julgamento da questão” (MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 216).

³³⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 258.

Os dois últimos cânones hermenêuticos a serem estudados, diferentemente dos dois primeiros, são tidos pela doutrina como mecanismos interpretativos que devem ser serem rechaçados em matéria de arbitragem.

O primeiro deles é o *cânone de interpretação estrita*, o qual deriva da máxima de que “em regra, é estrita a interpretação das leis excepcionais, das fiscais e das punitivas”³³⁸.

A transposição desse racional à realidade da arbitragem, poderia dar a entender, ao menos em tese, que em sendo a arbitragem uma exceção à jurisdição estatal, a cláusula compromissória haveria de ser interpretada de forma estrita, portanto contrária ao instituto.

Essa interpretação tem sido fortemente rejeitada pela doutrina e jurisprudência no âmbito da arbitragem, sobretudo porque atualmente já é amplamente reconhecido que a arbitragem nada tem de excepcional, sendo correntemente utilizada para a solução de controvérsias, o que impede que a cláusula compromissória seja vista como uma exceção e, com isso, seja interpretada de forma estrita³³⁹.

Se a interpretação estrita deve ser evitada no campo da arbitragem, o mesmo se deve dizer com relação à interpretação extensiva da cláusula compromissória, último dos cânones hermenêuticos acima elencados.

Com efeito, embora se possa considerar que a interpretação *pro validate* de alguma forma configuraria um princípio “auxiliar” para fins da interpretação da cláusula compromissória³⁴⁰, não se pode pretender derivar uma presunção em favor da arbitragem da simples afirmação da existência de uma cláusula arbitral³⁴¹, sob pena de indevidamente hipertrofiar o instituto e, com isso, impor severo risco inclusive à sua própria legitimidade.

A ideia, portanto, é rejeitar cânones interpretativos que, para um lado ou para outro, indevidamente minimizem ou amplifiquem a aparência de vontade das partes no sentido de arbitrar, o que vai ao encontro da consagrada lição de Carlos Maximiliano, para quem “hoje, as palavras extensiva e restritiva, ou, melhor, estrita, não mais indicam critério fundamental de

³³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 187. (Coleção Fora de Série).

³³⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 258.

³⁴⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**, *Op. Cit.*, p. 207.

³⁴¹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 261.

exegese, nem se referem a processos aconselháveis para descobrir o sentido e alcance de um preceito”³⁴².

2.10.2 SEPARABILIDADE (AUTONOMIA) DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A “separabilidade” ou “autonomia” da cláusula compromissória (terminologia que varia amplamente na doutrina³⁴³) significa, em linhas gerais, que a cláusula compromissória constitui um negócio jurídico distinto do contrato no qual está contida ou ao qual se refere.

Trata-se de ideia universalmente aceita no campo da arbitragem³⁴⁴ e considerada por diversos autores como uma das pedras fundamentais ou princípios gerais da arbitragem, tanto do ponto de vista conceitual como prático³⁴⁵.

Ao se debruçar sobre a separabilidade de cláusula compromissória, Carlos Alberto Carmona, assevera que:

³⁴² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, *Op. Cit.*, p. 181.

³⁴³ A denominação empregada varia, sobretudo, de acordo com a tradição jurídica do ordenamento em questão. Nos países de *common law* emprega-se mais comumente o termo “separabilidade” (*separability* ou *severability*), ao passo que em países de *civil law*, além de “separabilidade” também são comumente aplicadas as denominações “autonomia” (*autonomy*), “independência” (*independence*) ou “destacamento” (*detachment*) da convenção de arbitragem, como dão conta Fouchard, Gaillard e Goldman (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 261). Há autores, no entanto, como é o caso de Gary Born, que criticam a aplicação dos termos “autonomia” e “independência”, pelas seguintes razões: (i) seria incorreto descrever a cláusula compromissória como “autônoma”, na medida em que está intimamente relacionada com o contrato base, com o qual possui uma função de inter-relação e apoio; (ii) o termo “separabilidade” refletiria com mais precisão o cerne da função do instituto, que tem mais a ver com o papel central da intenção das partes, do ponto de vista contratual, em formar uma cláusula compromissória “separada” do contrato principal, do que com uma determinação legal no sentido de que a cláusula compromissória seja autônoma em relação ao contrato; e (iii) seria prudente evitar o termo “autonomia”, para eliminar potencial confusão com o conceito de autonomia da arbitragem em relação à ordens jurídicas nacionais, o qual vigora em determinados ordenamentos (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 350-353). Há, ainda, divergência terminológica no que toca à qualificação jurídica da separabilidade. Alguns autores tratam como “princípio” outros como “doutrina” (*doctrine*) e outros, ainda, como uma “presunção”. Sem prejuízo do aprofundamento da discussão sobre o tema, que será feita mais adiante quando for discutida a natureza normativa da competência-competência (*i.e.*, se se trata de princípio ou de regra), nos parece interessante a terminologia adotada por Gary Born, qual seja “presunção de separabilidade”, baseada na ideia de que a separabilidade possui, grosso modo, três distintas *consequências* possíveis, expostas mais adiante, as quais *não necessariamente* virão a se configurar em todos os casos. Daí a ideia de chamar-se de uma presunção, pois poderá ser verificada e aplicada de forma contrária diante das circunstâncias fáticas de cada caso (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 350-353).

³⁴⁴ Gary Born, por exemplo, dá conta de que “it is now universally accepted that an international arbitration agreement is presumptively separable from the parties’ underlying contract; virtually no jurisdiction, developed or otherwise, dissents from this view” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 358). No mesmo sentido: LEW, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 106.

³⁴⁵ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 197; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 350; LEW, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A.; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 106.

“As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviço), de modo que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral. Consta-se, em outros termos, que a causa do contrato principal é diversa daquela que leva as partes a estipularem a solução arbitral para futuras controvérsias”³⁴⁶.

Como se denota pela lição do autor, a separabilidade da cláusula compromissória exprime a ideia geral de que as manifestações de vontade direcionadas ao objeto do contrato principal e à cláusula compromissória são distintas, donde decorre naturalmente que eventuais vícios que acometam o primeiro não necessariamente acometerão a segunda, e vice-versa.

Dessa premissa geral decorrem três consequências distintas da separabilidade da cláusula compromissória, as quais podem ser enunciadas da seguinte forma: (i) a cláusula compromissória e o contrato base não serão *necessariamente* regidos pelo mesmo ordenamento jurídico, ou, ainda que o sejam, não serão *necessariamente* regidos pelo mesmo conjunto de regras; (ii) os vícios que afetam o contrato base não *necessariamente* afetarão a cláusula compromissória; e (iii) os vícios que afetam a cláusula compromissória não *necessariamente* afetarão o contrato base³⁴⁷⁻³⁴⁸.

Como se percebe, o uso da palavra “necessariamente” é essencial para a correta formulação da ideia de separabilidade da cláusula compromissória. Jan Paulsson, ao tratar do tema, critica posicionamentos doutrinários que em seu entender formulam de forma equivocada a ideia de separabilidade, propondo, então, que seja formulada nos seguintes termos:

- “1. If an arbitration clause is valid, arbitrators may rule conclusively whether the contract that contains the clause in question is valid.
2. It is incorrect to say without qualification that arbitration clauses are valid irrespectively of the validity of the contract as a whole. To state the position accurately, the word ‘are’ in the preceding sentence must be replaced with ‘may be’. The invalidity of a contract does not *necessarily* lead to the invalidity of any arbitration clause in it. ‘Separable’ is not the same thing as ‘separated’.
3. There are good reasons to presume that arbitration clauses survive the invalidity of the contract.

³⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 173-174.

³⁴⁷ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 350.

³⁴⁸ Para uma análise mais aprofundada sobre cada uma das consequências da separabilidade da cláusula compromissória, fundamentada em interessante análise doutrinária e jurisprudencial, ver: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 54-61.

4. This means that the separability of the clause should be perceived as a default rule in the absence of prove to the contrary.

5. In the specific context of international arbitration, the conclusion under (4) is not sound, but compelling.”³⁴⁹

Com base nesse mesmo racional, e identificando os mesmos problemas em formulações mais desatentas do conceito, Gary Born defende que a separabilidade da cláusula compromissória seja tratada como uma “presunção” (“separability presumption”, nas palavras do autor³⁵⁰).

A proposta do autor com relação à terminologia nos parece bastante adequada, porquanto reflete precisamente a premissa acima enunciada de que, em regra, mas sujeito a exceções verificáveis em cada caso concreto (portanto “não necessariamente”), eventuais vícios que acometam o contrato principal não acometerão a cláusula compromissória.

Daí, portanto, a adequação de se falar em uma presunção, que nada mais é do que “a aplicação a um fato desconhecido de uma verdade conhecida em relação a outros fatos semelhantes”³⁵¹, admitindo prova em contrário, em cada caso específico.

Expostas as três consequências da separabilidade, cuja análise ajuda a identificar de forma pormenorizada o racional subjacente a essa importante presunção, importa delimitar seu âmbito de incidência, o que perpassa pelo estudo do escopo e do direcionamento dos vícios que podem ser arguidos com relação à cláusula compromissória e ou ao contrato principal.

Grosso modo, tais vícios podem se direcionar: (i) ao contrato principal; (ii) à cláusula compromissória; ou (iii) tanto ao contrato principal quanto à cláusula compromissória.

A aplicação da separabilidade da cláusula compromissória dependerá diretamente do objeto da impugnação que esteja sendo manejada, isto é, dependerá de qual dos três direcionamentos acima referidos for dado pela parte que estiver arguindo a objeção.

Ao tratar do tema, Gary Born, com esteio em diversas decisões judiciais e precedentes arbitrais, sustenta que as impugnações direcionadas exclusivamente ao contrato principal, em regra, devem ser (“must be”, como enfatiza o autor) analisadas pelo árbitro, por aplicação da

³⁴⁹ PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*, *Op. Cit.*, p. 61, grifo nosso.

³⁵⁰ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, *Op. cit.*, p. 350-353.

³⁵¹ BDINE JR., Hamid Charaf. Arts. 233 a 420 – Obrigações. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 11 ed. Barueri: Manole, 2017, p. 905.

presunção de separabilidade. Nesse caso, não há qualquer tipo de impugnação à jurisdição do árbitro, na medida em que os vícios estão sendo imputados apenas ao contrato principal³⁵².

No entanto, quando há uma impugnação direcionada especificamente à cláusula compromissória, portanto à fonte de jurisdição do tribunal arbitral, a questão passa a dever ser analisada sob a perspectiva de alocação de competência entre árbitro e Poder Judiciário, escapando ao escopo da separabilidade³⁵³. Trata-se nesses casos, portanto, de uma questão de competência-competência e não de uma questão de separabilidade, cuja solução poderá variar significativamente a depender do modelo de competência-competência aplicável à disputa.

O mesmo racional desse segundo caso se aplica quando há uma impugnação tanto ao contrato principal quanto à cláusula compromissória, com a diferença de que, nesse caso, há de se analisar com cautela se há vícios que, de fato, estão direcionados especificamente à cláusula compromissória e não ao contrato principal³⁵⁴.

Conclui-se, portanto, que em sendo a cláusula arbitral “separável” (frise-se, não necessariamente “separada”) do contrato principal, vícios que eventualmente acometam o segundo não necessariamente acometerão a primeira, sendo também verdadeiro o contrário.

³⁵² Nas palavras do autor: “Where a party challenges only the underlying contract, that claim must be referred to arbitration. That is because, as a consequence of the separability presumption, a challenge directed only to the underlying contract does not impeach the arbitration clause and there is no basis for denying that the parties’ dispute must be referred to arbitration. Simply put, the challenge to the underlying contract is not a jurisdictional challenge at all, and is therefore for decision by the arbitrators.” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 461-462).

³⁵³ Nas palavras do autor: “In contrast, where a party specifically challenges the separable arbitration agreement, and not the underlying contract, that claim raises “pure” questions of the allocation of jurisdictional competence, discussed in greater detail below. Importantly, the allocation of competence to decide these true jurisdictional challenges depends on different considerations than the separability presumption or substantive validity of the arbitration agreement. As discussed below, the allocation of jurisdictional competence depends instead on considerations of fairness and efficiency, which may well call for resolving true jurisdictional challenges by an arbitral tribunal, notwithstanding the existence of a good faith dispute about the existence or validity of any agreement to arbitrate.” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 461-462).

³⁵⁴ Nas palavras do autor: “The same analysis applies where a party challenges both the underlying contract and the arbitration agreement. In order for such a challenge to impeach the arbitration agreement, most national courts have held that it must be directed “specifically” or “in particular” at the arbitration clause, and not “generally” at the underlying contract. As already discussed, unless a challenge is directed at the arbitration agreement, then there is no jurisdictional challenge and the challenge (to the underlying contract) must be referred to arbitration. The better view is that challenges nominally directed to both the parties’ underlying contract and the associated arbitration agreement should be carefully examined to determine whether they actually impeach the arbitration clause.” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 461-462).

2.10.3 DIFERENÇA ENTRE SEPARABILIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

A doutrina entende de forma maciça que a separabilidade e a competência-competência são um “essential element of the efficiency of the arbitral system”³⁵⁵ constituindo “los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral”³⁵⁶ ou “cornerstones of international commercial arbitration”³⁵⁷, na medida em que configuram verdadeiro “mecanismo de proteção e favorecimento da arbitragem, que momentaneamente a imuniza contra ataques voltados a impedir o seu desenvolvimento”^{358_359}.

O estudo da separabilidade da cláusula compromissória, especialmente de sua aplicabilidade nas duas últimas hipóteses esmiuçadas no tópico precedente, poderia levar à conclusão precipitada de que haveria uma efetiva intersecção ou sobreposição entre separabilidade e competência-competência.

Com efeito, alguns autores entendem que a separabilidade seria um pressuposto ou um requisito para a competência-competência, isto é, que a separabilidade daria ao tribunal arbitral uma base para decidir questões afetas à sua jurisdição³⁶⁰.

³⁵⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 239.

³⁵⁶ COSSÍO, Francisco González de. **El principio competencia-competence revisitado**, *Op. Cit.*, p. 80. E o autor ainda vai além para defender que a instituição dessas duas figuras se trata de “ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró”.

³⁵⁷ GRAVES, Jack; DAVYDAN, Yelena. Competence-Competence and Separability – American Style. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas A. *et al.* (eds). **International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution**. Haia: Kluwer Law International, 2011, p. 156.

³⁵⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Cláusula compromissória**, *Op. Cit.*, p. 179-180.

³⁵⁹ No mesmo sentido dos autores ora colacionados, Phillip Landolt afirma que “Among the most prominent of principles in the area of international arbitration law are the principle of separability and the principle of Kompetenz-Kompetenz” e vai além para dizer que “The aspiration of both is to aid in the efficacy of arbitration clauses. Unsurprisingly, this is due to the context in which these principles originated, namely, state indifference and even hostility to arbitration” (LANDOLT, Phillip. **The Inconvenience of Principle**, *Op. Cit.*, p. 510-511. Outrossim, também merece destaque a lição de Peter Binder, ao afirmar que a competência-competência é “one of the reasons why arbitration has flourished so greatly over the past decades” (BINDER, Peter. **International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**. 3 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 123).

³⁶⁰ Nesse sentido: “An independent (or autonomous) arbitration clause thus gives the arbitral tribunal a basis on which to decide on its own jurisdiction, even if it is alleged that the main contract has been terminated by performance or by some intervening event” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 106). No mesmo sentido, entende Carlos Alberto Carmona que “a possibilidade de o próprio árbitro decidir acerca da qualquer controvérsia que diga respeito à convenção de arbitragem” seria uma “consequência da autonomia da cláusula compromissória” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 175).

Ao nosso ver, tal entendimento não se afigura correto, na medida em que a aludida intersecção, ao menos do ponto de vista teórico, é apenas aparente. Embora ambos os institutos possuam um objetivo comum, isto é, o de ampliar a eficácia da arbitragem enquanto instituto³⁶¹, é fato que a existência de um não depende da existência do outro³⁶², de modo que não há uma relação de pressuposição ou dependência.

Além disso, é certo que a separabilidade envolve uma questão de formação de contratos (ou seja, diz respeito à declaração de vontade das partes específica e separável no sentido de arbitrar) ao passo que a competência-competência diz respeito à estrutura legislativa estabelecida em cada ordenamento jurídico em termos de alocação de competência entre árbitro e Poder Judiciário para decidir questões jurisdicionais³⁶³.

Em outras palavras, quando vícios relacionados ao contrato principal são arguidos para tentar impugnar a jurisdição arbitral, a separabilidade tem seu papel, ao passo que, quando se ataca a higidez da própria cláusula compromissória, está-se diante de uma questão de competência-competência e não de separabilidade³⁶⁴.

³⁶¹ Nesse sentido, Emmanuel Gaillard dá conta de que, por desafiar a lógica formal, o efeito positivo da competência-competência jamais teria obtido ampla aceitação. Por essa razão, para fins de sua implementação, fez-se necessário lançar mão de alguns estratagemas, tais como a utilização de outros conceitos clássicos e já bem estabelecidos, como é o caso da separabilidade, já firmada no âmbito do direito contratual. A utilização desses outros conceitos teve por objetivo permitir que o efeito positivo da competência-competência se firmasse e, após isso, pudesse se desvincular da separabilidade. Feita essa ponderação, o autor diferencia as duas figuras, explicando que “o princípio da competência-competência evoluiu sob o manto do princípio da autonomia da convenção de arbitragem. Se ambos servem ao combate de manobras protelatórias, são racionalmente distintos. A autonomia da cláusula compromissória impede que esta seja contagiada por vícios que afetam o contrato no qual está inserta, bem como permite ao árbitro declarar a nulidade de tal contrato, sem reflexos na própria competência. De outro modo, apenas o princípio da competência-competência autoriza o árbitro a analisar os vícios maculam, em primeiro lugar, a convenção de arbitragem e, quando for o caso, a declará-los por sentença. A distinção e a complementaridade entre tais princípios é pacífica, e sua evolução é notória” (GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**, *Op. Cit.*, p. 221).

³⁶² BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 469-470.

³⁶³ Ou, como simplificam Craig, Park e Paulsson, a competência-competência é uma questão processual, ao passo que a separabilidade é uma questão de natureza material (CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.; PAULSSON Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**, *Op. cit.*, p. 49). Em sentido semelhante, Robert Smit afirma que “while separability addresses the issue of “who decides” challenges to the contract, competence-competence addresses the second-tier issue of “who decides who decides” challenges to the contract” (SMIT, Robert H. Separability and Competence-Competence In International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come From Nothing? **The American Review of International Arbitration**, Huntington, v. 13, n. 1-4, 2017, p. 31).

³⁶⁴ Nesse sentido: “In other words, the decision of an arbitrator to retain jurisdiction and then declare a disputed contract ineffective must be founded on the principle of autonomy, and not solely on the “competence-competence” rule. In other respects, the “competence-competence” rule goes much further than the principle of autonomy. The principle of autonomy cannot serve as the basis for the arbitrator's jurisdiction over any direct challenge of the arbitration agreement rather than the main contract. In this area, the advantages of the “competence-competence” rule become clear, and we shall consider these in greater detail when examining the

É justamente por isso que os institutos “só se intersectam na medida em que os árbitros, ao decidirem sobre a sua competência, olham apenas para a cláusula arbitral e não para a totalidade do contrato”³⁶⁵.

Assim, quando muito, poderia se falar em uma sobreposição parcial entre ambos os institutos³⁶⁶, a qual se verificaria na hipótese de uma das partes arguir determinado vício apenas com relação ao contrato principal, caso em que, por força da separabilidade, a cláusula compromissória, e, via de consequência, a jurisdição do árbitro, não seriam afetadas.

Mas mesmo nesse caso, estar-se-ia diante de uma consequência da separabilidade (portanto afeta à higidez da cláusula compromissória enquanto negócio jurídico separável do contrato principal) e não propriamente de uma questão específica de competência-competência³⁶⁷.

Ao analisar o tema, André Luís Quintas Monteiro conclui que, do ponto de vista teórico, não há qualquer tipo de dependência ou intersecção efetiva entre separabilidade e competência-competência, o que, no entanto, não elimina o fato de haver uma relação de complementariedade sob o ponto de vista prático.

Para atingir essa conclusão, o autor estabelece um teste que consiste em analisar qual seria o resultado de uma alegação de invalidade do contrato principal, por infringência à forma prescrita em lei, em quatro ordenamentos jurídicos hipotéticos distintos, os quais, respectivamente, acolham (i) tanto a separabilidade como a competência-competência; (ii)

effects of the arbitration agreement.” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 214).

³⁶⁵ CAMELO, Antônio Sampaio. **Direito da arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 57.

³⁶⁶ Nesse sentido “The principle of autonomy is of course the first stage of the process which results in the arbitrators being able to determine their own jurisdiction. It is thanks to the autonomy of the arbitration agreement that any claim that the main contract is in some way void or voidable will have no direct impact on the arbitration agreement and hence on the jurisdiction of the arbitrators. That autonomy thus allows the examination by the arbitrators of jurisdictional challenges based on the alleged ineffectiveness of the disputed contract. In such a situation, the autonomy of the arbitration agreement and the “competence-competence” rule do overlap and are mutually supportive” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 214).

³⁶⁷ Nesse sentido: “As discussed below, the separability presumption concerns the contractual formation and validity of the arbitration agreement: it concerns the parties’ intentions regarding their agreement to arbitrate and not the legislative framework for a tribunal’s exercise of competence-competence. There will, of course, be circumstances in which the separability doctrine has consequences for an arbitral tribunal’s competence, because a defect *only* in the underlying contract will necessarily *not* affect the arbitration agreement and the tribunal’s jurisdiction. That is a consequence, however, of the substantive status and validity of the arbitration agreement – which is the fundamental nature of the separability presumption – and not a separate rule of competence-competence” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 400).

apenas a separabilidade; (iii) apenas a competência-competência; e (iv) nem separabilidade nem competência-competência³⁶⁸.

Nos três primeiros casos, o autor defende que a conclusão, embora por razões distintas, seria a mesma, qual seja a de que “a *mera alegação* de um vício no contrato-base não leva à *extinção prematura* do processo arbitral”³⁶⁹. Apenas no último caso, o qual, nas palavras do autor, trata-se de cenário puramente acadêmico e de difícil configuração prática, mesmo em ordenamentos jurídicos menos liberais, é que haveria algum tipo de dependência teórica entre separabilidade e competência-competência. Isso porque, nesse caso, permitir-se-ia que “*mera alegação* de vício no contrato-base – muitas vezes realizada apenas com fins procrastinatórios – já imponha a extinção do processo arbitral sem a resolução de mérito, impedindo até mesmo o tribunal arbitral de examinar a existência ou não do alegado vício”³⁷⁰. Nesse contexto, conclui:

“Em conclusão e considerando os principais ordenamentos jurídicos arbitrais, pode-se dizer que o princípio da autonomia da convenção de arbitragem e o princípio da competência-competência são independentes sob o ângulo teórico, mas eles funcionam em uma relação de complementariedade na prática, garantindo, ao menos, que o tribunal arbitral possa apreciar verdadeiramente a existência de vícios no contrato-base. A verdade, sob o espectro prático, é que o atingimento mais eficiente dos objetivos perseguidos por ambos os princípios, na maioria dos casos, somente é possível quando ambos são previstos pelo mesmo ordenamento jurídico e conjuntamente aplicados. Ressalve-se apenas que o princípio da competência-competência mostra sua independência e relevância, tanto sob o ângulo teórico quanto sob o ângulo prático, nas hipóteses em que a parte interessada impugna apenas e tão-somente a convenção de arbitragem (e não o contrato-base), pois nestes casos o processo arbitral não precisará ser extinto prematuramente em razão da mera alegação do vício (e, nestas hipóteses, o princípio da autonomia da convenção de arbitragem não tem qualquer aplicação).”³⁷¹

Diante do exposto, defendemos que inexistente a dependência ou intersecção entre separabilidade e competência-competência vislumbrada por alguns autores, ao menos do ponto de vista teórico, muito embora, na prática, ambas as figuras, por serem em certa medida complementares, acabem sendo invocadas em conjunto, como se a competência-competência fosse consequência da separabilidade (*i.e.*, como se houvesse uma relação de causa e efeito), o

³⁶⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 66-68).

³⁶⁹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 66-67, grifos no original).

³⁷⁰ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 68, grifos no original).

³⁷¹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 68, grifos no original).

que certamente se deve à sua vocação compartilhada de promoção da autonomia da arbitragem enquanto instituto.

3. OS DISTINTOS MODELOS DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

3.1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

Como se viu acima, a regra da competência-competência é reconhecida na maioria das jurisdições, embora com diferenças de conteúdo importantes, sobretudo no que diz respeito ao seu efeito negativo, sendo escassos na atualidade exemplos de países que desconsideram como um todo esse importante elemento de fortalecimento da arbitragem³⁷².

Neste subcapítulo nos ocuparemos apenas do estudo de jurisdições que de alguma maneira reconhecem a competência-competência, com vistas a analisar quais são as principais distinções entre os modelos de competência-competência existentes em cada uma delas.

Para tanto, importa retomar brevemente os contornos basilares dos efeitos positivo e negativo da competência-competência. Grosso modo, o primeiro garante ao árbitro o poder para decidir sobre sua própria jurisdição, sem que a arbitragem seja imediata e automaticamente suspensa pela simples arguição de uma objeção à jurisdição arbitral por uma das partes.

O segundo, por seu turno, em sua concepção teórica original, complementa o primeiro para instituir uma regra de prioridade em favor do árbitro para analisar sua própria jurisdição, relegando a apreciação judicial, via de regra, exclusivamente ao momento de controle posterior

³⁷² Nesse sentido, destacamos o sumário feito por Michael Ostrove, Claudia Salomon e Bette Shifman, em obra que se destina a analisar a legislação das principais sedes de arbitragens globalmente consideradas, acerca do status da competência-competência nas diversas jurisdições analisadas: “In cases in which the jurisdiction of the arbitral tribunal is challenged, most states follow the generally accepted principle of *competence-competence*, pursuant to which an arbitral tribunal is empowered to rule on its own jurisdiction. Indeed, in the majority of the jurisdictions covered in this book, the principle of *competence-competence* is explicitly set out in the local arbitration law and followed by the courts. One exception is India, where, even though *competence-competence* is recognized by the law, its application has been undermined by a recent court decision. In 2005, the Supreme Court of India held that where a court had exercised its authority to appoint an arbitrator, questions relating to the jurisdiction of the arbitral tribunal so constituted were to be finally decided by the court; the full implications of this decision on the principle of *competence-competence* are yet to be seen. In other instances, the principle of *competence-competence*, while set out in the local arbitration law, may be limited. This is the case where, for example, the law also provides for recourse to the courts on matters relating to the jurisdiction of the arbitral tribunal prior to the commencement of the proceedings (London) or even during the proceedings (Stockholm). Finally, in some jurisdictions *competence-competence* is not recognized under the local arbitration law and is applied restrictively either because the law directs matters relating to the jurisdiction of the arbitral tribunal to the Courts (China, Germany) or arbitration institutions (China), or because of judicial attitudes towards the doctrine (Buenos Aires, the United States). Even in jurisdictions that recognize and apply *competence-competence*, however, the courts exercise judicial oversight over the tribunal’s determination on its jurisdiction. Typically, the tribunal’s decision is immediately subject to challenge before the courts, with the exceptions of Brussels and Paris, where the challenge against a tribunal’s jurisdiction can be brought only after the conclusion of the proceedings, as grounds for setting aside the award” (OSTROVE, Michael; SALOMON, Claudia; SHIFMAN, Bette (eds.). **Choice of Venue in International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 5).

da sentença arbitral. Essa concepção original não é amplamente aceita, sofrendo adaptações, em regra no sentido de mitigá-la, em diversos ordenamentos.

Os marcantes traços que distinguem os efeitos positivo e negativo da competência-competência, fazem com que o efeito positivo tenha aceitação quase que universal, ao passo que o efeito negativo, embora venha arrebanhando aceitação crescente³⁷³, ainda não seja aceito em muitos ordenamentos, ou tenha sua aceitação de alguma forma restringida ou mitigada³⁷⁴.

Ao tratar do tema, Pieter Sanders sintetiza com precisão o cerne da controvérsia:

“The court control *before* arbitration starts – both the referral by the court to arbitration and the possibility of a declaratory judgment – may be regarded as quite accepted. The court control *after* an award on the merits has been rendered is found in all arbitration laws. It is in particular the court control *during* arbitration on which arbitration laws may differ”³⁷⁵.

Como se vê, o principal fator de divergência, embora não o único, diz respeito ao momento em que as cortes nacionais podem interferir na definição da jurisdição do árbitro (isto é, se antes, durante ou apenas depois da decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição). Aliado a esse fator, há outro relevante elemento de diferenciação entre os distintos modelos de competência-competência existentes, qual seja o grau de cognição com que o Poder Judiciário poderá decidir sobre a jurisdição arbitral em cada um dos momentos ora apontados.

Ambas as questões, como se verá, variam de acordo com a *lex loci arbitrii*, o que confere à competência-competência, de acordo com a amplamente reverberada frase de William Park, uma “chameleon-like quality that changes color according to the national and institutional background of its application”³⁷⁶.

³⁷³ BREKOULAKIS, Stavros. **The Negative Effect of Compétence-Compétence**, *Op. Cit.*, p. 12.

³⁷⁴ Nesse sentido: “Apesar do larguíssimo acolhimento internacional deste princípio, uma análise das convenções internacionais e leis nacionais revela existir grande diversidade no que concerne ao âmbito e aos efeitos que lhe são reconhecidos. Na verdade, constata-se que os sistemas jurídicos mais desenvolvidos no domínio do direito da arbitragem diferem profundamente na abordagem da competência da competência dos árbitros” (CARAMELO, Antônio Sampaio. **Direito da arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 47). Igualmente: DIMOLITSA, Antonias. Separability and Kompetenz-Kompetenz. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **Improving Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 217-256. (ICCA Congress Series).

³⁷⁵ SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?**, *Op. Cit.*, p. 177.

³⁷⁶ PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 56. E o autor vai além, resumindo de forma bastante ilustrativa os diferentes contornos da competência-competência em cada jurisdição: “To illustrate, if German courts are asked to hear a matter which one side asserts is subject to arbitration, they would decide immediately on the validity and scope of the arbitration agreement. In neighboring France, challenge of arbitration clauses must normally wait until an award has been rendered. Across the Channel in England, litigants have a right to declaratory decisions on arbitral authority only if they take no part in the arbitration. In Germany the admissibility of such applications depends on whether the arbitral tribunal has already been constituted. By contrast, it seems that courts may entertain applications for jurisdictional declarations at any

Por essa razão, faz-se imprescindível uma análise de direito comparado, o que perpassa (i) pelo estabelecimento de uma classificação dos distintos modelos de competência-competência existentes; e (ii) pelo estudo de alguns ordenamentos jurídicos que se enquadram na classificação adotada, com vistas a ilustrá-la.

Essa análise, realizada nos dois próximos tópicos, ganha relevância no contexto do presente trabalho, embora o estudo do direito comparado não seja o seu principal foco, na medida em que servirá de base para a perquirição que se busca promover ao final sobre os critérios e hipóteses de controle da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário antes do árbitro.

3.2 CLASSIFICAÇÃO GERAL DOS MODELOS DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: MODELO DE CONCORRÊNCIA ENTRE ÁRBITRO E JUIZ, MODELO DE PRIORIDADE INCONDICIONADA DO ÁRBITRO E MODELO DE PRIORIDADE CONDICIONADA DO ÁRBITRO

Assim como há distintos modelos de competência-competência, há diferentes classificações para esses modelos. Há, por exemplo, autores que agrupam os modelos em duas categoriais distintas, outros em três, quatro e até em seis.

As diferenças de classificação se devem, dentre outros fatores, à visão que os autores possuem sobre a competência-competência (*e.g.*, alguns autores consideram que o efeito negativo da competência-competência é uma de suas características essenciais, de maneira que um modelo que o descarte preveria uma competência-competência incompleta).

Há, ainda, divergências pautadas pela intensidade das diferenças que esses autores enxergam entre os modelos existentes (*e.g.*, alguns autores, por enxergarem diferenças menos significativas entre determinados modelos, os inserem dentro de uma mesma categoria, ao passo que outros optam por estabelecer uma categoria específica).

Além das diferenças no que toca às categorias de classificação criadas pelos autores, parece haver divergências também no que diz respeito ao enquadramento dos diversos modelos de competência-competência nas categorias de classificação propostas.

time in Sweden and in Finland. In Switzerland, courts asked to appoint an arbitrator will normally apply a prima facie standard in deciding whether the arbitration clause is valid, but engage in full consideration of jurisdiction (at least as to law) in the context of award review. American courts, however, may order full examination of the validity of an arbitration clause at any stage of the arbitral process to determine whether, as a matter of fact and law, the parties have indeed agreed to arbitrate” (PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 59-61).

Essas divergências se verificam, por exemplo, no caso do modelo alemão de competência-competência, havendo autores que o aproximam do modelo norte-americano e outros que enxergam no modelo alemão um modelo intermediário entre o norte-americano e o francês.

Outros exemplos de divergências classificatórias são os casos da Convenção de Nova York e da Lei Modelo da UNCITRAL, na medida em que alguns autores enxergam que tais diplomas teriam reconhecido o efeito negativo da competência-competência, ao passo que outros possuem interpretação diversa.

É importante destacar, por fim, que as categorias propostas pela doutrina não se baseiam em uma análise exaustiva de ordens jurídicas. Ao contrário, cingem-se a países que possuem uma prática arbitral mais robusta e/ou que apresentam modelos com características significativamente distintivas.

Assim, via de regra, os modelos de competência-competência estudados para compor as diferentes classificações são o francês, o norte-americano, o inglês, o alemão, o suíço, o sueco e o português, sendo a análise conduzida também com base na Lei Modelo da UNCITRAL (e, via de consequência, de países que a adotaram) e da Convenção de Nova York.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise das classificações propriamente ditas, em ordem crescente de número de categoriais propostas.

Antonias Dimolitsa adota o mais amplo dentre os critérios, dividindo os diversos modelos entre aqueles que (i) promovem uma aceitação incompleta da competência-competência; e (ii) reconhecem uma regra de prioridade em favor do árbitro. Para a autora, o modelo francês se encaixaria isoladamente na segunda classificação, por ser o único que contempla a regra de prioridade em favor do árbitro de forma plena e efetiva (o que, em sua visão, seria a única forma de reconhecer a competência-competência em sua plenitude), ao passo que todos os demais modelos promoveriam algum tipo de restrição à regra da competência-competência, na medida em que mitigam ou eliminam o seu efeito negativo³⁷⁷.

Rafael Francisco Alves, por outro lado, propõe uma divisão que contempla três categorias distintas, quais sejam (i) a competência concorrente entre árbitro e juiz; (ii) a competência prioritária incondicionada do árbitro; e (iii) a competência prioritária condicionada

³⁷⁷ DIMOLITSA, Antonias. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, *Op. Cit.*, p. 234-241.

do árbitro. Para o autor, o primeiro modelo seria representado pelos Estados Unidos, o segundo modelo seria representado pela França, e no terceiro modelo, de natureza híbrida, encaixar-se-iam a Convenção de Nova York, a Lei Modelo da UNCITRAL e o direito Suíço, além de outros modelos com maior ou menor aproximação em relação aos modelos norte-americano ou francês, como é o caso dos vigentes na Alemanha e Inglaterra^{378_379}.

João Luiz Lessa Neto, por seu turno, adota classificação distinta, propugnando a existência de quatro modelos, a saber: (i) modelo competência prioritária do árbitro, ressalvada uma análise judicial *prima facie* e limitada para análise de sua competência; (ii) modelo de intervenção judicial limitada e de contenção judicial para análise da competência do árbitro; (iii) modelo de prioridade condicionada do árbitro, com possibilidade de recurso judicial, para análise da competência do árbitro; e (iv) o modelo de competências judicial e arbitral paralelas para análise da competência do árbitro. Para o autor, esses modelos seriam representados, respectivamente, por França, Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos³⁸⁰.

Antônio Sampaio Caramelo, por outro lado, vislumbra seis classificações diferentes para os modelos de competência-competência. São elas: (i) competência-competência apenas com efeito positivo; (ii) competência-competência com efeito positivo e efeito negativo em seu sentido mais forte, em que se admite revisão apenas *prima facie* da convenção de arbitragem quando não há árbitro instituído e não se admite qualquer manifestação judicial quando já há árbitro instituído, devendo-se aguardar a decisão arbitral, porquanto prioritária; (iii) competência-competência com efeito positivo e efeito negativo em sentido menos forte, em que o juízo estatal somente pode analisar a cláusula compromissória em caráter *prima facie*, porém pode fazê-lo independentemente de haver tribunal arbitral constituído; (iv) competência-

³⁷⁸ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 61-89.

³⁷⁹ No mesmo sentido, Octávio Fragata Martins de Barros também propõe uma classificação tripartida, embora utilize nomenclatura um pouco distinta da adotada por Rafael Alves, qual seja (i) modelo de exame a qualquer momento ou a concorrência de competências; (ii) modelo de intervenção estatal atrasada ou dando aos árbitros a primeira chance; e (iii) modelo de determinações vinculantes ou submetendo a jurisdição aos árbitros. (BARROS, Octávio Fragata Martins de. **A Oposição Judicial à Arbitragem: a quem cabe decidir a jurisdição**. 2007. 198 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 114-126). Outrossim, essa classificação tripartida também parecer ser a adotada por Moahammad Almomani, que, ao analisar o acolhimento da regra da competência-competência em diversos ordenamentos, identifica o que prefere denominar três “tendências distintas”, quais sejam (i) a competência exclusiva do árbitro; (ii) a interferência irrestrita do Poder Judiciário; e (iii) a interferência restrita conferida tanto ao árbitro como ao Poder Judiciário (ALMOMANI, Mohammad A. Court’s role in deciding the arbitrator’s jurisdiction: is Kompetenz-Kompetenz exclusive? **Uniform Law Review**, Oxford, v. 20, n. 2-3, 2015).

³⁸⁰ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 134-156.

competência com efeitos positivo e negativo quanto às arbitragens sediadas no país, porém apenas com efeito positivo quanto às arbitragens sediadas no exterior; (v) competência-competência dependente de prova da vontade das partes em submeter ao árbitro o poder de decisão sobre questões afetas à sua jurisdição, presumindo-se, com admissão de prova em contrário, que as partes quiseram relegar para análise judicial concomitante quaisquer impugnações à jurisdição arbitral; e (vi) competência-competência exclusiva do árbitro, sem ulterior controle pelo poder judiciário, caso haja manifestação de vontade das partes nesse sentido. Para o autor, esses modelos seriam representados, no primeiro caso, pela Lei Modelo da UNCITRAL, bem como pela Alemanha, Espanha, Reino Unido e Suécia; no último caso, pela antiga legislação alemã; e no segundo ao quinto casos, respectivamente, pela França, Portugal, Suíça e Estados Unidos³⁸¹.

Há, por fim, autores que simplesmente promovem uma análise dos diversos modelos de competência-competência, sem, contudo, propor algum tipo de classificação específica. É o caso, por exemplo, de André Luís Quintas Monteiro³⁸², Lucas Britto Mejias³⁸³, Clávio de Melo Valença Filho³⁸⁴ Sandra Synková³⁸⁵ e Mohamad Almomani³⁸⁶.

Por razões metodológicas, e sendo certo que não há que se falar em classificação certa e errada³⁸⁷ e sim em classificação mais ou menos útil para determinado caso a depender da conjuntura de fatores envolvidos, optamos por adotar a classificação de Rafael Francisco Alves.

Nos parece mais útil, como faz o autor, sistematizar a análise sob a ótica da polarização existente entre o modelo francês e o modelo americano no que toca à aceitação do efeito

³⁸¹ CAMELO, Antônio Sampaio. **Direito da arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 57-51.

³⁸² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 97-150.

³⁸³ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 87-96.

³⁸⁴ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem em juízo**, *Op. Cit.*, p. 43-49.

³⁸⁵ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 99-279. Ao tratar do tema, em análise que será pormenorizadamente exposta mais adiante, a autora propõe três arquétipos distintos de modelos de competência-competência, porém sem a pretensão de estabelecer uma classificação estanque ou um rol específico e exaustivo de categoriais classificatórias, razão pela qual listamos sua obra dentre aquelas que não propõem uma classificação específica.

³⁸⁶ ALMOMANI, Mohammad A. Court's role in deciding the arbitrator's jurisdiction: is Kompetenz-Kompetenz exclusive? **Uniform Law Review**, Oxford, v. 20, n. 2-3, 2015.

³⁸⁷ Desde que, por óbvio, sejam firmadas bases científicas suficientemente sólidas.

negativo da competência-competência, alocando os demais modelos em uma posição intermediária (híbrida), cada um à sua maneira, dentre esses dois extremos³⁸⁸.

Nesse sentido, resumindo as principais divergências entre os modelos de competência-competência existentes, Rafael Francisco Alves assevera que:

“O que está por trás da divergência entre esses modelos em relação à extensão conferida ao efeito negativo do princípio da competência-competência é o confronto entre dois objetivos opostos, já indicados na introdução deste trabalho: de um lado, a tentativa de evitar que uma das partes resista indevidamente à instauração e ao desenvolvimento da arbitragem, utilizando o Poder Judiciário para opor obstáculos infundados ao processo arbitral; de outro lado, a tentativa de evitar desperdício de tempo e recursos financeiros em uma arbitragem fadada à invalidade. Assim, os modelos que apostam no efeito negativo do princípio da competência-competência buscam, na verdade, combater as manobras dilatórias das partes que resistem de forma injusta ao desenvolvimento da arbitragem. Em contrapartida, os modelos que relativizam o efeito negativo da competência-competência buscam favorecer a economia processual, na medida em que, ao permitir a análise judicial prévia sobre a competência dos árbitros, tentam evitar que as arbitragens fadadas à invalidade, do ponto de vista judicial, prossigam inutilmente”³⁸⁹.

Como se percebe, há elementos de ordem teórica, prática e política que podem levar determinada ordem jurídica a adotar um ou outro modelo de competência-competência³⁹⁰.

É dizer: nos ordenamentos que possibilitam o exercício de jurisdição concorrente entre árbitro e juiz para controle da jurisdição do árbitro, privilegia-se a economia processual e objetiva-se garantir que uma parte que nunca consentiu em arbitrar não seja obrigada a fazê-lo, sobretudo para litigar sobre as razões pelas quais não consentiu em arbitrar³⁹¹.

³⁸⁸ Racional semelhante a esse nos parece ser o utilizado por William Park em seu paradigmático texto “The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction”, na medida em que o autor qualifica os ordenamentos da França e Estados Unidos como “extremos” e dá conta de que outros modelos, como por exemplo os de Inglaterra, Suíça e da Lei Modelo da UNCITRAL “exploram soluções híbridas” (PARK, William W. **The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 80-81. Por outro lado, importa destacar a posição de Virginie Colaiuta, para quem, inobstante existam diferenças teóricas entre os sistemas norte-americano e francês “their aim is in fact very similar: that is, to reduce the role of courts in the determination of arbitral jurisdiction and to enhance the powers of arbitrators to decide upon their own jurisdiction” (COLAIUTA, Virginie. The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators’ Powers to Determine their Jurisdiction. In: VANDER BERG, Albert Jan. **International Arbitration 2006: Back to Basics?** Haia: Kluwer Law International, 2007, p. 154-166. (ICCA Congress Series).).

³⁸⁹ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 64.

³⁹⁰ BREKOULAKIS, Stavros. **The Negative Effect of Compétence-Compétence**, *Op. Cit.*, p. 12-18.

³⁹¹ Nesse sentido, Stavros Brekoulakis entende que um modelo que acolha apenas e tão somente o efeito positivo da competência-competência, estabelecendo um regime de competência concorrente entre juiz togado e árbitro, “atinge o equilíbrio perfeito”. Para o autor: “The regime of concurrent jurisdiction better reflects the uncertainty as to whether the arbitration agreement in question is valid or not. It indicates exactly that the issue of jurisdiction is still open: the arbitration agreement may turn out to be valid and, consequently, produce all its jurisdictional effects; alternatively it may turn out to be invalid and fail to produce any jurisdictional effect at all. (BREKOULAKIS, Stavros. **The Negative Effect of Compétence-Compétence**, *Op. Cit.*, p. 14).

Por outro lado, nos ordenamentos que estabelecem um regime de prioridade em favor do árbitro, entende-se que esse risco é menos significativo do que o risco imposto à autonomia da arbitragem caso o judiciário pudesse intervir na determinação do árbitro antes que este tenha a oportunidade de fazê-lo.

Trata-se, nas palavras de John J. Barceló III, de um desafio em equilibrar interesses contrapostos, quais sejam, de um lado, o interesse de reprimir táticas que busquem obstruir a arbitragem e minar sua autonomia, e, de outro, o interesse de proteger as partes para que não sejam forçadas a arbitrar sem que tenha havido seu legítimo e genuíno consentimento³⁹².

Justamente por isso – vale dizer, por se tratar de razões que, embora possuam um pano de fundo teórico com relevantes consequências práticas, acabam ganhando maior relevância no campo da escolha política de determinado ordenamento por uma ou outra opção – que não se pode falar em uma escolha certa ou errada, como bem pontua João Luiz Lessa Neto:

“Juridicamente, não se pode falar que um modelo está certo e o outro errado, são modelos diferentes. Politicamente, é possível criticar determinada escolha e defender que é melhor aceitar o efeito negativo da competência-competência do que não o fazer, mas essa é uma argumentação feita ou de *lege ferenda* ou como esforço densificador do conteúdo jurídico do instituto, atuação própria da doutrina”³⁹³.

Feitas essas ponderações iniciais, e sem prejuízo de algumas considerações à guisa de conclusão expostas em momento oportuno, fixamos a adoção da classificação proposta por Rafael Alves como premissa para análise do direito comparado, passando ao estudo dos diferentes modelos estrangeiros de competência-competência.

3.3 ESTUDO DOS MODELOS ESTRANGEIROS DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

3.3.1 COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE ÁRBITRO E JUIZ: O MODELO NORTE-AMERICANO

O modelo de jurisdição concorrente entre árbitro e juiz para determinação da jurisdição do árbitro tem sua principal expressão no direito norte americano, embora haja outros exemplos de ordenamentos que permitem uma intervenção judicial em termos relativamente análogos.

É possível dizer que o direito estadunidense, sujeito às peculiaridades e condicionantes que serão expostas adiante, reconhece o efeito positivo da competência-competência em sua forma mais básica, na medida em que o árbitro é dotado de poderes para decidir questões afetas

³⁹² BARCELÓ III, John J. Who decides the Arbitrator’s Jurisdiction – Separability and Competence-Competence. In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, 2003, v. 36, p. 1115-1136.

³⁹³ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 136.

à sua jurisdição, não havendo a automática suspensão do procedimento arbitral pela simples arguição de uma objeção à jurisdição do árbitro. Por outro lado, não há o reconhecimento do efeito negativo, já que o Poder Judiciário pode interferir a qualquer momento na definição da jurisdição arbitral, de forma concorrente e sem limitação³⁹⁴.

O estudo do modelo estadunidense de competência-competência se inicia pela análise das disposições legais parcialmente referentes ao tema previstas no Federal Arbitration Act, mas ganha efetiva relevância com a análise da extensa jurisprudência construída ao longo das últimas décadas, como se verá a seguir.

Os artigos 3³⁹⁵ e 4³⁹⁶ do Federal Arbitration Act de 1996, preveem, em linhas gerais, que, havendo pacto arbitral, o Poder Judiciário deverá remeter as partes à arbitragem, a não ser que verifique que a própria jurisdição arbitral está sendo contestada. Estabelece-se, pois, uma “presunção geral” de que questões afetas à jurisdição do árbitro podem ser decididas a qualquer tempo pelo juiz togado³⁹⁷.

³⁹⁴ COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators’ Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 161.

³⁹⁵ Em seu texto original: “If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration”.

³⁹⁶ Em seu texto original: “A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for such agreement, would have jurisdiction under title 28, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days’ notice in writing of such application shall be served upon the party in default. Service thereof shall be made in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure. The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. The hearing and proceedings, under such agreement, shall be within the district in which the petition for an order directing such arbitration is filed. If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof. If no jury trial be demanded by the party alleged to be in default, or if the matter in dispute is within admiralty jurisdiction, the court shall hear and determine such issue. Where such an issue is raised, the party alleged to be in default may, except in cases of admiralty, on or before the return day of the notice of application, demand a jury trial of such issue, and upon such demand the court shall make an order referring the issue or issues to a jury in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure, or may specially call a jury for that purpose. If the jury find that no agreement in writing for arbitration was made or that there is no default in proceeding thereunder, the proceeding shall be dismissed. If the jury find that an agreement for arbitration was made in writing and that there is a default in proceeding thereunder, the court shall make an order summarily directing the parties to proceed with the arbitration in accordance with the terms thereof”.

³⁹⁷ COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators’ Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 154-166.

Especificamente, o artigo 3 do Federal Arbitration Act dispõe que uma corte perante a qual seja formulada uma pretensão derivada de contrato que contenha convenção de arbitragem poderá, mediante requerimento de uma das partes, suspender o processo judicial até o julgamento final da arbitragem, desde que esteja “satisfeito que a matéria envolvida nessa ação ou procedimento seja passível de ser encaminhada à arbitragem no âmbito da avença”.

O artigo 4, por seu turno, prevê que uma parte prejudicada pela recusa da contraparte em resolver disputas por meio da arbitragem poderá requerer ao Poder Judiciário uma ordem determinando que a arbitragem prossiga conforme acordado, sendo que esse pleito deverá observar um rito específico, contemplando-se inclusive a possibilidade de decisão da questão por um tribunal do júri, se assim for requerido por uma das partes. Esse procedimento poderá resultar no proferimento de uma ordem “direcionando as partes a procederem à arbitragem nos termos da convenção de arbitragem” desde que o Poder Judiciário esteja “satisfeito que a formação da convenção de arbitragem ou falha em cumprir com ela não esteja em questão”.

Em ambos os casos, como se denota, o juiz togado conhecerá, concorrentemente com o árbitro, de todas as questões afetas à convenção de arbitragem arguidas perante as cortes estadunidenses, sobre as quais promoverá escrutínio pleno (*full review*)³⁹⁸, o que evidencia o desacolhimento do efeito negativo da competência-competência no modelo norte-americano.

A questão, como se adiantou, veio sendo temperada por uma complexa gama de decisões judiciais, as quais foram delineando o modelo norte-americano de competência-competência³⁹⁹. Nesse sentido, George Bermann bem explica que, dadas as peculiaridades do

³⁹⁸ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 352.

³⁹⁹ Com efeito, há uma imensa diversidade de precedentes, os quais, geraram uma extensa gama de comentários e divergências doutrinárias. Não há, neste trabalho, a intenção de esgotar o tema, tampouco de proporcionar uma análise exaustiva dos precedentes existentes nos Estados Unidos, até porque isso daria ensejo a um trabalho exclusivamente focado na questão. Para uma análise aprofundada dos precedentes e respectivos comentários doutrinários, faz-se referência aos seguintes textos: BARCELÓ III, John J. **Who decides the Arbitrator's Jurisdiction**, *Op. Cit.*; BERMANN, George A. **The Gateway Problem in International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*; BERMANN, George A. The Role of National Courts at the Threshold of Arbitration. **The American Review of International Arbitration**, Huntington, v. 28, n. 3, 2017; COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators' Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*; GRAVES, Jack; DAVYDAN, Yelena. **Competence-Competence and Separability**, *Op. Cit.*; HAMLIN, James B. Contractual Alteration of the Scope of Judicial Review. The US Experience. In: **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 15, n. 4, 1998. Bimestral; PARK, William W. Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law. In: **Nevada Law Journal**, Vol. 8, n. 1, 2008; PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: processo arbitral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção doutrinas essenciais); PARK, William W. The arbitrability dicta in First Options v. Kaplan: what sort of *Kompetenz-Kompetenz* has crossed the atlantic? In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 11, 2006. Trimestral; RAU, Allan Scott. Arbitrating arbitrability. In: BRAY, Devin. BRAY, Heather L. (eds). **International**

sistema jurídico estadunidense e a timidez do legislador em promover a conciliação entre eficiência e legitimidade da arbitragem no que toca à fixação da jurisdição do árbitro, coube efetivamente ao Poder Judiciário determinar os limites de sua própria interferência⁴⁰⁰.

Como tendência geral, nota-se que o racional subjacente ao modelo norte-americano é fortemente baseado na perquirição da vontade contratual das partes. Partindo da premissa de que as partes é que determinam quais matérias querem submeter à arbitragem, as cortes estadunidenses entendem que seu dever precípua é aferir o que foi efetivamente pactuado, para, então, determinar se as partes quiseram ou não atribuir ao árbitro jurisdição para decidir objeções à sua própria jurisdição⁴⁰¹.

Nesse contexto, antes de partir para a análise dos precedentes, importa esclarecer alguns conceitos próprios da terminologia empregada pelas cortes americanas.

O primeiro deles é o conceito de arbitrabilidade. Na maioria dos ordenamentos, o termo arbitrabilidade, grosso modo, diz com a possibilidade de determinadas disputas serem resolvidas por arbitragem (arbitrabilidade objetiva) ou com a possibilidade de determinados sujeitos resolverem suas disputas por meio da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva).

No direito americano, contudo, estas acepções do termo são consideradas “arbitrabilidade em sentido estrito”, na medida em que o termo “arbitrabilidade” é utilizado, em sentido amplo, para designar a possibilidade de o árbitro decidir sobre questões jurisdicionais que vão além da arbitrabilidade em sentido estrito, como é o caso, por exemplo, de vícios que acometam a convenção de arbitragem⁴⁰².

Em outras palavras, decidir se uma questão é arbitrável *lato sensu* significa decidir sobre o mérito de alguns tipos de óbice que venham a ser arguidos em face da jurisdição arbitral.

Ao analisar o tema, George Bermann identifica, com base na terminologia jurisprudencial, dois tipos de questões preliminares, quais sejam os “threshold issues” e os

Arbitration and the courts. Huntington: JurisNet, 2014; SMIT, Robert H. **Separability and Competence-Competence In International Arbitration**, *Op. Cit.*; JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 507-531.

⁴⁰⁰ BERMANN, George A. **The Gateway Problem in International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 3. No mesmo sentido, Jack Graves e Yelena Davydan defendem que “the FAA, itself, provides little guidance until the Supreme Court decided to tell us what the statute means” (GRAVES, Jack; DAVYDAN, Yelena. **Competence-Competence and Separability**, *Op. Cit.*, p. 177).

⁴⁰¹ COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators’ Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 154.

⁴⁰² GRAVES, Jack; DAVYDAN, Yelena. **Competence-Competence and Separability**, *Op. Cit.*, p. 160.

“gateway issues”. Os *threshold issues* correspondem ao amplo espectro de questões jurisdicionais que podem ser alegadas no que toca à competência do árbitro, ao passo que os *gateway issues* seriam um espectro mais limitado de questões que podem ser analisadas pelo Poder Judiciário independente de prévia decisão do árbitro sobre o tema⁴⁰³.

Feitas essas considerações terminológicas preliminares, passa-se a analisar os principais casos relevantes para a formação do modelo americano de competência-competência, desde logo destacando que as cortes estadunidenses analisam a questão do controle prematuro da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário não apenas com base na competência-competência, mas também com base na separabilidade da cláusula compromissória, o que difere da maioria dos demais ordenamentos jurídicos, justamente à luz das diferenças entre os dois conceitos delineadas no item 2.10.3 acima.

O primeiro caso a ser estudado é o famoso caso *Prima Paint Corp. vs. Flood & Conklin Mfg. Co.*, decidido em 1967, o qual estabeleceu que o árbitro possui poderes para decidir a controvérsia mesmo que se discuta a fraude ou inexistência do contrato principal como um todo, bastando para tanto que inexista prova de que as partes quiseram retirar do árbitro a jurisdição para analisar tais questões.

Trata-se do caso que firmou o racional de separabilidade da cláusula compromissória, segundo o qual a vontade das partes em submeter determinadas disputas à arbitragem é separável da vontade manifestada com relação ao contrato no qual esteja inserta a cláusula compromissória.

Embora tenha reconhecido a separabilidade da cláusula compromissória, o caso *Prima Paint* não reconheceu propriamente a competência-competência, na medida em que assentou que, se a arguição de fraude ou inexistência for direcionada à própria cláusula compromissória, então não haverá nada que impeça o Poder Judiciário de decidir sobre essas questões⁴⁰⁴.

Na sequência do caso *Prima Paint*, o próximo caso relevante para o estudo do modelo estadunidense de competência-competência é o *AT&T Technologies, Inc. vs. Communications Workers of America*, julgado em 1986, o qual fixou as premissas de que: (i) a arbitragem é uma questão de contrato (“a matter of contract”), de modo que uma parte não pode ser submetida a

⁴⁰³ BERMAN, George A. *The Gateway Problem in International Commercial Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 7-8.

⁴⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **87 S.Ct. 1801**. Relator: Abe Fortas, 12 de junho de 1967.

arbitrar caso não tenha efetivamente concordado com isso; e (ii) a não ser que haja prova clara e inequívoca (“clear and unmistakable evidence”) de que as partes quiseram submeter ao árbitro a jurisdição para decidir sobre questões afetas à sua própria jurisdição, tais questões devem ser decididas pelo Poder Judiciário⁴⁰⁵.

Com esse cenário estabelecido, surge em 1995 o famoso caso *First Options of Chicago, Inc. vs. Kaplan*, em cujo âmbito decidiu-se que, se as partes não concordaram em arbitrar objeções relacionadas à jurisdição do árbitro (o que deve ser aferido com base no critério de prova clara e inequívoca estabelecido no caso *AT&T*), essas questões, tal como quaisquer outras questões não submetidas à arbitragem, devem ser decididas pelo Poder Judiciário⁴⁰⁶.

Estabeleceu-se, pois, o que Jack Graves e Yelena Davydan denominaram ser uma forma contratual de competência-competência⁴⁰⁷, a qual decorre da vontade das partes e não de previsão legal, de acordo com o seguinte raciocínio: a arbitragem é uma questão de contrato entre as partes e seu objetivo é submeter determinadas disputas ao juiz privado, de maneira que se faz necessário aferir se, dentre as questões que as partes contratualmente quiseram arbitrar, está a análise de objeções à jurisdição do árbitro.

Fixou-se, com isso, a premissa de que o Poder Judiciário não pode presumir que as partes concordaram em arbitrar questões relacionadas à jurisdição do árbitro, a não ser que haja prova clara e inequívoca nesse sentido⁴⁰⁸. Dito de outra forma, tem-se que no modelo norte-americano, tal como estabelecido pelo caso *First Options*, o silêncio sobre quem decide questões jurisdicionais deve ser interpretado contra a arbitragem⁴⁰⁹.

Embora seja essa a posição adotada, vale destacar que o *obiter dictum* da decisão da Suprema Corte no aludido caso sugeriu que, em algumas situações, embora não naquela que estava sub judice, questões afetas à jurisdição do árbitro podem ser submetidas à arbitragem

⁴⁰⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **106 S.Ct. 1415**. Relator: Byron White, 7 de abril de 1986.

⁴⁰⁶ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **115 S.Ct. 1920**. Relator: Stephen Breyer, 22 de março de 1995.

⁴⁰⁷ GRAVES, Jack; DAVYDAN, Yelena. **Competence-Competence and Separability**, *Op. Cit.*, p. 161.

⁴⁰⁸ COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators' Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 162.

⁴⁰⁹ PARK, William W. **The arbitrability dicta in First Options v. Kaplan**, *Op. Cit.*, p. 142-165.

mediante estipulação das partes, caso em que o Poder Judiciário deve conferir tolerância considerável (“considerable leeway”) à decisão do árbitro sobre os limites de sua jurisdição⁴¹⁰.

Na sequência do caso *First Options*, observou-se o que a doutrina entendeu ser um abrandamento do rigor do Poder Judiciário com relação ao atendimento do critério de prova clara e inequívoca da vontade das partes de submeter ao árbitro a jurisdição para decidir sobre sua própria jurisdição, na medida em que passou a haver uma certa propensão a encontrar essa prova, isto é, identificar mais elementos como constitutivos de prova nesse sentido⁴¹¹.

É o que se pôde verificar no caso *PaineWebber Inc. vs. Bybyk*, no qual se entendeu que uma cláusula arbitral que submetia todas e quaisquer controvérsias (“any and all controversies”) a arbitragem englobaria também questões afetas à jurisdição do árbitro⁴¹².

O mesmo racional foi esposado subsequentemente nos casos *Bell vs. Cendant Corp*⁴¹³ e *Rocket Jewelry Box, Inc. vs. Quality Int'l Packaging Ltd.*⁴¹⁴, cujas cláusulas arbitrais também continham redação semelhante.

No mesmo sentido, porém com apoio em outros elementos fáticos do caso, os casos *Shaw Group, Inc. v. Triplefine Int'l Corp*⁴¹⁵ e *Vladimir Poponin Ph.D. v. Virtual Pro Inc*⁴¹⁶ determinaram que a escolha das partes por uma instituição arbitral cujo regulamento contenha

⁴¹⁰ Nesse sentido, o texto original da decisão: “We believe the answer to the “who” question (i.e., the standard-of-review question) is fairly simple. Just as the arbitrability of the merits of a dispute depends upon whether the parties agreed to arbitrate that dispute (...), so the question “who has the primary power to decide arbitrability” turns upon what the parties agreed about that matter. 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. (...). If, on the other hand, the parties did not agree to submit the arbitrability question itself to arbitration, then the court should decide that question just as it would decide any other question that the parties did not submit to arbitration, namely, independently. These two answers flow inexorably from the fact that arbitration is simply a matter of contract between the parties; it is a way to resolve those disputes-but only those disputes-that the parties have agreed to submit to arbitration” (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **115 S.Ct. 1920**. Relator: Stephen Breyer, 22 de março de 1995).

⁴¹¹ COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators’ Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 163.

⁴¹² ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Second Circuit. **81 F.3d 1193, 1200**. Relator: Dennis Jacobs, 19 de abril de 1996.

⁴¹³ ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Second Circuit. **293 F.3d 563, 568**. Relator: Barrington Daniels Parker Jr., 11 de junho de 2002.

⁴¹⁴ ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Second Circuit. **2002 WL 987280**. Relator: Ronald L. Ellis, 13 de maio de 2002.

⁴¹⁵ ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Second Circuit. **322 F.3d 115, 121-122**. Relator: Reena Raggi, 4 de março de 2003.

⁴¹⁶ ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Second Circuit. **C 06-4019 PJH**. Relator: Phyllis Hamilton, 20 de setembro de 2006.

disposições determinando que caberá ao árbitro prioritariamente decidir sobre questões afetas à sua própria jurisdição, seria suficiente para afastar a presunção de que cabe ao Poder Judiciário decidir essas questões.

Na sequência desses casos, que foram julgados por cortes de segunda instância, é possível identificar três outros casos bastante relevantes e amplamente comentados pela doutrina, todos decididos pela Suprema Corte, quais sejam os casos *Buckeye Check Cashing, Inc. vs. Cardegna*⁴¹⁷, *Granite Rock Co. vs. International Broth. of Teamsters*⁴¹⁸ e *Rent-A-Center, West, Inc. vs. Jackson*⁴¹⁹.

O caso *Buckeye* reafirmou o racional do caso *Prima Paint*, ao decidir que, salvo se o vício arguido for direcionado especificamente à validade da cláusula arbitral e não à validade do contrato como um todo, caberá ao árbitro decidir sobre essa questão, porque a cláusula arbitral é separável do contrato principal.

Nada obstante, a Suprema Corte fez constar, como fundamento da decisão, que caso se tratasse da alegação de um vício de *existência*, ainda que do contrato principal, sua decisão poderia ter sido distinta, o que é particularmente relevante para a compreensão da questão da competência-competência no âmbito do modelo norte-americano, haja vista que evidencia o peso conferido à efetiva existência de uma vontade de arbitrar, bem como o fato de que essa questão deve efetivamente ser aferida pelo Poder Judiciário.

No caso *Rent-A-Center*, a Suprema Corte reiterou a premissa de que, tal como outros negócios jurídicos, uma cláusula arbitral pode ser invalidada com base em defesas contratuais gerais, como por exemplo fraude, coação ou falta de consentimento.

Dessa forma, em sendo questionada diretamente a higidez da cláusula arbitral, o Poder Judiciário poderá deixar de compelir as partes a arbitrar. O caso concreto, no entanto, possuía duas peculiaridades relevantes: a primeira é o fato de que a cláusula arbitral delegava exclusivamente ao árbitro jurisdição para decidir questões afetas à cláusula arbitral, incluindo questões afetas à sua validade, delegação essa que foi considerada válida pela Suprema Corte à luz do Federal Arbitration Act. A segunda é o fato de que a parte que se opôs à jurisdição arbitral

⁴¹⁷ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **126 S.Ct. 1204**. Relator: Antonin Scalia, 21 de fevereiro de 2006.

⁴¹⁸ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **130 S.Ct. 2847**. Relator: Clarence Thomas, 24 de junho de 2010.

⁴¹⁹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **130 S.Ct. 2772**. Relator: Antonin Scalia, 21 de junho de 2010.

questionou apenas a validade da cláusula arbitral como um todo e não especificamente a validade da cláusula de delegação que nela estava contida.

Dessa forma, por ter se abster de questionar a cláusula de delegação especificamente, entendeu-se que a parte recalcitrante perdeu a possibilidade de ter a questão resolvida pelo Poder Judiciário, devendo se submeter à jurisdição arbitral, na medida em que, por aplicação analógica da regra da separabilidade, a cláusula de delegação também deve ser considerada separável em relação à cláusula compromissória.

Decidido três dias após o caso *Rent-a-Center*, o caso *Granite Rock*, reiterou as premissas estabelecidas nos casos precedentes, segundo as quais (i) em geral, é dado ao Poder Judiciário decidir se as partes concordaram em arbitrar; (ii) o Poder Judiciário pode compelir as partes a arbitrar se estiver convencido de sua intenção nesse sentido; e (iii) a cláusula arbitral é separável do contrato principal, devendo prevalecer em casos nos quais a formação deste seja impugnada, mas não necessariamente em casos nos quais a formação da própria cláusula arbitral seja colocada em questão.

Diante disso, a Suprema Corte entendeu que, se as partes concordam que a cláusula arbitral autoriza o árbitro a decidir certas disputas (sendo hígida, portanto, ao menos com relação a uma parcela das questões controvertidas), é aconselhável que eventuais dúvidas sobre a abrangência da cláusula arbitral sejam decididas em favor da arbitragem, haja vista a existência no ordenamento americano de uma política legislativa favorável à arbitragem.

Vale notar que, ainda que tenham sido feitas essas considerações, o fato é que, no caso concreto, por estar envolvida uma controvérsia afeta à existência do contrato principal, a Suprema Corte entendeu que caberia ao Poder Judiciário decidir a questão.

Merecem menção, por fim, dois casos bastante recentes, ambos decididos pela Suprema Corte americana, quais sejam os casos *Henry Schein, Inc., et al. vs. Archer & White Sales, Inc.*, decidido em 8 de janeiro de 2019⁴²⁰, e o caso *New Prime Inc. vs. Oliveira*, decidido em 15 de janeiro de 2019⁴²¹.

⁴²⁰ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **2019 WL 122164**. Relator: Brett Kavanaugh, 8 de janeiro de 2019.

⁴²¹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **586 U. S. (2019)**. Relator: Neil Gorsuch, 15 de janeiro de 2019.

No caso *Schein*, a Suprema Corte entendeu, com base no racional estabelecido no caso *Rent-a-Center*, que quando o contrato subjacente contém uma cláusula de delegação da análise da questão jurisdicional ao árbitro, essa questão deve efetivamente ser decidida pelo árbitro, não cabendo ao Poder Judiciário se sobrepor a essa disposição contratual, ainda que a parte recalcitrante alegue que o pedido de remessa das partes à arbitragem seja “wholly groundless”.

Nesse tocante, a Suprema Corte entendeu que não cabe ao Poder Judiciário aceitar defesas que o Federal Arbitration Act não preveja, ainda que essas defesas tenham sido instituídas pela própria Suprema Corte, como seria o caso da defesa em questão.

No caso *New Prime*, a discussão se desenvolveu em torno da arbitrabilidade objetiva da disputa. O Sr. Dominic Oliveira aforou ação judicial decorrente de um contrato de prestação de serviços de transporte, afirmando que disputas decorrentes de contrato desta natureza, ainda que existente convenção de arbitragem obrigatória, não poderiam ser submetidas à arbitragem, por disposição expressa do Federal Arbitration Act. Diante disso, a Suprema Corte entendeu que, por estar o contrato em questão efetivamente excetuado pelo Federal Arbitration Act, não lhe caberia a remeter as partes à arbitragem.

Vale destacar que, nesse caso, o Poder Judiciário estadunidense decidiu que sequer seria o caso de analisar a existência ou não de uma cláusula de delegação de questões jurisdicionais ao árbitro, na medida em que se tratava de um óbice estatutário (*i.e.*, previsto expressamente no Federal Arbitration Act) à arbitrabilidade objetiva da disputa, o que seria uma questão precedente à análise da cláusula de delegação. Isso porque, no entender dos julgadores, o conceito de separabilidade aplicável à cláusula de delegação, conforme estabelecido no caso *Rent-a-Center*, “applies only if the parties’ arbitration agreement appears in a contract that falls within the field §§1 and 2 [of the Federal Arbitration Act] describe”.

Da análise de todos os casos acima mencionados, é possível derivar algumas conclusões.

A primeira delas é que, de fato, há a consagração de um modelo contratual de competência-competência, fundamentado precipuamente na vontade contratual das partes com relação à cláusula arbitral⁴²².

A segunda é que, como adiantado acima, o modelo de competência-competência norte-americano se mostra fortemente influenciado pela noção de separabilidade, a qual foi inclusive

⁴²² GRAVES, Jack; DAVYDAN, Yelena. *Competence-Competence and Separability*, *Op. Cit.*, p. 178.

transposta para o próprio âmago da convenção de arbitragem, como se nota pela exigência de uma cláusula de delegação, de modo que, muitas vezes, a separabilidade (e não a competência-competência) acaba sendo utilizada como fundamento para decidir se determinada objeção à jurisdição estatal deve ou não ser analisada pelo Poder Judiciário, o que, como bem ressalta a doutrina, pode se demonstrar insuficiente ou impreciso⁴²³.

Assim, analisados os principais casos do modelo de competência-competência norte americano, tem-se que, de modo geral, há o reconhecimento do efeito positivo, mas não do efeito negativo, sendo que seus contornos vêm sendo refinados caso a caso, como é característico em sistemas jurídicos de common law, embora de forma não linear, o que tem dado ensejo a uma enorme complexidade de posições do ponto de vista doutrinário⁴²⁴⁻⁴²⁵.

3.3.2 COMPETÊNCIA PRIORITÁRIA INCONDICIONADA DO ÁRBITRO: O MODELO FRANCÊS

O modelo francês de competência-competência, além de afirmar o efeito positivo, reconhece o efeito negativo com máxima amplitude. Trata-se do mais liberal modelo de competência-competência existente, o qual tem como marca o reconhecimento integral do seu efeito negativo, na medida em que estabelece de forma clara e contundente a prioridade cronológica do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, bem como prevê mecanismos efetivos para garantir que essa prioridade seja efetivada na prática⁴²⁶.

O reconhecimento amplo de ambos os efeitos da competência-competência já decorria dos antigos artigos 1458 e 1466 do Novo Código de Processo Civil francês⁴²⁷. O último assegurava o efeito positivo da competência-competência, na medida em que conferia ao árbitro

⁴²³ BERMANN, George A. *The Gateway Problem in International Commercial Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 49.

⁴²⁴ BERMANN, George A. *The Gateway Problem in International Commercial Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 50.

⁴²⁵ Expostas as características do sistema norte-americano como principal expoente do modelo de competência-competência concorrente entre juiz e árbitro, cabe destacar que alguns autores enquadram, também nesta categoria, o modelo sueco. Nesse sentido, faz-se referência a Sigvard Jarvin e Alexander Leventhal, que entendem que, na Suécia, a ausência de reconhecimento do efeito negativo seria ainda mais evidente, na medida em que, embora o árbitro possua poderes para decidir sobre sua própria jurisdição, qualquer das partes tem o direito de, a qualquer tempo, recorrer às cortes suecas para obter uma determinação sobre a jurisdição do árbitro. As cortes, então, podem decidir não apenas sobre a validade da convenção de arbitragem, como também sobre se eventuais condições precedentes à arbitragem deixaram de ser satisfeitas (JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 509).

⁴²⁶ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 72; DIMOLITSA, Antonias. **Separability and Kompetenz-Kompetenz**, *Op. Cit.*, p. 328; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 77; BREKOULAKIS, Stavros. **The Negative Effect of Compétence-Compétence**, *Op. Cit.*, p. 4-5.

⁴²⁷ Cuja tradução para o inglês poder ser encontrada no seguinte sítio eletrônico do serviço público francês de difusão do direito: <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/.../Code_39.pdf>, acessado em 18.07.2018, às 00:50.

o poder para decidir sobre impugnações à sua própria jurisdição, ao dispor que: “If, before an arbitrator, one of the parties has challenged the principle or scope of the powers of the arbitrator, the latter must rule upon the validity and limits of his nomination”. O primeiro, por seu turno, consagrava expressamente o efeito negativo, ao prever que:

“Where a dispute, referred to an arbitration tribunal pursuant to an arbitration agreement, is brought before a court of law of the State, the latter must decline jurisdiction. Where the case has not yet been brought before arbitration tribunal, the court must also decline jurisdiction save where the arbitration agreement is manifestly null. In both cases, the court may not raise *sua sponte* its lack of jurisdiction”.

Como se denota, o efeito negativo da competência-competência vem positivado na França desde 1981, quando foi instituído o Novo Código de Processo Civil, embora já fosse reconhecido jurisprudencialmente⁴²⁸, assumindo os seguintes contornos: (i) se o tribunal arbitral estiver constituído, o juiz togado deverá, sem qualquer exceção, declinar de sua jurisdição em favor dos árbitros; e (ii) se o tribunal arbitral não estiver constituído, ainda assim o juiz togado deverá declinar de sua jurisdição, salvo se verificar que a convenção de arbitragem é manifestamente nula, sendo que em nenhum dos casos o Poder Judiciário poderá agir de ofício, apenas mediante arguição de exceção de arbitragem por uma das partes⁴²⁹.

Do ponto de vista jurisprudencial⁴³⁰, os artigos em questão foram sendo ao longo dos anos interpretados pelos tribunais franceses no sentido de preservar com máxima amplitude o regime de prioridade em favor do árbitro, mas também de garantir, sobretudo como forma de legitimação da arbitragem, que um controle prévio da regularidade da convenção de arbitragem seja efetivamente viabilizado, desde que em situações efetivamente excepcionais aferíveis em uma análise *prima facie*, assim se evitando que uma parte seja obrigada a arbitrar sem que haja qualquer base plausível para tanto⁴³¹.

⁴²⁸ Como dá conta Rafael Francisco Alves (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 74).

⁴²⁹ Avalizando essa leitura dos antigos artigos 1458 e 1466 do Novo Código de Processo civil francês, ver, dentre outros: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 407-408; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1110-1111; BERMANN, George A. **The Gateway Problem in International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 18; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 73; LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 138.

⁴³⁰ Para uma ampla análise do desenvolvimento jurisprudencial da questão na França, ver: COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators’ Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 154-166. No mesmo sentido, ver: BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1111-1115.

⁴³¹ BERMANN, George A. **The Gateway Problem in International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 15-17.

A título meramente ilustrativo, no famoso caso *Société American Bureau of Shipping (Abs) vs. Copropriété maritime Jules Verne, Jet Flint SA e outros*, a Corte de Cassação Francesa decidiu expressamente que a nulidade manifesta é a única barreira apta a afastar a regra segundo a qual o árbitro possui poderes para decidir sobre a existência, validade e escopo da convenção de arbitragem⁴³². A doutrina dá conta de uma série de outros precedentes no mesmo sentido⁴³³.

Outro julgado bastante comentado é o caso *Quarto Children's Books Ltd. vs. Editions du Seuil, Editions Phidal, Inc.*, por meio do qual a Corte de Cassação francesa expandiu os requisitos então constantes do artigo 1458, entendendo que a análise da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário pode ocorrer, além de casos da manifesta nulidade, também em casos de “manifesta inaplicabilidade”⁴³⁴.

Ao analisar o sistema Francês, George Bermann dá conta de que a jurisprudência tem entendido que o conceito de convenção de arbitragem manifestamente nula aplica-se analogamente a casos em que a convenção de arbitragem seja manifestamente inexistente, manifestamente não vincule uma parte que a ela se esteja pretendendo vincular, manifestamente não abarque a disputa que se esteja tentando travar judicialmente ou seja de qualquer outra maneira manifestamente inexequível⁴³⁵.

Nesse contexto de fervilhantes manifestações jurisprudenciais sobre o tema, a reforma do Novo Código de Processo Civil francês, implementada em 2011, passou a disciplinar a competência-competência nos artigos 1448 e 1465⁴³⁶⁻⁴³⁷, os quais, embora tenham refletido

⁴³² *Société American Bureau of Shipping (Abs) vs. Copropriété maritime Jules Verne, Jet Flint SA e outros* (FRANÇA. Cour de Cassation. **99-17.120**. Relator: Jean-Pierre Ancel, 26 de junho de 2001). Para comentários sobre o caso, ver: GAILLARD, Emmanuel. BANIFATEMI, Yas. **Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 262-264.

⁴³³ Nesse sentido: COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators' Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 154-166; GAILLARD, Emmanuel. BANIFATEMI, Yas. **Negative Effect of Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 262-264; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 74.

⁴³⁴ *Quarto Children's Books Ltd. vs. Editions du Seuil, Editions Phidal, Inc.* (FRANÇA. Cour de Cassation. **99-19.319**. Relator: Jean-Pierre Ancel, 19 de outubro de 2001). Para comentários sobre o caso, ver: COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators' Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 154-166.

⁴³⁵ BERMANN, George A. **The Gateway Problem in International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 15-17.

⁴³⁶ Cujá tradução para o inglês, feita por Emmanuel Gaillard, Nanou Leleu-Knobil e Daniela Pellarini, com os comentários de Charles Kaplan, pode ser encontrada no seguinte sítio eletrônico: <http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_INTERNATIONAL_ARBITRATION.pdf>, acessado em 18.07.2018, às 19:06.

⁴³⁷ Esses artigos, que se aplicam à arbitragem doméstica, são também aplicáveis à arbitragem internacional, por disposição expressa do artigo 1506 do mesmo Diploma, assim redigido: “Unless the parties have agreed otherwise,

materialmente o conteúdo das previsões antecessoras⁴³⁸, cuidaram de deixar ainda mais explícitos os seus contornos, inclusive incorporando elementos surgidos com desenvolvimento jurisprudencial havido no interregno temporal antecedente à reforma.

O artigo 1465 reitera o reconhecimento expresso do efeito positivo da competência-competência, adotando redação mais concisa, precisa e direta do que a redação do antigo artigo 1466, na medida em que prevê não apenas que cabe ao árbitro decidir objeções à sua jurisdição, mas que lhe cabe fazê-lo em caráter exclusivo: “The arbitral tribunal has exclusive jurisdiction to rule on objections to its jurisdiction”.

O artigo 1448, por seu turno, além de também ter recebido formulação mais clara do que a então contida no antigo artigo 1458, ainda cuidou de incorporar questões sedimentadas pela doutrina, tais como a possibilidade de análise judicial de convenções de arbitragem manifestamente inaplicáveis, tendo sido assim redigido:

“When a dispute subject to an arbitration agreement is brought before a court, such court shall decline jurisdiction, except if an arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable. A court may not decline jurisdiction on its own motion”.

Além dos aludidos artigos, também cabe mencionar o artigo 1455 da versão reformada do Código de Processo Civil Francês, que se assemelha ao seu antigo artigo 1444, determinando que “If an arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable, the judge acting in support of the arbitration shall declare that no appointment need be made”.

Trata-se de previsão que, adotando redação materialmente semelhante ao atual artigo 1448, determina que o juiz designado a prestar apoio ao procedimento arbitral (*Juge d'appui*), quando chamado a prestar apoio à arbitragem para indicação de árbitro, deixará de fazê-lo caso constate a existência de nulidade ou inaplicabilidade manifestas na convenção de arbitragem.

Entendemos, diante disso, que a legislação francesa reformada estabeleceu de forma ainda mais clara os contornos do seu modelo de competência-competência, reforçando a adoção com máxima amplitude de seu duplo efeito, de maneira a garantir a prioridade do árbitro para

and subject to the provisions of the present Title, the following Articles shall apply to international arbitration: (1) 1446, 1447, 1448 (paragraphs 1 and 2) and 1449, regarding the arbitration agreement; (...). (3) 1462, 1463 (paragraph 2), 1464 (paragraph 3), 1465 through 1470 and 1472 regarding arbitral proceedings”. Essa extensão das previsões sobre competência-competência no âmbito da arbitragem doméstica para a arbitragem internacional já era promovida pela jurisprudência francesa antes da positivação que sobreveio com o artigo 1506, como davam conta Fouchard, Gaillard e Goldman (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 404).

⁴³⁸ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1112.

decidir, em caráter exclusivo (portanto sem jurisdição concorrente, mas apenas posterior, do Poder Judiciário), sobre objeções à sua jurisdição, somente sendo dado ao juiz togado intervir na restrita hipótese de (i) não haver tribunal arbitral constituído; e (ii) ser possível aferir, em caráter *prima facie*, que a convenção de arbitragem é manifestamente nula ou manifestamente inaplicável.

Esses requisitos, vale dizer, são cumulativos, como se denota pelo fato de que, em havendo tribunal arbitral constituído (portanto, caso esteja ausente o primeiro requisito) resta inviabilizada qualquer tipo de análise da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário antes da manifestação do árbitro a esse respeito⁴³⁹.

Isso não significa, frise-se, que inexistirá controle judicial sobre a jurisdição do árbitro no modelo francês. O que não haverá é a jurisdição, *ab initio*, do juiz togado, a qual, no entanto, resta assegurada *a posteriori*, com fundamento no artigo 1520 do Novo Código de Processo Civil, o qual prevê expressamente que “An award may only be set aside where: (1) the arbitral tribunal wrongly upheld or declined jurisdiction (...)”.

Esse controle, vale dizer, é realizado de forma ampla (*full review* ou revisão *de novo*), conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência francesa⁴⁴⁰ e poderá ser exercido tanto no caso de uma decisão positiva como de uma decisão negativa do árbitro acerca de sua própria jurisdição, diferentemente de alguns outros ordenamentos (como é o caso brasileiro), os quais apenas permitem a revisão da decisão confirmatória, pelo árbitro, de sua própria jurisdição.

Com base em todo o exposto, é possível concluir, pelos marcantes contornos com base nos quais os efeitos positivo e negativo da competência-competência foram acolhidos, que o sistema francês parte do pressuposto de que o risco de o árbitro determinar sua própria jurisdição de forma incorreta, fazendo com que essa decisão tenha de ser revisada em sede de

⁴³⁹ Assim, resumindo a posição francesa, Bertrand Ancel afirma que: “Desta forma, em caso de exceção de arbitragem suscitada diante do tribunal estatal, este não pode se manifestar em pleno conhecimento de causa sobre a validade ou a existência da convenção de arbitragem. É necessário então distinguir: ou a instância arbitral está em curso e ele se declara incompetente pela simples invocação da cláusula, ou a instância arbitral não está engajada e ele se declara incompetente depois de se segurar que nenhum vício condena a convenção de maneira flagrante, evidente, manifesta, a ponto de ter dissuadido as partes a não utilizarem as possibilidades que esta deveria ofertar-lhes.” (ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 57-58).

⁴⁴⁰ Como da conta Gary Born, com base em diversos precedentes franceses (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1114-1115). No mesmo sentido, também com amplo esteio na jurisprudência francesa: COLAIUTA, Virginie. **The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems with respect to Arbitrators’ Powers to Determine their Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 160.

controle judicial, deve ser considerado menos relevante do que o risco de parte recalcitrantes lançarem mão de medidas tendentes a obstruir o desenvolvimento da arbitragem⁴⁴¹.

3.3.3 COMPETÊNCIA PRIORITÁRIA CONDICIONADA DO ÁRBITRO (MODELOS HÍBRIDOS): A CONVENÇÃO DE NOVA YORK, A LEI MODELO DA UNCITRAL E OS MODELOS SUÍÇO, ALEMÃO E INGLÊS

Orbitando entre os modelos estadunidense e francês, há modelos intermediários, os quais preveem algum tipo de condicionamento à competência prioritária do árbitro para decidir sobre sua jurisdição ou encampam uma possibilidade condicionada (*i.e.*, não irrestrita) de intervenção judicial prematura na arbitragem.

O primeiro deles é o modelo da Convenção de Nova York, com relação à qual é necessário tecer algumas considerações introdutórias e gerais antes se debruçar sobre o estudo da competência-competência propriamente dita.

Embora tenha sido originalmente concebida para regular apenas o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a Convenção de Nova York também se aplica a convenções de arbitragem, por força expressa de seu artigo II, o qual foi incluído apenas três semanas antes da adoção do texto convencional final, de modo que os demais artigos, cuja redação final já havia sido aprovada, não tiveram sua redação adaptada⁴⁴².

Dito isso, o primeiro passo deve ser a análise do escopo de aplicação da Convenção de Nova York no que toca à convenção de arbitragem. Nesse sentido, a UNCITRAL, ao publicar estudo datado de 1979 sobre a aplicação e interpretação da Convenção de Nova York, elencou três possíveis critérios para definição do seu escopo de aplicação às convenções de arbitragem, entendendo estarem abarcadas aquelas que (i) prevejam a realização de arbitragem em um Estado outro que não o Estado cuja corte venha a ser chamada a intervir; (ii) tenham ao menos uma de suas partes com nacionalidade diversa da nacionalidade da corte que venha a ser chamada a intervir; ou (iii) sejam concernentes à relações jurídicas internacionais⁴⁴³.

⁴⁴¹ JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 519.

⁴⁴² UNCITRAL. **UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)**: 2016 Edition. Nova York: United Nations Publication, 2016, p. 39.

⁴⁴³ UNCITRAL. Report of the Secretary-General: Study on the Application and Interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/168. In: **X Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law**, 106, 1979, p. 103.

Outro importante instrumento de estudo da Convenção, o guia produzido pelo ICCA para referência de juízes, afirma que, apesar de a Convenção não definir seu escopo de aplicação no que toca às convenções de arbitragem, “é pacífico que a Convenção de Nova Iorque não regula o reconhecimento de convenções de arbitragem domésticas, bem como “é igualmente aceito que a Convenção é aplicável se a sentença arbitral futura for considerada estrangeira ou não doméstica em conformidade ao Artigo I(1)”⁴⁴⁴.

Por fim, sem prejuízo de outros autores que estudam a fundo o tema do escopo de aplicação da Convenção de Nova York⁴⁴⁵, faz-se referência ao entendimento de Lew, Mistelis e Kröll, para quem há duas possíveis abordagens para se decidir pela incidência da Convenção. A primeira seria analisar a probabilidade de a convenção de arbitragem resultar em uma sentença abarcada pela Convenção, ao passo que a segunda seria buscar elementos de internacionalidade na convenção de arbitragem, como por exemplo a escolha de uma sede estrangeira ou a nacionalidade estrangeira de uma das partes⁴⁴⁶.

Estabelecido o escopo de aplicação da Convenção de Nova York no que toca à convenção de arbitragem, passa-se ao estudo do seu artigo II(3), essencial para a análise do modelo de competência-competência nela insculpido. O aludido artigo prevê que:

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

A interpretação do aludido artigo pela doutrina gera opiniões diversas, algumas delas inclusive diametralmente opostas entre si. Isso se deve ao fato de que, como explica George Bermann, tratar-se de previsão “altamente elíptica”, na medida em que não apenas deixa de definir a expressão “nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável” como também se abstém de identificar qual seria a lei aplicável para a definição dessas questões⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ International Council for Commercial Arbitration - ICCA. **Guia do ICCA Sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958**: um texto de referência para juízes. ICCA: 2012, p. 24.

⁴⁴⁵ Nesse sentido: PAULSSON, Marike R. P. **The 1958 New York Convention in action**. Haia: Kluwer Law International, 2016, p. 73-74; e VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Haia: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 56-72. Para uma análise sumariada das distintas posições, ver: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 83-85.

⁴⁴⁶ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 112.

⁴⁴⁷ BERMANN, George A. (coord.). **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts**. Cham: Springer, 2017, p. 21.

Além disso, nos parece que a vagueza da Convenção também se deve ao fato de que deixa de estabelecer quais são os limites cognitivos a serem observados pelo Poder Judiciário quando tiver de promover a análise da convenção de arbitragem prevista no artigo II(3).

Nesse sentido, trataremos do conteúdo material dos vícios previstos pelo artigo II(3) mais adiante⁴⁴⁸, importando para o momento entender se o artigo II(3) da Convenção de Nova York engloba a regra da competência-competência e, caso positivo, se o faz no duplo efeito, isto é, se além de conferir ao árbitro poderes para decidir sobre sua própria jurisdição, também lhe confere prioridade para tanto em relação ao Poder Judiciário, bem como se é imposto algum tipo de limitação cognitiva ao juiz para o cumprimento do comando legal.

No que toca ao efeito positivo da competência-competência, entendemos, em alinhamento com vasta doutrina, que o artigo em questão não o contempla, haja vista que, em nenhum momento, o texto convencional confere ao árbitro poderes para decidir sobre questões afetas à sua própria jurisdição, tampouco disciplina de que forma e com qual extensão isso deve ocorrer, tendo relegado a definição da questão para a tutela das legislações nacionais⁴⁴⁹.

A dúvida, então, reside em saber se a Convenção de Nova York encampa ou não o efeito negativo da competência-competência, sendo esse o ponto com relação ao qual tem surgido as maiores divergências interpretativas.

Poudret e Besson afirmam que a Convenção não prevê o efeito negativo da competência-competência, enfatizando que de forma alguma é estabelecida em seu texto uma regra de prioridade em favor do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição⁴⁵⁰.

O Guia do ICCA, por seu turno, afirma que a Convenção “não exige explicitamente a aplicação do princípio da competência-competência”. Reconhece, ademais, que, embora seja

⁴⁴⁸ Vide subcapítulo 5.5.

⁴⁴⁹ Nesse sentido: SCHRAMM, Dorothee. GEISINGER, Elliott. PINSOLLE, Philippe. Article II. In: KRONKE, Herbert. NACIMIENTO, Patricia. PORT, Nicola Christine (Eds.). **Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**. Haia: Kluwer Law International. 2010, p. 95-96; POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 388; SYMKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 78; e MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 86. Destacamos, no entanto, a opinião diversa de Bertrand Ancel, ao afirmar que “Mais significativa é naturalmente a posição, bem conhecida, da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 10 de junho de 1958, que admite o efeito positivo, mas que, em seu art. II (3), nega-se a admitir a prioridade do árbitro (ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 55).

⁴⁵⁰ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 388.

desejável uma interpretação limitativa da amplitude da intervenção judicial no início da disputa, “nenhuma disposição explícita no âmbito da Convenção impede as autoridades judiciárias de fazer uma revisão completa da convenção arbitral e emitir um julgamento final e vinculante em relação a sua validade em um estágio inicial da disputa”⁴⁵¹.

No mesmo sentido, Antonias Dimolitsa entende que, pela redação da Convenção de Nova York, caberia ao Poder Judiciário decidir sobre a existência ou validade da convenção de arbitragem a qualquer tempo, seja antes ou depois da submissão dessa questão ao árbitro⁴⁵².

Por fim, destaca-se o entendimento de Sandra Synková, que entende que a Convenção de Nova York não pode ser interpretada no sentido de ter incorporado o efeito negativo da competência-competência, ao mesmo tempo em que também não impede que as cortes de determinado Estado-parte reconheçam e apliquem esse efeito⁴⁵³.

Diante disso, nos parece forçoso concluir, respeitadas opiniões em contrário⁴⁵⁴, que a Convenção de Nova York não abarca textualmente nenhum dos efeitos da competência-competência, embora não vede seu acolhimento pelas cortes nacionais.

Trata-se, ao nosso ver, de consequência mais do que natural em se tratando de uma convenção internacional, na medida em que a adoção estanque de uma posição prejudicaria sua ampla aceitação – mormente em se tratando de um assunto controverso e afeto a uma decisão de política legislativa interna, como é o caso da competência-competência.

Nessa mesma linha é o entendimento de Albert Van den Berg, ao afirmar que a redação ampla do artigo II(3) levou em consideração o fato de que a Convenção foi concebida para ser aplicada em diversos sistemas jurídicos⁴⁵⁵, o que explica sua vagueza no que toca à questão.

⁴⁵¹ International Council for Commercial Arbitration - ICCA. **Guia do ICCA Sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958**: um texto de referência para juízes. ICCA: 2012, p. 39-40.

⁴⁵² DIMOLITSA, Antonias. **Separability and Kompetenz-Kompetenz**, *Op. Cit.*, p. 244.

⁴⁵³ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 78.

⁴⁵⁴ Rafael Francisco Alves, por exemplo, entende que a Convenção de Nova York “reconhece condicionalmente princípio da competência-competência”, na medida em que “a rigor, ela permite que as cortes locais deixem de remeter as partes à arbitragem se verificarem que a convenção de arbitragem é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável” o que permite ao autor concluir que, embora reconheçam a competência-competência “as cortes estatais poderiam realizar algum tipo de controle sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem”. O autor não discute, porém, se a competência-competência teria sido acolhida ou não em seu duplo efeito, isto é, se a Convenção de alguma forma estabelece uma prioridade em favor do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 76).

⁴⁵⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**, *Op. Cit.*, p. 155.

Para o autor, no entanto, ainda assim há de se levar em consideração o “pro-enforcement bias” da Convenção, interpretando seu texto de forma estrita, com vistas a acolher-se a invalidade da convenção de arbitragem apenas em casos manifestos⁴⁵⁶, ao que fazem coro outros autores, entendendo que a revisão judicial prevista no artigo II(3) deve se limitar a uma análise *prima facie*⁴⁵⁷.

A posição, contudo, não se afigura acertada em nosso sentir. Isso porque, embora essa interpretação possa até ser a mais favorável à autonomia e eficácia da arbitragem de maneira geral, bem como atenda ao chamado *pro-enforcement bias* da Convenção, não nos parece ser a que propriamente deriva do texto do artigo II(3), o qual não apresenta nenhum tipo de condicionamento a esse respeito, embora pudesse tê-lo feito.

Nesse sentido, destacamos o entendimento de Sigvard Jarvin e Alexander Leventhal, que afirmam que a Convenção de Nova York inclusive permitiria uma análise integral (*full review*) das questões previstas no artigo II(3), na medida em que não estabeleceu nenhum condicionamento em sentido contrário, muito embora reconheçam que as cortes nacionais têm mitigado essa possibilidade⁴⁵⁸.

No mesmo sentido, fazemos referência à lição de André Luís Quintas Monteiro, para quem é impossível concluir que a Convenção de Nova York estabeleça uma prioridade cronológica do árbitro para analisar a convenção de arbitragem, nem mesmo se o procedimento arbitral já houver sido instaurado, de tal sorte que sequer seria possível concluir que haveria uma limitação do exame da convenção de arbitragem a uma análise *prima facie*⁴⁵⁹.

Nesse tocante, vale destacar ainda a ponderação de Poudret e Besson, que entendem que o silêncio da Convenção a esse respeito sequer deveria causar surpresa, na medida em que ela se presta unicamente a obrigar que o Poder Judiciário dos Estados-Parte respeite a existência de uma convenção de arbitragem, sem prescrever de que forma deve ocorrer esse controle estatal sobre a jurisdição arbitral. Para os autores, o maior exemplo disso seria o fato de que na

⁴⁵⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**, *Op. Cit.*, p. 155.

⁴⁵⁷ “No entanto, é de se salientar que o mencionado dispositivo da Convenção de Nova Iorque tem sido interpretado, tanto no exterior como no Brasil, no sentido de que a exceção somente se pode considerar aplicável quando a invalidade, inexistência ou ineficácia da convenção de arbitragem for manifesta, perceptível *prima facie*, de modo flagrante, ictu oculi, independentemente da produção de qualquer dilação probatória” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303).

⁴⁵⁸ JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 515.

⁴⁵⁹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 86.

Inglaterra, anteriormente à vigência do Arbitration Act de 1996, previa-se o controle da jurisdição arbitral exclusivamente pelo Poder Judiciário, mesmo sendo a Inglaterra signatária da Convenção, sem que daí decorresse qualquer tipo de conflito⁴⁶⁰.

Há, portanto, um claro reconhecimento pela Convenção de Nova York do efeito negativo da convenção de arbitragem, na medida em que obriga o Poder Judiciário a remeter as partes à arbitragem, salvo se verificar algum dos vícios listados no artigo II(3), porém não há como se identificar o reconhecimento do efeito negativo da competência-competência, na medida em que nenhuma prioridade é estabelecida em favor do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição⁴⁶¹.

Por todas essas razões, o que se pode concluir com relação à Convenção de Nova York é que, embora tenha deixado de reconhecer, ou no mínimo sido vaga, com relação ao efeito negativo da competência-competência, o fato é que não impediu, tampouco favoreceu, o desenvolvimento desta nos Estados-Parte⁴⁶².

Conclusão semelhante, embora com algum temperamento, pode ser atingida com relação à Lei Modelo da UNICTRAL, a qual propositalmente⁴⁶³ replica em parte o comando insculpido no artigo II(3) da Convenção de Nova York, mas avança na regulamentação da matéria, a qual vem disposta em seus artigos 8 e 16⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 388.

⁴⁶¹ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 120.

⁴⁶² ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 77.

⁴⁶³ Como dá conta Peter Binder, ao afirmar que o artigo 8(1) foi propositalmente modelado com redação semelhante ao artigo II(3) da Convenção de Nova York (BINDER, Peter. **International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**, *Op. Cit.*, p. 123).

⁴⁶⁴ Para uma análise mais extensiva do modelo de competência-competência insculpido na Lei Modelo da UNICTRAL, ver: BOO, Lawrence. The Enforcement of Arbitration Agreements under Article 8 of the Model Law. In: BACHAND, Frédéric. GÉLINAS, FABIEN (eds.). **The UNCITRAL Model Law after 25 years: global perspectives on international commercial arbitration**. Huntington: JurisNet, 2013, p. 29-48; GREENBERG, Simon. Direct Review of Arbitral Jurisdiction under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. In: BACHAND, Frédéric. GÉLINAS, FABIEN (eds.). **The UNCITRAL Model Law after 25 years: global perspectives on international commercial arbitration**. Huntington: JurisNet, 2013, p. 49-93; HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E. **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**. Haia: Kluwer Law International, 1989; NACIMIENTO, Patricia; KRÖLL, Stefan M.; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2015.

O artigo 8(1)⁴⁶⁵ traz texto análogo ao da Convenção de Nova York e, com isso, as mesmas incertezas e divergências interpretativas, ao prever que a corte perante a qual seja ajuizada uma ação cuja disputa esteja sujeita a uma convenção de arbitragem deve encaminhar as partes à arbitragem, caso alguma das partes assim requeira em momento não posterior à apresentação de sua primeira manifestação escrita sobre o mérito da causa, salvo se a convenção de arbitragem for nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Há, portanto, assim como ocorre com a Convenção de Nova York, o reconhecimento apenas do efeito negativo da convenção de arbitragem, mas não do efeito negativo da competência-competência.

O artigo 8(2)⁴⁶⁶, por seu turno, vai além do texto da Convenção para assegurar que uma arbitragem possa ser iniciada e prosseguir até a prolação da sentença arbitral mesmo que esteja pendente a disputa judicial prevista no parágrafo anterior.

Esse modelo permite, como destaca Peter Binder, a pendência concomitante de demandas perante o Poder Judiciário e perante o árbitro, sendo possível inclusive que a primeira se preste a discutir questões afetas à jurisdição arbitral e a segunda a discutir o mérito da disputa⁴⁶⁷.

E isso tudo sem prejuízo de que a questão jurisdicional também seja levada ao árbitro, o que acaba por estabelecer um regime de efeito positivo sem efeito negativo, e consequentemente, a existência de competência concorrente para tratar de questões jurisdicionais, como destaca Bertrand Ancel:

“Desta forma, se a questão da convenção de arbitragem vier a ser submetida ao árbitro, este, em razão do efeito positivo, poderá conhecê-la e, sendo o caso, declarar-se competente com relação ao contencioso de fundo. Existe assim, com este efeito positivo sem efeito negativo, concorrência das competências para apreciar a convenção de arbitragem”⁴⁶⁸.

Essa competência concorrente, no entanto, possui duas características marcantes. A primeira delas é que a última palavra sobre a competência-competência, nos termos da Lei

⁴⁶⁵ “(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed”.

⁴⁶⁶ “(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.”

⁴⁶⁷ BINDER, Peter. **International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**, *Op. Cit.*, p. 126.

⁴⁶⁸ ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 55.

Modelo da UNCITRAL, cabe ao Poder Judiciário, o qual não está vinculado às conclusões e entendimentos do tribunal arbitral a esse respeito⁴⁶⁹.

A segunda característica é que, na hipótese de a questão jurisdicional também ser submetida ao árbitro, caberá sua revisão pelo Poder Judiciário mesmo na pendência da arbitragem, ainda que de forma condicionada, como se verá a seguir.

Para que se tenham claras essas hipóteses, a análise do artigo 8 deve ser feita conjuntamente com o artigo 16, o qual se ocupa, como consta do *caput*, da “*competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua jurisdição*” e disciplina em seus três parágrafos⁴⁷⁰ como isso deve ocorrer.

O primeiro parágrafo do artigo 16 reconhece, a um só tempo, a separabilidade da cláusula compromissória e o efeito positivo da competência. O segundo parágrafo, por seu turno, impõe, de modo geral, que objeções à jurisdição arbitral sejam arguidas perante o árbitro na primeira oportunidade que for dada à parte.

O parágrafo terceiro, por fim, estabelece que o tribunal arbitral poderá decidir as questões jurisdicionais que lhe forem submetidas tanto em caráter preliminar, como na própria sentença de mérito, indistintamente. Determina, ainda, que no primeiro caso, as partes poderão recorrer de imediato ao Poder Judiciário, dentro de trinta dias contados a partir de sua notificação sobre a decisão, para submeter-lhe a questão jurisdicional decidida pelo árbitro, sem que isso implique na suspensão da arbitragem.

⁴⁶⁹ HUBER, Peter. BACH, Ivo. Arbitration Agreement, § 1032 – Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court. In: NACIMIENTO, Patricia; KRÖLL, Stefan M.; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2015, p. 36.

⁴⁷⁰ “Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

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

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

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

A nota explicativa do secretariado da UNCITRAL sobre a questão evidencia que o espírito da Lei Modelo ao estabelecer esse mecanismo é, de um lado, permitir o controle judicial imediato, com vistas a evitar desnecessário dispêndio de tempo e dinheiro, e, de outro, reduzir o risco e efetividade de táticas dilatórias, na medida em que (i) há um prazo exíguo de 30 dias para recurso ao Poder Judiciário; (ii) a decisão judicial não será recorrível; e (iii) o árbitro poderá prosseguir com a arbitragem mesmo na pendência dessa demanda⁴⁷¹⁻⁴⁷².

Trata-se, portanto, como afirma William Park, de um modelo visto por alguns autores como uma “solução de compromisso entre as tradicionais posições francesa e americana”, muito embora, em sua visão, a existência desse viés conciliatório entre os sistemas francês e americano seja no mínimo questionável. Isso porque, na visão do autor (i) o árbitro pode repressar a análise das questões jurisdicionais até a sentença arbitral final, caso em que restaria impossibilitada a revisão judicial imediata; e (ii) a Lei Modelo não impede o Poder Judiciário de reconhecer a nulidade da cláusula arbitral no contexto de uma ação judicial que vise a discutir o mérito do caso, e, com isso, entender-se competente para julgar a matéria de fundo⁴⁷³.

Em qualquer hipótese, o fato é que a Lei Modelo da UNCITRAL, assim como a Convenção de Nova York, também não dispôs expressamente sobre a amplitude e limites cognitivos do controle que poder ser realizado pelo Poder Judiciário, ao menos no que toca à análise prevista em seu artigo 8(1), o que faz com que persistam as dúvidas já suscitadas acima.

Nesse contexto, com vistas a atrair para a discussão contornos mais claros sobre a natureza do controle proposto pelos principais modelos intermediários de competência-competência, cumpre estudar as principais nuances dos modelos Suíço, Alemão e Inglês.

⁴⁷¹ “26. The competence of the arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction (i.e. on the foundation, content and extent of its mandate and power) is, of course, subject to court control. Where the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, article 16 (3) allows for immediate court control in order to avoid waste of time and money. However, three procedural safeguards are added to reduce the risk and effect of dilatory tactics: short time-period for resort to court (30 days), court decision not appealable, and discretion of the arbitral tribunal to continue the proceedings and make an award while the matter is pending before the court”. (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, acessado em 19.11.2018, às 10:31).

⁴⁷² A propósito desse modelo, Bertrand Ancel traz interessante ponderação no sentido de que: “Este sistema de competências concorrentes, porém hierarquizadas - a do juiz predominando no final das contas sobre a do árbitro -, tem uma vertente persuasiva com relação ao autor pronto a negar a validade ou a existência do acordo de arbitragem através de uma contestação puramente dilatória com a esperança de atentar contra a determinação de seu adversário. Ele não tem interesse em acionar o juiz estatal a não ser que disponha de medidas sérias contra a cláusula arbitral e que sejam aptas a resultar na convicção do próprio árbitro”. (ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 55).

⁴⁷³ PARK, William W. The arbitrability dicta in *First Options v. Kaplan*, *Op. Cit.*, p. 142-165.

Como premissa para essa análise, adota-se a obra de Sandra Synková, intitulada “Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage: a comparative analysis of the English, German and Swiss Legal Order”, a qual promove extensa e detalhada análise comparativa sobre cada um dos sistemas, mediante profunda incursão nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial de cada um desses países.

A metodologia adotada pela autora consiste, grosso modo, no estabelecimento de três arquétipos de modelos de competência-competência, para então, uma vez estudados os modelos suíço, alemão e inglês, confirmar a hipótese inicial de que tais modelos se encaixam em cada um dos arquétipos inicialmente concebidos.

O critério adotado para cunhar os arquétipos foi a extensão em que cada um dos ordenamentos confere prioridade ao árbitro para decidir questões afetas à sua jurisdição, o que, via de consequência, também perpassa por abordar os limites cognitivos aplicáveis ao Poder Judiciário quando é instado a analisar a convenção da arbitragem em um estágio preliminar.

Com base nisso, os três diferentes arquétipos estabelecidos foram (i) o modelo que garante, em regra, prioridade ao árbitro; (ii) o modelo que prevê a possibilidade de decisão pelo Poder Judiciário sobre questões afetas à jurisdição arbitral antes da análise dessas questões pelo árbitro; e (iii) o modelo que, criando uma solução intermediária entre os dois primeiros, decida se é ou não o caso de conferir prioridade ao árbitro com base em cada caso concreto⁴⁷⁴.

Desenhados os arquétipos, a autora passa a estudar de forma geral os contornos da inter-relação entre arbitragem e Poder Judiciário, bem como o delineamento geral da competência-competência em sua feição teórica para, após, adentrar no estudo específico dos modelos inglês, alemão e suíço com relação a esses temas.

A premissa da qual partiu a autora, no sentido de que os três arquétipos propostos corresponderiam, respectivamente, aos modelos suíço, alemão e inglês, foi integralmente confirmada ao cabo, com a única ressalva de que o modelo suíço, cujo sistema arbitral é dualista⁴⁷⁵, se aproxima do primeiro arquétipo nas arbitragens domésticas e internacionais sediadas da Suíça e do segundo arquétipo nas arbitragens internacionais sediadas em países estrangeiros.

⁴⁷⁴ SYNKOVÁ, Sandra. Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage, *Op. cit.*, p. 283.

⁴⁷⁵ Como se teve a oportunidade de expor no subcapítulo 2.7 acima.

Para que se entenda melhor as conclusões atingidas pela autora, bem como em que medida cada um dos modelos de competência-competência estudados efetivamente se encaixa nos arquétipos propostos, cumpre analisá-los individualmente com maior detença.

O direito suíço, como se viu no subcapítulo 2.7 acima, filia-se à concepção dualista de sistema arbitral e, com isso, diferencia o regime aplicável à arbitragem doméstica e à arbitragem internacional, cada uma delas regida por uma legislação distinta.

No que toca especificamente ao regime da competência-competência⁴⁷⁶, o direito suíço estabelece uma diferenciação entre (i) a arbitragem com sede na Suíça, seja ela doméstica ou internacional; e (ii) a arbitragem internacional com sede em outra jurisdição.

Com relação às arbitragens sediadas na Suíça, Gabrielle Kaufmann-Kohler e Antonio Rigozzi dão conta de que o árbitro terá jurisdição sobre a disputa caso sejam cumpridos os seguintes requisitos: (i) as partes forem capazes e, quando for o caso, tiverem autoridade para celebrar a convenção de arbitragem; (ii) a convenção de arbitragem for válida com relação à sua forma e substância, o que inclui a arbitrabilidade da disputa; (iii) a matéria em disputa estiver abarcada pelo escopo da convenção de arbitragem, *ratione materiae* e *ratione personae*; e (iv) nenhuma outra corte ou tribunal arbitral tiver proferido decisão sobre a mesma disputa confirmando sua jurisdição para decidir o mérito, desde que essa decisão seja passível de reconhecimento na Suíça⁴⁷⁷.

O preenchimento desses requisitos, de acordo com o entendimento da Suprema Corte suíça, é no sentido de que a análise a ser feita pelo Poder Judiciário nesses casos (i.e., quando a sede da arbitragem for a suíça) deve ser apenas e tão somente *prima facie*, ou seja, ser realizada em caráter sumário⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Para uma análise compreensiva do modelo suíço de competência-competência, ver: SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. cit.*, p. 233-279; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 238/273; ARROYO, Manuel (ed). **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2018; GEISINGER, Elliott; VOSER. Nathalie. **International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2013; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 123-132; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 80-82.

⁴⁷⁷ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 238.

⁴⁷⁸ Notadamente nos casos *Fondation M vs. Banque X*; *RAL vs. Wetco*; *Fomento de Construcciones y Contratas vs. Colon Container Terminal S.A.*; e *Compagnie de Navigation et Transports SA vs. MSC Mediterranean Shipping Company AS*, todos eles citados por Sandra Synková, ao promover extensa análise sobre a jurisprudência suíça (SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 249-259). A corroborar a conclusão de que o entendimento jurisprudencial suíço se dá no sentido de aplicar um

Interessante notar, ademais, que mesmo em se tratando de uma decisão tomada com base em uma análise sumária, será vinculante ao árbitro, o qual, em caso de verificação da existência de um vício ou outra objeção que lhe retire a jurisdição para arbitrar, ficará impedido de decidir sobre matéria⁴⁷⁹.

Por outro lado, quando se trata de arbitragem com sede em outra jurisdição e as cortes suíças são de alguma forma chamadas a intervir, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que deve ser aplicado o artigo II(3) da Convenção de Nova York, o qual, segundo a interpretação conferida pelas cortes suíças, permite, embora não imponha, que seja realizada uma revisão ampla (*full review*) da convenção de arbitragem⁴⁸⁰.

Nesse caso, se as cortes declinarem de sua jurisdição, a decisão não será vinculante ao árbitro, o que permite concluir que, em certa medida, também na hipótese de arbitragens sediadas em país estrangeiro, haveria o estabelecimento de algum tipo de prioridade em favor do árbitro, embora caiba primariamente ao Poder Judiciário decidir sobre a questão⁴⁸¹.

O racional subjacente a essa diferenciação entre arbitragem sediada na Suíça e arbitragem sediada em país estrangeiro é o fato de que, no caso de arbitragens sediadas na Suíça “uma revisão completa da jurisdição do tribunal arbitral poderá, mediante requerimento das partes, ser realizada pelas cortes suíças em momento posterior, *i.e.*, em sede de ação anulatória de sentença arbitral”⁴⁸².

Por outro lado, nas arbitragens com sede no exterior, nas quais essa possibilidade deixaria de ocorrer, justificar-se-ia a condução de uma *full review* da jurisdição do tribunal arbitral, com base no artigo II(3) da Convenção de Nova York, especialmente com o objetivo de garantir “que a questão da jurisdição do tribunal arbitral seja amplamente revisada pelas cortes suíças”, inclusive como uma forma de acomodar a preocupação destas no sentido de que

critério de revisão *prima facie* da cláusula compromissória em arbitragens sediadas na Suíça, ver também: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. *International arbitration*, *Op. Cit.*, p. 248.

⁴⁷⁹ SYNKOVA, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. cit.*, p. 275.

⁴⁸⁰ SYNKOVA, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. Cit.*, p. 250; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. *International arbitration*, *Op. Cit.*, p. 248.

⁴⁸¹ SYNKOVA, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. Cit.*, p. 275.

⁴⁸² SYNKOVA, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. Cit.*, p. 262, tradução nossa. No mesmo sentido: SCHRAMM, Dorothée. GEISINGER, Elliott. PINSOLLE, Philippe. *Article II*, *Op. Cit.*, p. 98.

“as cortes da sede da arbitragem sejam menos favoráveis à arbitragem e possam interferir na sua condução”⁴⁸³.

Essa visão, como destacam Gabrielle Kaufmann-Kohler e Antonio Rigozzi, é ferozmente criticada pela doutrina, na medida em que (i) as disposições contidas no artigo 7(b) do Código Federal Suíço de Direito Internacional Privado e no artigo II(3) da Convenção de Nova York são idênticas, donde decorre que sua redação não é apta para derivar a distinção realizada pelas cortes suíças; (ii) o argumento de que as cortes suíças poderão revisar a questão *a posteriori* fica esvaziado caso as partes renunciem ou simplesmente deixem de exercer o direito de ajuizarem a competente ação anulatória; e (iii) as cortes suíças não justificaram por qual razão a decisão de uma corte estrangeira em uma ação anulatória não seria confiável para avaliar a validade de uma convenção de arbitragem que preveja a realização da arbitragem nesse país estrangeiro e sob os auspícios da sua própria legislação⁴⁸⁴.

Por essas razões, entendem os críticos que não seria o caso de se estabelecer uma diferenciação entre as arbitragens sediadas na suíça e aquelas sediadas no exterior para fins de se determinar o regime de competência-competência aplicável, havendo de se aplicar um critério único a ambas. Não há, por outro lado, consenso entre esses autores sobre qual o critério de controle preliminar da jurisdição arbitral deveria prevalecer (*i.e.*, se sumário ou exaustivo)⁴⁸⁵.

Embora seja de fato criticável a diferenciação existente na jurisprudência suíça entre as arbitragens sediadas ou não em seu território, pelas razões acima expostas, o fato é que o modelo suíço de competência-competência efetivamente se amolda, no que toca às arbitragens sediadas no país, ao primeiro arquétipo proposto por Sandra Synková, qual seja o de prioridade em favor do árbitro e possibilidade de controle prematuro pelo judiciário apenas em caráter *prima facie*.

Essa prioridade, no entanto, é mais branda do que aquela estabelecida no regime francês, na medida em que ao Poder Judiciário suíço é dado analisar um espectro mais amplo de questões afetas à jurisdição arbitral, o qual ultrapassa a restrita hipótese de manifesta nulidade prevista no direito francês. Por outro lado, no que respeita às arbitragens com sede estrangeira, o modelo suíço de competência-competência se aproxima do segundo arquétipo, o qual contempla a

⁴⁸³ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 262, tradução nossa. No mesmo sentido: SCHRAMM, Dorothée. GEISINGER, Elliott. PINSOLLE, Philippe. **Article II**, *Op. Cit.*, p. 99.

⁴⁸⁴ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 248.

⁴⁸⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 248.

possibilidade de decisão judicial sobre a jurisdição do árbitro antes da decisão arbitral, tendo como expoente o direito alemão, do qual ora se passa a tratar.

O modelo alemão⁴⁸⁶, diferentemente do Suíço, leva a doutrina a concluir que a Alemanha reluta em acolher o efeito negativo da competência-competência, na medida em que permite uma análise ampla (*full review*⁴⁸⁷) pelo Poder Judiciário de questões afetas à jurisdição do árbitro, não impondo uma limitação a que essa análise se dê em caráter *prima facie*⁴⁸⁸.

O § 1032(1) do ZPO determina que uma corte perante a qual seja iniciado um litígio envolvendo uma questão sujeita a uma convenção de arbitragem deve, na hipótese de o réu arguir uma objeção antes do início da audiência destinada a discutir o mérito da controvérsia, extinguir a ação por sua inadmissibilidade, salvo se entender que a convenção de arbitragem é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Trata-se de previsão “amplamente baseada” no modelo previsto na Lei Modelo da UNCITRAL, sendo que a principal diferença consiste no fato de que o ZPO, diferentemente do artigo 8(1) da Lei Modelo, deixa claro que a legislação alemã impõe a realização de uma *full review*, não deixando margem para que se argumente que o critério de revisão deva ser apenas uma análise *prima facie*, bem como no fato de que, por razões de segurança jurídica, o legislador alemão entendeu por bem prever a extinção da ação judicial, ao invés de ordenar o encaminhamento das partes à arbitragem, tal como dispõe a Lei Modelo⁴⁸⁹.

Nessa hipótese, portanto, as cortes alemãs terão de examinar, sem limitações cognitivas e ainda no estágio inicial da disputa, se (i) a convenção de arbitragem abarca a disputa; (ii) a convenção de arbitragem está livre de algum dos vícios acima elencados; e (iii) a disputa é arbitrável⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ Para uma análise compreensiva do modelo alemão de competência-competência, ver: SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 189-233; HUBER, Peter. BACH, Ivo. **Arbitration Agreement, § 1032**, *Op. Cit.*, p. 116-132; HUBER, Peter. BACH, Ivo. Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction. In: NACIMIENTO, Patricia; KRÖLL, Stefan M.; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2015, p. 215-224; KRÖLL, Stefan. **Party Autonomy in relation to Competence-Competence**, *Op. Cit.*; KRÖLL, Stefan. Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction. **Arbitration International**, Londres, v. 20, n. 1, 2004; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 132-139; LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 142-145.

⁴⁸⁷ KRÖLL, Stefan. **Party Autonomy in relation to Competence-Competence**, *Op. Cit.*, p. 180.

⁴⁸⁸ SCHRAMM, Dorothée. GEISINGER, Elliott. PINSOLLE, Philippe. **Article II**, *Op. Cit.*, p. 99-100.

⁴⁸⁹ HUBER, Peter. BACH, Ivo. **Arbitration Agreement, § 1032**, *Op. Cit.*, p. 119-123.

⁴⁹⁰ HUBER, Peter. BACH, Ivo. **Arbitration Agreement, § 1032**, *Op. Cit.*, p. 129.

Trata-se de abordagem fundamentada no argumento de que, embora os árbitros sejam autorizados pelo ZPO a decidir sobre sua própria jurisdição (*i.e.*, embora seja aceito o efeito positivo da competência-competência, com base no § 1040(1), adiante analisado) essa decisão arbitral, porque passível de revisão pelo Poder Judiciário, seria apenas provisória⁴⁹¹, o que autorizaria sua revisão judicial o quanto antes possível.

A doutrina entende, ademais, que a decisão judicial sobre a jurisdição do árbitro, seja no sentido de reconhecer a validade da convenção de arbitragem (e com isso extinguir a demanda judicial), seja no sentido de acolher o vício arguido (e com isso afastar a convenção de arbitragem), deve ser vinculante às partes e ao árbitro.

Na primeira hipótese, caso o árbitro desconsidere a decisão judicial e invalide a convenção de arbitragem, esta tornar-se-á inexequível, o que inevitavelmente resultará na possibilidade de o Poder Judiciário julgar o mérito da disputa.

Na segunda hipótese, caso o árbitro desconsidere a decisão judicial e prossiga com a arbitragem, proferindo sentença de mérito, sua decisão poderá ser impugnada por ofensa à coisa julgada que se formou em virtude da decisão judicial primeva, ou ainda, como defende parte da doutrina, considerada nula e sem efeitos de pleno direito (*ipso jure-voidness*), sem necessidade de reconhecimento judicial nesse sentido⁴⁹².

O § 1032(2), por seu turno, desvia da Lei Modelo da UNCITRAL, na medida em que autoriza as partes a, antes da constituição do tribunal arbitral, ajuizarem demanda com o objetivo de instar o Poder Judiciário a se manifestar sobre determinada convenção de arbitragem, previsão que inexiste na Lei Modelo.

Os requisitos para o ajuizamento da ação em questão são (i) a ausência de tribunal arbitral constituído; e (ii) a existência de interesse processual, o qual, por exemplo (ii.1) poderá advir da necessidade de declarar válida ou inválida uma convenção de arbitragem que sujeite as partes a uma arbitragem no exterior, caso se acredite que a sentença arbitral a ser proferida será objeto de demanda homologatória na Alemanha, ou (ii.2) poderá deixar de existir caso uma sentença arbitral venha a ser proferida no curso da demanda prevista no 1032(2) do ZPO⁴⁹³, a qual perderá seu objeto.

⁴⁹¹ SYNKOVÁ, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. Cit.*, p. 262.

⁴⁹² HUBER, Peter. BACH, Ivo. *Arbitration Agreement*, § 1032, *Op. Cit.*, p. 121-123.

⁴⁹³ HUBER, Peter. BACH, Ivo. *Arbitration Agreement*, § 1032, *Op. Cit.*, p. 127-129.

O § 1032(3), por fim, se assemelha ao quanto disposto no artigo 8(2) da Lei Modelo da UNCITRAL, na medida em que permite a instauração de procedimento arbitral mesmo na pendência da demanda judicial, tenha ela sido proposta com base no § 1032(1) ou no § 1032(2), não havendo, portanto, litispendência. O objetivo desta previsão, como destaca a doutrina, é evitar que as partes se valham do aforamento das demandas judiciais previstas pelo ZPO com o propósito exclusivo de protelar o início de uma arbitragem⁴⁹⁴.

Ainda compondo o modelo alemão de competência-competência, há o § 1040 do ZPO, o qual também se sobrepõe, quase que em sua totalidade, ao artigo 16 da Lei Modelo da UNCITRAL. O § 1040(1), tal como o artigo 16(1) da Lei Modelo, encampa a noção de separabilidade da convenção de arbitragem, bem como o efeito positivo da competência-competência, ao dispor, respectivamente, que a convenção de arbitragem é independente do contrato principal e que o árbitro pode decidir sobre sua própria jurisdição.

Outrossim, o § 1040(2), também reflete o artigo 16(2) da Lei Modelo, ao determinar que as partes devem se opor à jurisdição do árbitro em momento não posterior à apresentação de sua defesa, sob pena de preclusão, de modo que sua participação na indicação de árbitro não lhe retira o direito de arguir tal objeção, a qual também poderá ser arguida em momento posterior, desde que se refira a um excesso do árbitro com relação ao seu escopo de atuação que surja no curso do procedimento arbitral.

Em qualquer caso, o árbitro pode acatar a objeção, ainda que extemporânea, caso entenda que a demora em sua arguição se mostra justificada.

Por fim, o § 1040(3) também reproduz parcialmente o artigo 16(3) da Lei Modelo da UNCITRAL, ao permitir que a decisão do árbitro confirmando sua jurisdição possa ser objeto de controle judicial, em demanda a ser ajuizada no prazo decadencial de um mês a contar da intimação das partes sobre a decisão confirmatória de jurisdição, sem que a pendência dessa demanda prejudique a continuidade da arbitragem.

O texto do ZPO, no entanto, desvia da Lei Modelo na medida em que aquele parece direcionar o árbitro a proferir tal decisão em caráter preliminar (embora não o obrigue a fazê-lo), ao passo que esta adota redação mais neutra, deixando à conveniência do árbitro decidir se

⁴⁹⁴ HUBER, Peter. BACH, Ivo. **Arbitration Agreement**, § 1032, *Op. Cit.*, p. 132.

é o caso de proferir a decisão em caráter preliminar ou se deve fazê-lo juntamente com a sentença arbitral⁴⁹⁵.

A revisão a ser conduzida pelo Poder Judiciário é integral, inexistindo vinculação às premissas de fato e de direito atingidas pelo árbitro, bem como forma coisa julgada e vincula o tribunal arbitral, razão pela qual a doutrina considera aconselhável, embora não obrigatório, que o árbitro suspenda o curso da arbitragem até o julgamento final da demanda.

Se, porventura, a arbitragem não for suspensa e o árbitro vier a proferir sentença arbitral antes do término da demanda judicial, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que a demanda prevista no § 1040(3) deve ser extinta, haja vista que cessa o interesse da parte requerente, havendo, contudo, a possibilidade de ser convertida em uma demanda anulatória (§ 1059 do ZPO) no mesmo procedimento, conforme autorizado pelo § 263 do diploma processual⁴⁹⁶.

Os contornos acima delineados apontam para a conclusão de que o direito alemão tem como preocupação primeira garantir que não seja equivocadamente atribuída jurisdição ao árbitro para decidir sobre questões com relação às quais as partes não tenham concordado em arbitrar, o que se sobrepõe inclusive à preocupação com a adoção de táticas dilatórias pela parte recalcitrante⁴⁹⁷, levando parte da doutrina a entender que o modelo “abre as portas para táticas protelatórias”⁴⁹⁸.

Por essas razões, Sandra Synková entende que o sistema alemão se encaixa no segundo arquétipo proposto, na medida em que é marcado “por uma clara preferência pela determinação antecipada das questões jurisdicionais”, preferência essa que “se funda no interesse de estabelecer, em caráter final, a falta de jurisdição do árbitro, no primeiro estágio possível”⁴⁹⁹.

Estudados os modelos suíço e alemão, cabe, por fim, estudar o modelo inglês⁵⁰⁰, o qual estabelece uma regulamentação bastante detalhada e exaustiva da regra da competência-

⁴⁹⁵ HUBER, Peter. BACH, Ivo. **Jurisdiction of Arbitral Tribunal**, § 1040, *Op. Cit.*, p. 221.

⁴⁹⁶ HUBER, Peter. BACH, Ivo. **Jurisdiction of Arbitral Tribunal**, § 1040, *Op. Cit.*, p. 221.

⁴⁹⁷ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 227.

⁴⁹⁸ SCHRAMM, Dorothee. GEISINGER, Elliott. PINSOLLE, Philippe. **Article II**, *Op. Cit.*, p. 99-100.

⁴⁹⁹ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 228, traduções nossas.

⁵⁰⁰ Para uma análise compreensiva do modelo inglês de competência-competência, ver: HARRIS, Bruce. PLANTEROSE, Rowan. TECKS, Jonathan. **The Arbitration Act 1996: a commentary**. 5 ed. Chichester: Wiley Blackwell, 2014; SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 133-189; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem**

competência⁵⁰¹, entabulada em uma gama de artigos do Arbitration Act de 1996 e amplamente testada pela jurisprudência em uma multiplicidade de precedentes.

O artigo 9 do Arbitration Act determina a suspensão (e não a extinção, tal como fazem outras legislações), em caráter mandatório, de demanda judicial cuja disputa esteja sujeita a uma convenção de arbitragem, desde que o Poder Judiciário esteja satisfeito que a convenção de arbitragem não seja nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável, como se constata pela leitura conjunta de seus parágrafos (1) e (4).

O parágrafo (5) do mesmo artigo, por seu turno, dispõe que, caso o Poder Judiciário decida por não suspender o processo judicial, fica sem efeito qualquer previsão contratual que condicione o ajuizamento da demanda à prévia existência de uma sentença arbitral. Trata-se, pois, de previsão que se aproxima do efeito negativo da convenção de arbitragem, mas não propriamente do efeito negativo da competência-competência.

A regulamentação da jurisdição do árbitro para decidir questões afetas à sua jurisdição, bem como a função do Poder Judiciário no controle dessa jurisdição, vêm dispostas, ainda, no artigo 30 do Arbitration Act.

O artigo 30(1) dispõe que, salvo disposição das partes em sentido contrário, o árbitro poderá decidir sobre sua jurisdição no que diz respeito (i) à validade da convenção de arbitragem; (ii) à constituição do tribunal arbitral; e (iii) a quais questões foram submetidas pelas partes à arbitragem de acordo com a convenção de arbitragem.

Apesar de o texto legal não determinar se se trata de previsão taxativa ou exemplificativa, a jurisprudência tem interpretado o dispositivo de forma a ampliar as hipóteses nele previstas⁵⁰². Trata-se, pois, do claro reconhecimento do efeito positivo da competência-competência⁵⁰³, bem como da possibilidade de as partes afastarem-no mediante previsão contratual, relegando a questão exclusivamente ao Poder Judiciário, caso assim entendam.

comercial, *Op. cit.*, p. 112-123; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 82-88; LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 139-142.

⁵⁰¹ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 83.

⁵⁰² SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 144.

⁵⁰³ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 113.

O artigo 30(2), por seu turno, prevê a possibilidade de impugnação judicial da decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição, a qual, com base em uma leitura das demais previsões componentes do sistema insculpido no Arbitration Act, pode se dar por três meios distintos, quais sejam (i) a ação anulatória de sentença arbitral, prevista no artigo 67⁵⁰⁴, que pode inclusive ser proposta em face da sentença parcial de jurisdição proferida pelo árbitro, com base no artigo 31(4)(a); (ii) a defesa em face da execução da sentença arbitral, prevista no artigo 66(3); e (iii) a ação proposta por terceiro que não participou do processo arbitral, embora fosse parte da convenção de arbitragem, para questionar a competência dos árbitros, prevista no artigo 72⁵⁰⁵.

O estudo de todos os artigos acima aludidos, especialmente os artigos 9(1), 9(4) e 30 do Arbitration Act, denota uma tensão entre (i) a possibilidade de o Poder Judiciário determinar preliminarmente a existência ou não de uma convenção de arbitragem e (ii) o poder do árbitro para determina sua própria jurisdição.

A análise jurisprudencial do tema, contudo, aponta para uma relutância das cortes britânicas em submeter as partes à arbitragem quando há alguma incerteza com relação à jurisdição do árbitro⁵⁰⁶.

Nesse sentido, tocando o ponto chave da questão, qual seja o critério de controle preliminar da jurisdição arbitral, a Suprema Corte do Reino Unido entendeu se tratar de cognição profunda, vale dizer, não sumária e tampouco adstrita ao conteúdo da decisão arbitral, conforme restou assentado no famoso caso *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company vs. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*:

⁵⁰⁴ Assim transcrito: “67 Challenging the award: substantive jurisdiction.(1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court— (a)challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or (b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction. A party may lose the right to object (see section 73) and the right to apply is subject to the restrictions in section 70(2) and (3). (2) The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make a further award while an application to the court under this section is pending in relation to an award as to jurisdiction. (3) On an application under this section challenging an award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction, the court may by order—(a) confirm the award, (b) vary the award, or (c) set aside the award in whole or in part. (4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section”.

⁵⁰⁵ Assim transcrito: “72 Saving for rights of person who takes no part in proceedings. (1)A person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings may question— (a)whether there is a valid arbitration agreement, (b)whether the tribunal is properly constituted, or (c)what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement, by proceedings in the court for a declaration or injunction or other appropriate relief. (2)He also has the same right as a party to the arbitral proceedings to challenge an award— (a)by an application under section 67 on the ground of lack of substantive jurisdiction in relation to him, or (b)by an application under section 68 on the ground of serious irregularity (within the meaning of that section) affecting him; and section 70(2) (duty to exhaust arbitral procedures) does not apply in his case”.

⁵⁰⁶ SYNKOVÁ, Sandra. **Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage**, *Op. Cit.*, p. 148.

“An arbitral tribunal’s decision as to the existence of its own jurisdiction cannot therefore bind a party who has not submitted the question of arbitrability to the tribunal. This leaves for consideration the nature of the exercise which a court should undertake where there has been no such submission and the court is asked to enforce an award. Domestically, there is no doubt that, whether or not a party’s challenge to the jurisdiction has been raised, argued and decided before the arbitrator, a party who has not submitted to the arbitrator’s jurisdiction is entitled to a full judicial determination on evidence of an issue of jurisdiction before the English court, on an application made in time for that purpose under s.67 of the Arbitration Act 1996, just as he would be entitled under s.72 if he had taken no part before the arbitrator. (...). The nature of the present exercise is, in my opinion, also unaffected where an arbitral tribunal has either assumed or, after full deliberation, concluded that it had jurisdiction. There is in law no distinction between these situations. The tribunal’s own view of its jurisdiction has no legal or evidential value, when the issue is whether the tribunal had any legitimate authority in relation to the Government at all. This is so however full was the evidence before it and however carefully deliberated was its conclusion”⁵⁰⁷.

Estabelecida essa premissa e prosseguindo na análise do modelo inglês de competência-competência, tem-se que o artigo 31, em seus parágrafos (1), (2) e (3), reflete a lógica do artigo 16 (2) da Lei Modelo da UNCITRAL, no sentido de estabelecer os limites temporais e efeitos preclusivos da ausência de alegação das objeções à jurisdição, ao passo que o artigo 31(4), como adiantado acima, confere ao árbitro a possibilidade de decidir sobre sua própria jurisdição tanto por meio de uma sentença parcial como por meio de uma sentença final de mérito⁵⁰⁸, devendo observar a vontade das partes nesse sentido, caso manifestada.

Em qualquer dos casos previstos no artigo 31, por disposição expressa de seu parágrafo (5) o tribunal poderá (ou deverá, caso as partes assim concordem) suspender o procedimento arbitral caso seja ajuizada demanda judicial para revisão da questão jurisdicional, prevista no artigo 32. Trata-se de demanda que, embora permita o controle preliminar da decisão arbitral sobre sua própria jurisdição antes do término da arbitragem, o faz em hipóteses bastante restritas, as quais acabam por tornar limitada sua utilidade prática⁵⁰⁹.

Com efeito, o artigo 32(1) estabelece a premissa geral de que é dado ao Poder Judiciário determinar qualquer questão afeta à jurisdição do árbitro, em atenção ao pedido de uma das partes da arbitragem, desde que notificadas as demais partes e não verificada nenhuma das hipóteses de perda do direito de impugnação previstas no artigo 73⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ REINO UNIDO. United Kingdom Supreme Court. [2010] UKSC 46. Relator: Lord Mance, 03 de novembro de 2010.

⁵⁰⁸ Refletindo, nesse ponto específico, a primeira parte do artigo 16(3) da Lei Modelo da Uncitral.

⁵⁰⁹ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 352.

⁵¹⁰ Assim transcrito: “73 Loss of right to object. (1) If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration

Tal pedido, no entanto, somente pode ser analisado se feito (i) com o consentimento de todas as demais partes do procedimento arbitral; e (ii) com o consentimento do árbitro, sendo que, neste caso, é necessário ainda que o Poder Judiciário esteja satisfeito de que (ii.1) há a probabilidade de a determinação prematura da questão implicar em significativa economia de custos; (ii.2) o pedido foi feito sem demora; e (ii.3) há boas razões para que a questão seja decidida pelo Poder Judiciário.

Complementando essa normativa, o artigo 32(4) estatui que, salvo disposição em contrário pelas partes, o árbitro poderá prosseguir com a arbitragem e, inclusive, proferir sentença final de mérito na pendência da demanda judicial.

O artigo 32(5), por seu turno, exclui a possibilidade de recurso em face da determinação judicial que venha a ser tomada sobre o preenchimento ou não dos requisitos previstos no artigo 32(2), salvo se autorizado pela corte diante do caso concreto.

De igual forma, o artigo 32(6), embora reconheça que a determinação do Poder Judiciário sobre a questão jurisdicional é apelável, restringe o cabimento do apelo apenas na hipótese de existir uma questão de direito que seja de importância geral ou que por alguma razão especial deva ser analisada peça corte superior.

Diante da análise acima realizada, tem-se, como destaca Sandra Synková, que:

“Ultimately, it can be concluded that the English approach represents a middle ground solution in which the decision on whether priority shall be given to the arbitrators depends on the circumstances of each case. Yet, it shall be pointed out that the conditions upon which the issues of arbitral jurisdiction may be referred to the arbitrators to determine have been formulated relatively narrowly so that, in effect, in the majority of cases the jurisdictional issue is determined by the court rather than by the arbitrators”⁵¹¹.

Essa conclusão, fundamentada pela autora com base em extensa análise jurisprudencial, tem como racional o fato de que a suspensão da demanda judicial prevista nos artigos 9(1) e

agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection— (a)that the tribunal lacks substantive jurisdiction, (b)that the proceedings have been improperly conducted, (c)that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part, or (d)that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings, he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection. (2)Where the arbitral tribunal rules that it has substantive jurisdiction and a party to arbitral proceedings who could have questioned that ruling— (a)by any available arbitral process of appeal or review, or (b)by challenging the award, does not do so, or does not do so within the time allowed by the arbitration agreement or any provision of this Part, he may not object later to the tribunal’s substantive jurisdiction on any ground which was the subject of that ruling”.

⁵¹¹ SYNKOVÁ, Sandra. *Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. Cit.*, p. 187.

9(4) do Arbitration Act não tem sido deferida pelo Poder Judiciário britânico sem que a questão jurisdicional pendente tenha sido integralmente decidida.

Assim, na prática, é excepcional que o Poder Judiciário britânico garanta aos árbitros o poder de decidir sobre sua própria jurisdição antes de analisar, de forma exaustiva, as questões que lhe tenham sido postas à apreciação.

Essa tomada de decisão, que vem sendo feita com base em uma análise casuística, leva em conta os seguintes fatores: (i) a probabilidade de a sentença arbitral vir a ser impugnada com base em questões jurisdicionais; (ii) se as questões jurisdicionais suscitadas estão relacionadas com a formação da convenção de arbitragem ou apenas com o seu escopo; (iii) se os árbitros estão em condição de decidir rapidamente sobre as questões jurisdicionais; (iv) se seria necessária uma análise fática extensiva para a tomada da decisão sobre a jurisdição; (v) se no escopo da arbitragem há outras questões que também precisam ser resolvidas; (vi) se a decisão a ser tomada implicará em prejuízo ao custo benefício e à conveniência; (vii) se o início da ação judicial precedeu ou não o início da arbitragem; e (viii) se é provável o direito da parte no que toca à busca pela execução da convenção de arbitragem⁵¹².

Diante disso, retomando a análise inicialmente proposta com base nos arquétipos apresentados por Sandra Synková, tem-se que o modelo inglês de fato corresponde ao terceiro arquétipo proposto, na medida em que, embora na prática o Poder Judiciário britânico decida em caráter final sobre as questões jurisdicionais antes de determinar a suspensão ou não da demanda judicial em favor do árbitro, a possibilidade de o árbitro decidir sobre sua própria jurisdição deve ser aferida com base nas circunstâncias de cada caso concreto⁵¹³.

Finda, assim, a análise dos modelos de competência-competência existentes no direito comparado, passa a analisar a questão sob a ótica do direito brasileiro.

⁵¹² SYNKOVÁ, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. Cit.*, p. 186.

⁵¹³ SYNKOVÁ, Sandra. *Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, *Op. Cit.*, p. 283.

4. O MODELO BRASILEIRO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: CONTROLE JUDICIAL POSTERIOR DA JURISDIÇÃO ARBITRAL COMO REGRA GERAL

4.1 PANORAMA LEGISLATIVO DO MODELO BRASILEIRO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

A regra da competência-competência passou a ser reconhecida no direito brasileiro apenas com o advento da Lei nº. 9.307/1996.

Em obra publicada no ano de 1986, portanto antes da promulgação da Lei de Arbitragem, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista davam conta de que caberia necessariamente ao Poder Judiciário decidir quaisquer objeções à jurisdição arbitral, salvo se as partes houvessem contratualmente conferido esse poder ao árbitro:

“É preciso observar, no entanto, que a jurisdição e competência dos árbitros advêm da vontade das partes e se estas, ou uma delas, invoca vício de vontade no ato que confere essa jurisdição, é evidente que o árbitro não poderá decidir sobre essa questão, por faltar-lhe competência para tanto. O juiz possui jurisdição advinda da comunidade e da Constituição e, por essa razão, possui autoridade para decidir sobre sua própria competência, quando impugnada pela parte. Mas esse não é o caso do árbitro. Se a parte objeta contra a instituição do juízo arbitral, por entender nulo o contrato e a cláusula arbitral, falece ao árbitro autoridade para decidir sobre sua própria competência e, nesse caso, somente ao juiz caberia decidir essa controvérsia. Contudo, se as partes, expressamente, previram, na cláusula arbitral, que os árbitros teriam poderes também para decidir sobre sua competência, parece-nos que, em tal circunstância, cabe-lhes dirimir a questão e não ao judiciário”⁵¹⁴.

Além disso, mesmo após a instituição da Lei nº. 9.307/1996, e especialmente antes da declaração de sua constitucionalidade pelo STF⁵¹⁵, a doutrina apontava para o fato de ainda existirem “regras de arbitragem controvertidas nos planos nacionais, com certas resistências para aceitar se os árbitros podem decidir sobre sua própria competência e jurisdição e a possibilidade ou não da supervisão da arbitragem pelas cortes estatais”⁵¹⁶.

Com a promulgação da Lei nº. 9.307/1996, a regra da competência-competência restou estabelecida no artigo 8^a, parágrafo único, assim transcrito:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

⁵¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**, *Op. Cit.*, p. 24.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE n. **5206-7 AgR**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2011.

⁵¹⁶ STRENGER, Irineu. *Arbitragem Internacional - Conceitos Básicos*. In: PUCCI, Adriana Noemi (Org.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Ltr, 1998, p. 23.

A complementar essa previsão, disciplinando especificamente o momento em que devem ser arguidas eventuais objeções à cláusula arbitral, bem como as consequências decorrentes do embate sobre jurisdição arbitral, tem-se o artigo 20 e parágrafos da Lei de Arbitragem:

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Além dos aludidos artigos, merecem referência ainda os artigos 337, X, §§ 5º e 6º; e 485, VII, todos do CPC/15, na medida em que, embora se refiram essencialmente ao efeito negativo da convenção de arbitragem (e não da competência-competência), também possuem relevo para o estudo do modelo de competência-competência adotado no Brasil:

“Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

X - convenção de arbitragem;

§ 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.”

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;”

A análise desses dispositivos permite, de plano e sem maiores controvérsias, perceber que o direito brasileiro não admite o conhecimento *ex officio* pelo Poder Judiciário da convenção de arbitragem.

Nesse sentido, vale destacar que o artigo 301, § 4º, do CPC/73 já determinava a possibilidade de conhecimento *ex officio* de todas as preliminares a serem arguidas em contestação, exceto o “compromisso arbitral”. Tomada à literalidade, essa previsão poderia dar

a entender que uma cláusula compromissória poderia ser reconhecida de ofício, mas não um compromisso arbitral, o que inclusive era ratificado por alguns autores ⁵¹⁷.

Muito embora isso nos pareça equivocado já à luz do CPC/73, conforme inclusive vinha entendendo a jurisprudência⁵¹⁸ e corroborando parte da doutrina⁵¹⁹⁻⁵²⁰, o fato é que a questão foi integralmente sanada pelo sobredito artigo 337, § 5º, do CPC/15, o qual passa a prever que a alegação de “convenção de arbitragem”, gênero do qual são espécies tanto o compromisso arbitral como a cláusula compromissória, somente pode ser conhecida mediante provocação das partes⁵²¹.

Assim, caso o réu deixe de alegar, em sede de preliminar de contestação, a existência de convenção de arbitragem, haverá sua renúncia tácita ao pacto arbitral, renúncia esta que, vale destacar, estende-se apenas àquele caso concreto, ou seja, não afeta outras disputas que porventura decorram da mesma convenção de arbitragem.

Há, por fim, que se fazer referência ao já discutido artigo II(3) da Convenção de Nova York, o qual, feitas as ressalvas acima quanto ao seu âmbito de aplicação, naturalmente integra o modelo brasileiro de competência-competência, na medida em que a Convenção foi devidamente internalizada por meio do Decreto nº. 4.311/2002.

A leitura dos aludidos dispositivos, especialmente os artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, evidencia que o legislador adotou a regra da competência-competência, embora

⁵¹⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, *Op. Cit.*, p. 194; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 485.

⁵¹⁸ GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem da revolução de 1996 a uma prática em consolidação. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 164.

⁵¹⁹ NAGAO, Paulo Issamu. Do controle judicial da sentença arbitral, *Op. Cit.*, p. 165; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 326; e WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**. 2013. 445 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 71.

⁵²⁰ Tratando da impossibilidade de decisão *ex officio* pelo Poder Judiciário, do acolhimento dessa impossibilidade pela maioria dos ordenamentos jurídicos, bem como das hipóteses de renúncia à convenção de arbitragem, ver: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 405-406; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 1280-1281; GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 127; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 49-50.

⁵²¹ Nesse sentido: LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 134.

tenha sido lacônico com relação aos seus contornos específicos, relegando sua construção à doutrina e jurisprudência⁵²².

Nesse sentido, há de se ter em mente que, embora a legislação brasileira tenha se inspirado na Lei Modelo da UNCITRAL⁵²³, não incorporou previsão semelhante ao seu artigo 5º⁵²⁴, o qual afirma que o Poder Judiciário somente poderá intervir na arbitragem nas hipóteses consubstanciadas na Lei Modelo.

Outrossim, ao prever hipóteses de interação entre arbitragem e Poder Judiciário antes da sentença arbitral, as quais serão melhor esmiuçadas no capítulo 5 abaixo, a Lei nº. 9.307/1996 não esclareceu com precisão em que medida a convenção de arbitragem deve ser objeto de escrutínio judicial para que essa interação ocorra, embora tenha dado a entender que algum tipo de controle deve ser realizado.

Ao optar por estruturar dessa forma o arcabouço legislativo atinente à matéria, relegando a definição de muitos pontos relevantes para a doutrina e jurisprudência, o legislador deu margem a que se desenvolvessem diversas correntes de pensamento acerca do momento e critérios adequados ao escrutínio da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário, bem como sobre qual modelo de competência-competência teria sido adotado no Brasil, os quais merecem ser estudados com maior detença.

4.2 AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CORRELATO

Ao promover extensa análise da doutrina pátria sobre o modelo de competência-competência adotado pelo Brasil, Lucas Britto Mejias entende que os diversos posicionamentos existentes podem ser divididos em três categorias: (i) ausência de limitações cronológicas e cognitivas à solução de questões relacionadas à jurisdição do árbitro; (ii) admissão de uma forma bastante limitada e excepcional de apreciação dessas questões jurisdicionais pelo Poder Judiciário antes do árbitro; e (iii) impossibilidade de interferência judicial antes da análise das

⁵²² LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 148.

⁵²³ Como se teve a oportunidade de expor no subcapítulo 2.7 acima.

⁵²⁴ Assim transcrito: “*Article 5. Extent of Court Intervention.* In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law”.

questões jurisdicionais pelo árbitro⁵²⁵. Analisaremos, com base nessa classificação, cada uma dessas correntes doutrinárias.

4.2.1 AUSÊNCIA DE LIMITAÇÕES CRONOLÓGICAS E COGNITIVAS À SOLUÇÃO DE QUESTÕES RELACIONADAS À JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO

A primeira corrente, defendida de forma mais veemente por Gustavo Tepedino, seu principal expoente, considera que a conferência de prioridade em favor do árbitro para a definição de sua jurisdição, afastando-se a possibilidade de determinação concorrente da matéria pelo Poder Judiciário, implicaria em flagrante violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, na medida em que obrigaria a arbitrar mesmo uma parte que não tenha minimamente concordado em fazê-lo. Nesse sentido, afirma o autor que:

“Qualquer interpretação do art. 8º que levasse a restringir aos tribunais arbitrais o exame da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, mesmo nos casos de flagrante ausência do elemento volitivo das partes com relação à eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos seria necessariamente inconstitucional, por implicar, em última análise, uma arbitragem obrigatória, imposta a partes que não concordaram com a sua instituição. Tal interpretação, além de afrontar o art. 5, inciso XXXV, da Constituição, cláusula pétrea do ordenamento brasileiro, levaria ao absurdo de se admitir a legitimidade de certo tribunal arbitral para julgar conflito de interesses entre partes que jamais concordaram com a cláusula compromissória, bastando que o painel arbitral, a despeito de todos os vícios, não reconhecesse sua incompetência para o julgamento da demanda”⁵²⁶.

Para o autor, essa conclusão, que já poderia derivar sem maiores problemas do artigo 8º, parágrafo único da Lei nº. 9.307/1996, restou ainda mais evidente com a incorporação da Convenção de Nova York ao direito brasileiro, haja vista o disposto em seu artigo II(3)⁵²⁷.

Também adeptos dessa primeira corrente são Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz, que entendem que a adoção da regra da competência-competência no Brasil ocorreu de forma temperada e sem afastar o controle judicial sobre a convenção de arbitragem, nem mesmo em um estágio preliminar. Para os autores:

⁵²⁵ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 98.

⁵²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo. MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 158-159.

⁵²⁷ Nesse sentido, entende o autor que “o único entendimento possível, à luz dos valores constitucionais e da Convenção de Nova Iorque, é o de que a análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória não constitui matéria de competência exclusiva dos árbitros, mas submete-se, paralelamente, à competência do Poder Judiciário. Deste modo, a parte que se sente prejudicada pela instituição, efetiva ou potencial, de arbitragem, reserva-se sempre a possibilidade de recorrer diretamente ao Poder Judiciário com vistas a eximir-se da aplicação da cláusula inexistente, inválida ou ineficaz” (TEPEDINO, Gustavo. **Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal**, *Op. Cit.*, p. 162).

“E se cabe ao Poder Judiciário decidir sobre vício ou irregularidade da convenção de arbitragem ou do processo arbitral, para anular sentença arbitral, não nos parece razoável que esse pronunciamento também não possa ser assegurado à parte prejudicada antes ou no curso da arbitragem. Não se justifica, da análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, impor à parte que figure no processo de arbitragem, diante de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral nulo ou inexistente, que arque com todos os ônus do procedimento, para que, só após a prolação de sentença arbitral e, quem sabe, da consumação de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, possa requerer ao Poder Judiciário tutela jurisdicional que lhe libere do processo inválido. Em outras palavras, se o Poder Judiciário tem jurisdição assegurada para declarar a nulidade de sentença arbitral, por vício insanável do compromisso arbitral ou do próprio procedimento, não há justificativa para que não tenha jurisdição para pronunciar-se sobre esses mesmos temas, antes da prolação da decisão do tribunal arbitral. De outro modo, seriam arrostados, nessas hipóteses específicas, os princípios da razoabilidade, da economia processual e, também, do acesso à justiça.⁵²⁸”

No mesmo sentido dos demais, embora de forma não tão explícita, parecer ser o entendimento de Juan Eduardo Figueroa Valdes ao analisar o modelo brasileiro de competência-competência. O autor entende que, a despeito de a jurisprudência pátria estar tomando forma no sentido de reconhecer o efeito negativo da competência-competência, o texto da Lei de Arbitragem não permite a conclusão de que o Brasil teria seguido o modelo francês de competência-competência, na medida em que não estabelece claramente que o Poder Judiciário pode intervir na arbitragem antes da prolação da sentença arbitral apenas e tão somente quando houver manifesta nulidade da convenção de arbitragem, tal como ocorre na França⁵²⁹. O autor não deixa claro, contudo, se entende que, à luz do direito brasileiro, essa intervenção pode ocorrer a qualquer tempo e sem limitações cognitivas, ponto esse que é defendido de forma mais clara pelos outros autores dantes citados.

No campo jurisprudencial, essa primeira corrente parece ter sido encampada pelo voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no Conflito de Competência nº 139519/RJ, ao afirmar que, embora a Lei de Arbitragem “aponte para a incidência do modelo francês no território brasileiro” o fato é que a ratificação da Convenção de Nova York “estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano” especialmente porque seu artigo II(3) “reconhece que o Poder Judiciário do Estado signatário da convenção tem a prerrogativa de

⁵²⁸ 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**, São Paulo, v. 2, p. 272-278, 2004. Trimestral.

⁵²⁹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 15, p. 134-190, 2007. Trimestral.

examinar a validade e extensão da cláusula compromissória, verificando se tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”⁵³⁰.

4.2.2 ADMISSÃO CONDICIONADA DE APRECIÇÃO DE QUESTÕES JURISDICIONAIS PELO PODER JUDICIÁRIO ANTES DO ÁRBITRO

A segunda corrente é aquela que admite a apreciação prematura pelo Poder Judiciário de questões afetas à jurisdição do árbitro, porém apenas em caráter excepcional, isto é, sujeito a condicionamentos importantes.

Os autores integrantes dessa corrente convergem no sentido de que, muito embora haja de se conferir prioridade ao árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, cabendo ao Poder Judiciário intervir, em regra, apenas após a decisão do árbitro a esse respeito, é possível que haja intervenção judicial prematura para controlar vícios que sejam aferíveis *prima facie*, sem necessidade de dilação probatória.

É o entendimento de autores como Carlos Alberto Carmona, que ratifica a possibilidade de atuação judicial em estágio preliminar “quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame” por entender que “a limitação da cognição do juiz apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), harmoniza-se com o princípio da Kompetenz-Kompetenz adota pela Lei”⁵³¹.

Outrossim, Cândido Rangel Dinamarco assevera que a atuação judicial nesse estágio inicial “não passa pois de mero *juízo deliberativo*, no qual o juiz avaliará a viabilidade da competência do órgão arbitral e a consequente exclusão da jurisdição estatal” de modo que não terá 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* – sem prejuízo de uma revisão ulterior pelo próprio poder Judiciário”⁵³².

Outrossim, Cláudio Finkelstein também partilha da posição segundo a qual, no direito brasileiro “reconhece-se, de antemão, em determinados casos, que a convenção de arbitragem padece de defeitos congênitos que numa análise superficial levam o julgador a entender que esta não deve prosperar” o que, em função da economia processual, na visão do autor, permite

⁵³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. 139519. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Ministra Regina Helena Costa, 11 de outubro de 2017.

⁵³¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 177.

⁵³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, *Op. Cit.*, p. 74.

que a arbitragem seja “afastada por defeito insanável, mesmo sendo aferida por outro que o “árbitro” da causa”⁵³³.

O professor afirma, contudo que isso somente pode ocorrer “nos casos em que é flagrante a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem” na medida em que “a interferência *a priori* do Poder Judiciário em qualquer outra hipótese configura atividade não compatível com o sistema legislativo brasileiro”⁵³⁴.

Com alguma semelhança, porém sem utilizar expressamente o critério de aferição *prima facie* do vício, Pedro Batista Martins entende que “existindo cláusula compromissória a intervenção estatal está condicionada ao esgotamento da via arbitral, salvo, por óbvio, questões efetivamente teratológicas”, destacando ainda que “as exceções a essa regra são tênues e devem ser manifestas”⁵³⁵.

Também entendendo que o critério a pautar a intervenção judicial prematura é a possibilidade de aferição de vícios em caráter *prima facie*, tem-se Francisco José Cahali⁵³⁶, Leonardo de Faria Beraldo⁵³⁷, Rodrigo Garcia da Fonseca⁵³⁸, Rafael Francisco Alves⁵³⁹, Samantha Mendes Longo⁵⁴⁰, Vera Cecília Monteiro de Barros⁵⁴¹, Paulo Brancher⁵⁴², João Luiz Lessa Neto⁵⁴³ e Renato Resende Beneduzi⁵⁴⁴.

⁵³³ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem na administração pública. *Revista Comercialista*, São Paulo, v. 7, n. 17, 2007, p. 47-48. Trimestral.

⁵³⁴ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem na administração pública. *Revista Comercialista*, São Paulo, v. 7, n. 17, 2007, p. 47-48. Trimestral.

⁵³⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 135-137.

⁵³⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 108.

⁵³⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 196.

⁵³⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303.

⁵³⁹ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 147-150.

⁵⁴⁰ LONGO, Samantha Mendes. Mitigação do princípio da Kompetenz-Kompetenz - art. 8.º, parágrafo único e art. 20 da lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 35, p. 359-380, 2012. Trimestral; LONGO, Samantha Mendes. Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado. Art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 331-344, 2011. Trimestral.

⁵⁴¹ BARROS, Vera Cecília Monteiro de. A força vinculante da cláusula compromissória e o princípio da competência-competência – comentários ao AgIn 644.204-4/2. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 25, p. 269-285, 2010. Trimestral.

⁵⁴² 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*, São Paulo, v. 53, 2017. Trimestral.

⁵⁴³ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 156.

⁵⁴⁴ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 299.

A despeito dessa ampla convergência, há diversas nuances com relação às quais os adeptos dessa segunda corrente divergem, o que inclusive levou Lucas Britto Mejias a reconhecer a existência de posições “ligeiramente diversas” entre si a respeito do tema⁵⁴⁵. A análise desses posicionamentos, no entanto, nos faz crer que as divergências são mais do que ligeiras, sendo necessário tecer algumas considerações distintivas entre elas.

Com efeito, há autores que, embora admitam alguma intervenção judicial no estágio preliminar, entendem que o direito brasileiro não admite uma análise *prima facie* da jurisdição arbitral, como é o caso de Arnaldo Wald, para quem “nem mesmo o exame *prima facie* seria pois passível de ser realizado no Brasil pelo Judiciário a não ser no caso de nulidade ostensiva ou manifesta, devendo ser aguardada a decisão prévia dos árbitros”⁵⁴⁶. Embora divirja com relação ao critério específico, a posição do autor ainda pode ser enquadrada nessa segunda corrente doutrinária, na medida em que admite, ainda que de forma mais restrita que os demais, a intervenção judicial prematura para controlar determinados vícios.

Fora esse posicionamento mais isolado do autor, nos parece haver divergências também dentre os autores que admitem um controle inicial *prima facie* da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário, na medida em que alguns admitem uma possibilidade mais ampla de intervenção, ao passo que outros entendem que essa interferência deve ocorrer de forma mais limitada. Essas divergências de premissa se manifestam com relação a fatores distintos.

Há, por exemplo, autores que parecem defender que a única demanda em cujo bojo poderá o Poder Judiciário se manifestar prematuramente sobre a jurisdição do árbitro é a ação por meio da qual se busque discutir o mérito da disputa, como é o caso de João Luiz Lessa Neto⁵⁴⁷.

Outros, por seu turno, possuem posições em sentido diverso, como é a de Carlos Alberto Carmona, que entende que “em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia de convenção de arbitragem” tal como ocorre “nos casos do

⁵⁴⁵ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. Cit.*, p. 101.

⁵⁴⁶ WALD, Arnaldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação**: arbitragem internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 518. (Coleção doutrinas essenciais).

⁵⁴⁷ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 156.

art. 7º da Lei”⁵⁴⁸. No mesmo sentido, entendem Rafael Francisco Alves⁵⁴⁹, André Smilgin⁵⁵⁰ e Lucas Britto Mejias, sendo que o último, de forma mais restritiva, assevera que, na ação prevista no artigo 7º da Lei nº. 9.307/1996, cabe ao Poder Judiciário apenas “decidir se deve ou não ser instaurada a arbitragem para a solução do conflito em questão e, em caso positivo, de que forma”. Dessa forma, para o autor, embora isso não signifique que “nesse momento, o Juiz deva necessariamente avaliar a regularidade da jurisdição a ser exercida” na arbitragem, já que essa primeira análise deve “em regra, ser submetida ao árbitro”, as exigências legais aplicáveis (*i.e.*, apresentação de cópia da convenção arbitral e indicação do objeto da arbitragem pretendida), na visão do autor, “induzem a alguma espécie de controle da jurisdição arbitral já nesse momento prévio à instituição da arbitragem”⁵⁵¹.

Por fim, outro ponto de divergência é o momento até o qual o Poder Judiciário pode analisar questões afetas à jurisdição. Há autores que defendem que isso somente pode ser feito até a instauração da arbitragem e jamais pode ocorrer na pendência do processo arbitral⁵⁵², ao passo que outros pontuam que, sobretudo à luz do CPC/15, a análise judicial poder ocorrer até que o árbitro profira decisão sobre sua jurisdição, o que naturalmente ocorrerá em momento temporalmente posterior à instauração da arbitragem⁵⁵³.

⁵⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 176.

⁵⁴⁹ Ao afirmar que “o processo de execução específica da cláusula compromissória só prossegue se o juiz atestar a existência, validade e eficácia desta”, bem como que “a rigor, não apenas na ação do artigo 7º, mas também em todas as outras em que se demanda colaboração do Poder Judiciário no momento da instituição do processo arbitral, como a eventual nomeação de um dos árbitros, por exemplo, o juiz deverá proceder a uma análise prévia sobre a regularidade da convenção de arbitragem. Antes de garantir o apoio ao processo arbitral, cabe ao Poder Judiciário verificar a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 185).

⁵⁵⁰ SMILGIN, André. Ação judicial para instituição de arbitragem com base no art. 7.º da lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo poder judiciário. Competência-competência, **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 18, p. 370-376, 2008. Trimestral.

⁵⁵¹ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. Cit.*, p. 216.

⁵⁵² João Luiz Lessa Neto, por exemplo, entende que, embora o efeito negativo da competência-competência não implique “necessariamente uma prioridade cronológica absoluta em favor do árbitro”, é viável “que o Poder Judiciário em cognição sumária e sem dilação probatória (*prima facie review*) decida sobre a competência do árbitro” o que somente pode ocorrer “desde que não esteja ainda pendente processo arbitral” (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 156). No mesmo sentido, Rafael Francisco Alves entende que “só existe um momento, antes da prolação da sentença arbitral, em que não caberá aos próprios árbitros a análise da regularidade da convenção: o momento em que eles sequer são árbitros, ou seja, o momento anterior ao início da arbitragem, a fase pré-arbitral” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 186). Ver, ainda: TALAMINI, Eduardo. Arguição de convenção arbitral no projeto de novo código de processo civil. (exceção de arbitragem). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 40, p. 81-103, 2014. Trimestral.

⁵⁵³ “O controle *prima facie* deste requisito é possível, ademais, não apenas até a constituição do tribunal arbitral, mas até a existência de uma decisão do árbitro sobre sua própria competência, nos termos do disposto no art. 485,

Essa mesma discussão ainda pode ser levada adiante quando se considera a existência de processos judicial e arbitral concomitantemente pendentes, caso em que também existem posicionamentos conflitantes.

Nesse sentido, Leonardo de Faria Beraldo afirma que “caso o processo judicial visando a invalidade da convenção de arbitragem se inicie antes do processo arbitral em si, não se pode permitir que os dois fiquem tramitando” devendo, nesse caso, “o juiz togado suspender ou extinguir o feito sob sua presidência, tendo em vista que o modelo brasileiro é o da competência prioritária incondicionada dos árbitros” o que torna inadmissível a existência de “processos paralelos tramitando e versando sobre a validade ou não da convenção de arbitragem”⁵⁵⁴. Em contraposição, tem-se novamente o entendimento de Carlos Alberto Carmona, para quem “a forma mais sensata de resolver esse tipo de impasse será suspender o processo arbitral até a decisão, pelo juiz togado, da questão preliminar que lhe terá sido submetida, até porque, ao final e ao cabo, tocará ao juiz togado enfrentar a questão” em eventual demanda anulatória⁵⁵⁵.

No campo jurisprudencial, a possibilidade de análise de vícios da convenção de arbitragem aferíveis em caráter *prima facie* foi reconhecida pelo STJ, em julgado unânime de lavra da Ministra Nancy Andriahi, no qual restou assentado que “o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem”⁵⁵⁶.

Entendimento semelhante foi esposado pela mesma Ministra, em voto vencido no Recurso Especial nº 1550260/RS, ao concluir que “já há a constatação, inequívoca e *prima facie*” de que determinados contratos “foram assinados por quem não possuía poderes de representação da sociedade” o que a levou a concluir que “diante das especificidades da hipótese e de ter se constatado de plano a invalidade dos contratos em que foram incluídas as cláusulas arbitrais, pode-se asseverar, em caráter excepcional, que a remessa das partes ao juízo arbitral não será a medida mais razoável e eficaz”. O voto vencedor, de lavra do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, embora tenha reconhecido “a orientação doutrinária que admite ao

VII, do CPC de 2015. Assim se estimula o árbitro a decidir *logo* sobre a questão de sua competência, o que é do interesse de todos e que serve também para dissuadir a instauração maliciosa (e porque não também procrastinatória) de arbitragens quando não for este o meio adequado para a solução do litígio” (BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 299).

⁵⁵⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 196.

⁵⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 176.

⁵⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1602076/SP**. Relator: Ministra Nancy Andriahi, 15 de setembro de 2016.

juiz togado declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for flagrante, reconhecível *prima facie*, sem necessidade de maior exame ou dilação probatória” entendeu que, no caso específico, os contratos em questão “se encontram revestidos de aparente validade”, razão pela qual restou assentado que, mesmo não havendo arbitragem instaurada, a correta solução seria “a submissão do tema ao juízo arbitral”⁵⁵⁷.

4.2.3 IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO ARBITRAL ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Com relação à terceira corrente doutrinária, destaca-se o entendimento de João Afonso de Assis⁵⁵⁸, Carmen Tibúrcio⁵⁵⁹ e João Bosco Lee, sendo que para este último:

“no sistema previsto nos arts. 267, VII e 301, § 4º, do CPC, não pode o juiz efetuar análise prévia sobre a validade, eficácia ou inoperância da convenção de arbitragem pois feriria o art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, que confere competência ao árbitro em realizar esta apreciação”⁵⁶⁰.

Na mesma linha, Luis Fernando Guerrero, embora reconheça que a jurisprudência vem “indicando uma tendência para uma análise *prima facie*”⁵⁶¹ entende que “essa, contudo, não foi a teoria adotada pelo direito brasileiro. A análise deve ser posterior. O juiz togado, portanto, deve conter o seu ímpeto judicante”⁵⁶².

Colacione-se, ainda, o entendimento de Eleonora Coelho, ao afirmar que o Brasil “adotou de forma irrestrita o princípio *Kompetenz-Kompetenz*”, bem como que os artigos 8º e

⁵⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1550260/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 12 de dezembro de 2017.

⁵⁵⁸ Para quem “Não resta dúvida que no do sistema instituído pela Lei de Arbitragem brasileira, a cláusula arbitral é dotada de um efeito negativo amplo que impõe a exclusão integral da lide existente entre as partes da apreciação judicial até que a matéria tenha sido decidida pelo árbitro. Em outras palavras, é o árbitro quem primeiro aprecia as questões que lhe foram reservadas pela pactuação da cláusula arbitral. Tais questões, como a lei deixa claro, não se limitam apenas ao mérito propriamente dito da lide, mas, muito pelo contrário, incluem toda e qualquer questão prejudicial e, ainda, conforme determina o parágrafo único do art. 8.º, “as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” (ASSIS, João Afonso de. A nulidade de cláusula arbitral, os princípios da autonomia da cláusula compromissória e da *Kompetenz-Kompetenz*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, p. 231-245, 2005. Trimestral).

⁵⁵⁹ Para quem: “no direito brasileiro, prevalece a regra da competência dos árbitros para decidir sobre sua própria competência, de maneira exclusiva, até que a decisão arbitral seja proferida. Registre-se que essa posição está em conformidade com o critério adotado na França” (TIBÚRCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, 2015. Trimestral).

⁵⁶⁰ 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**, Curitiba, v. III, n. 11, 2006, p. 32-33. Trimestral.

⁵⁶¹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem da revolução de 1996 a uma prática em consolidação**, *Op. Cit.*, p. 161.

⁵⁶² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 21.

20 da Lei de Arbitragem impõem a “interdição do Poder Judiciário em apreciar as questões atinentes à validade e eficácia da convenção arbitral”, tendo adotado “modelo em que a interferência judicial ocorra apenas *a posteriori*, no âmbito de ação de nulidade”⁵⁶³.

Por fim, também parecendo adepto dessa terceira corrente, Joel Dias Figueira Junior igualmente prega a possibilidade de a intervenção judicial ocorrer apenas em momento posterior à prolação da sentença arbitral, caso venha a ser proposta ação anulatória:

“não caberá ao Estado-juiz decidir acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que contenha a cláusula compromissória, salvo na hipótese do art. 32, I, quando o Judiciário poderá ser provocado para se manifestar no âmbito da ação anulatória ou em embargos do devedor”⁵⁶⁴.

No campo jurisprudencial, a terceira corrente pode ser verificada, no âmbito do STJ, por julgado de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual restou assentado que, embora tanto o juiz togado como o árbitro possam decidir sobre a jurisdição do árbitro, “a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem”, com exceção da cláusula arbitral patológica, a qual enseja o ajuizamento da ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem⁵⁶⁵.

Outrossim, há ainda três outros julgados do STJ, todos de lavra do Ministro Sidnei Beneti, nos quais restou assentado que, nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, “a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição”. Por essa razão, não caberia à parte “sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão”⁵⁶⁶, tampouco questionar a validade de cláusula arbitral instituída em acordo

⁵⁶³ COELHO, Eleonora. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 328-333. A autora, no entanto, em outro trecho do mesmo artigo, faz referência à possibilidade de, assim como na França, serem controlados vícios patentes e que sejam aferíveis *prima facie*, embora não explique em que medida essa possibilidade estaria prevista em nossa legislação.

⁵⁶⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, *Op. Cit.*, p. 193.

⁵⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1278852**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 21 de maio de 2016.

⁵⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1355831/SP**. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 19 de março de 2013.

judicial homologado, sendo “inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo”⁵⁶⁷.

Por derradeiro, faz-se referência, no âmbito dessa terceira corrente, ao voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa, no já mencionado Conflito de Competência nº 139519/RJ. Para a Ministra, a sistemática adotada pela Lei de Arbitragem impõe que haja “precedência da arbitragem em relação à jurisdição estatal”⁵⁶⁸. Embora não se tenha travado propriamente a discussão sobre a possibilidade de análise judicial *prima facie* da convenção de arbitragem, o voto vencedor faz referência ao precedente de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão acima aludido, o qual, como se viu, estabelece a possibilidade de controle judicial da jurisdição arbitral apenas após a prolação da sentença arbitral.

4.3 AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO CPC/15 COM RELAÇÃO À DEFINIÇÃO DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO.

Expostos o panorama legislativo aplicável à regra da competência-competência no direito brasileiro, bem como as correntes doutrinárias e correlatos entendimentos jurisprudenciais existentes sobre o tema, cumpre tratar das alterações que foram inseridas em nosso ordenamento com relação à matéria pelo CPC/15.

O novo Diploma Processual “não alterou substancialmente a lei de arbitragem, preservando o tratamento legislativo anteriormente existente”⁵⁶⁹. Poderia, contudo, ter implementado mudanças importantes, as quais inclusive vieram a ser discutidas no âmbito do processo legislativo que culminou com sua promulgação.

Era esse o caso, por exemplo, da proposta trazida pelo Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Federal, o qual, propondo um regramento mais abrangente sobre a arbitragem de maneira geral, permitia a alegação de convenção de arbitragem por meio de petição autônoma, e não como preliminar de contestação⁵⁷⁰, além de

⁵⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1288251/MG**. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 09 de outubro de 2012; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1302900/MG**. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 09 de outubro de 2012.

⁵⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **139519**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Ministra Regina Helena Costa, 11 de outubro de 2017.

⁵⁶⁹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 157.

⁵⁷⁰ Como constava dos artigos 345 e 346 do substitutivo da Câmara dos Deputados, a seguir transcritos: “Art. 345. A alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, na audiência de conciliação ou de mediação. § 1º A alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de rejeição liminar. § 2º O autor será intimado para manifestar-se imediatamente sobre a

instituir outras regras específicas, sobre (i) os momentos em que caberia ao Poder Judiciário ou ao árbitro decidir sobre sua jurisdição, bem como os efeitos das respectivas decisões⁵⁷¹; (ii) a impossibilidade de conhecimento *ex officio* da convenção de arbitragem⁵⁷²; e (iii) a caracterização de anuência tácita pelo réu à convenção de arbitragem caso deixasse de arguir sua existência⁵⁷³. Apesar de ter proposto uma regulamentação mais detalhada para o tema, vale dizer, o Substitutivo nada dispôs sobre o critério cognitivo com base no qual a análise judicial da alegação de convenção deveria ser conduzida.

A proposta, no entanto, foi rejeitada, mantendo-se a redação original do Senado Federal, o que inclusive levou alguns autores a considerar que o legislador “deixou escapar uma chance de ouro para fortificar ainda mais o instituto da arbitragem no Brasil”⁵⁷⁴.

alegação. Se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até quinze dias para essa manifestação. § 3º A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser formulada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341. § 4º Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação começará a fluir. § 5º Se, antes da audiência de conciliação ou de mediação, o réu manifestar desinteresse na composição consensual, terá de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos deste artigo” e “Art. 346. Não tendo sido designada audiência de conciliação ou de mediação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, no prazo da contestação. § 1º A alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de ser rejeitada liminarmente e o réu ser considerado revel. § 2º A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser apresentada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341. § 3º Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação recomeçará por inteiro” (disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202531&ts=1541502690829&disposition=inline>, acessado em 21.11.2018, às 17:53).

⁵⁷¹ Como constava dos artigos 347 e 348 do substitutivo da Câmara dos Deputados, a seguir transcritos: “Art. 347. 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. Parágrafo único. Não havendo sido instaurado o juízo arbitral, o juiz decidirá a questão” e “Art. 348. Acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ou reconhecida pelo juízo arbitral a sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito” (disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202531&ts=1541502690829&disposition=inline>, acessado em 21.11.2018, às 17:53).

⁵⁷² Como constava do artigo 349 do substitutivo da Câmara dos Deputados, a seguir transcrito: “Art. 349. A existência de convenção de arbitragem não pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional” (disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202531&ts=1541502690829&disposition=inline>, acessado em 21.11.2018, às 17:53).

⁵⁷³ Como constava do artigo 350 do substitutivo da Câmara dos Deputados, a seguir transcrito: “Art. 350. 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” (disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202531&ts=1541502690829&disposition=inline>, acessado em 21.11.2018, às 17:53).

⁵⁷⁴ ROCHA, Caio Cesar Vieira; VAUGHN, Gustavo Fávero. Preliminar de Arbitragem no CPC/2015: nova lei, antiga celeuma. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 52, p. 71-97, 2017. Além dos comentários feitos pelos autores ora citados, ver também: TALAMINI, Eduardo. **Arguição de convenção arbitral no projeto de novo código de processo civil**, *Op. Cit.*, p. 81-103.

A despeito de não ter implementado as alterações estruturais previstas no Substitutivo, o fato é que ainda assim o CPC/15 trouxe relevante alteração no que toca ao controle da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário, ao instituir o inciso VII do artigo 485.

Referido dispositivo determina que o juiz togado deixará de analisar o mérito da demanda quando (i) acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem; *ou* quando (ii) o juízo arbitral reconhecer a sua competência.

Como se percebe, o legislador previu uma nova hipótese de extinção da demanda judicial sem resolução de mérito, qual seja o reconhecimento, pelo árbitro, de sua jurisdição sobre a disputa que tenha sido submetida ao Poder Judiciário.

Trata-se, portanto, da criação de um pressuposto processual negativo de caráter externo, como ressalta Suzana Santi Cremasco, após ampla análise sobre os pressupostos processuais negativos à ótica do direito processual civil:

“ao inserir essa nova hipótese no art. 485, VII, o legislador criou novo – e verdadeiro – pressuposto processual negativo no processo civil brasileiro, na medida em que (i) se trata de elemento extrínseco – porque externo e estranho – ao processo judicial em curso, (ii) tem natureza inequivocamente peremptória – que não pode ser sanado pelo interessado e que (iii) pode – e deve – ser conhecido de ofício pelo juiz da causa, a qualquer tempo ou grau de jurisdição –, eis que tem o condão de retirar a sua própria competência e, assim, afeta diretamente um dos pressupostos processuais subjetivos de validade que lhe são mais caros”⁵⁷⁵.

Assim, uma vez prolatada pelo árbitro a decisão reconhecendo sua jurisdição, as partes da disputa arbitral⁵⁷⁶, ou até mesmo o árbitro⁵⁷⁷, deverão informar o juiz togado sobre o fato de que o árbitro se reconheceu competente para julgar a disputa, o que deverá ensejar, via de consequência, a extinção da demanda judicial pendente.

A informação sobre a existência de decisão arbitral confirmatória, destaca-se, também pode ser solicitada pelo próprio juiz togado, que poderá intimar as partes para que o informem a respeito da questão⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ 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**, Curitiba, v. XIV, n. 53, 2017, p. 23. Trimestral. No mesmo sentido: LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XII, n. 48, 2015, p. 22-38. Trimestral.

⁵⁷⁶ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 160.

⁵⁷⁷ 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**, *Op. Cit.*, p. 21.

⁵⁷⁸ 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**, *Op. Cit.*, p. 22.

O resultado dessa alteração legislativa, a qual interfere diretamente no regime de controle preliminar da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário, tem sido interpretado de forma distinta pela doutrina.

Nada obstante esteja claro que o reconhecimento pelo árbitro de sua própria jurisdição deve ensejar o encerramento da demanda judicial sem resolução de mérito, é preciso entender o alcance dessa nova previsão legal e os impactos dela decorrentes.

Nesse sentido, João Luiz Lessa Neto parece entender que, mesmo à luz do artigo 485, VII, do CPC/15 seguiria sendo suficiente o início do procedimento arbitral para que seja caracterizada a prioridade do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, de maneira que o juiz togado continuaria adstrito a decidir sobre a jurisdição arbitral (sempre em caráter *prima facie*) apenas quando não houver arbitragem iniciada⁵⁷⁹.

Há, por outro lado, entendimento diverso no sentido de que, com o advento do artigo 485, VII do CPC/15, fica claro que o controle *prima facie* a ser realizado pelo Poder Judiciário pode ocorrer mesmo na pendência do procedimento arbitral, até que seja proferida uma decisão pelo árbitro sobre sua própria jurisdição (a qual, vale lembrar, pode ser prolatada tanto em sentença parcial de jurisdição como em sentença final).

Nesse sentido, Renato Resende Beneduzi afirma que:

“o controle *prima facie* deste requisito é possível, ademais, não apenas até a constituição do tribunal arbitral, mas até a existência de uma decisão do árbitro sobre sua própria competência, nos termos do disposto no art. 485, VII, do CPC de 2015. Assim se estimula o árbitro a decidir *logo* sobre a questão de sua competência, o que é do interesse de todos e que serve também para dissuadir a instauração maliciosa (e porque não também procrastinatória) de arbitragens quando não for este o meio adequado para a solução do litígio”⁵⁸⁰.

No mesmo sentido parece ser a posição de André Luís Quintas Monteiro, para quem antes da decisão dos árbitros a respeito de sua própria jurisdição o Poder Judiciário poderá conhecer de vícios manifestos da convenção de arbitragem aferíveis mediante cognição sumária⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 160; e LESSA NETO, João Luiz. **A competência-competência no novo Código de Processo Civil**, *Op. Cit.*, p. 35.

⁵⁸⁰ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 299.

⁵⁸¹ MONTEIRO, André Luís Quintas. Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 57, p. 57-98, 2018.

Diante disso, nos parece forçoso reconhecer que, à luz da segunda parte do artigo 485, VII, do CPC/15, a simples aceitação da nomeação pelo árbitro, critério eleito pelo artigo 19 da Lei de Arbitragem para considerar instituída a arbitragem, não basta para que o juiz togado tenha de extinguir a demanda judicial, podendo prosseguir, se for o caso, com a análise *prima facie* da convenção de arbitragem até que uma decisão confirmatória de jurisdição seja proferida pelo árbitro.

Por outro lado, uma vez proferida essa decisão, o juiz togado fica impedido de controlar a jurisdição arbitral, ainda que em caráter *prima facie*, resguardada a possibilidade de controle posterior. A mesma conclusão com relação a esse segundo ponto também é atingida pelos autores acima referidos. Para João Luiz Lessa Neto:

“a diferença da existência de decisão do árbitro sobre a sua competência, em relação à simples alegação de convenção de arbitragem, reside no fato de não ser possível, nesta hipótese, que o juiz realize sequer a análise *prima facie* da validade da convenção, pois a questão já foi decidida pelo árbitro”⁵⁸².

Na mesma linha, completa Renato Resende Beneduzi:

“Neste caso, já há uma decisão, do árbitro, sobre a questão. É preciso acatá-la ou impugná-la. A questão relativa à existência da convenção arbitral torna-se assim processualmente irrelevante, absorvida, por assim dizer, pela decisão positiva do árbitro sobre sua própria competência”⁵⁸³.

É precisamente nesse ponto que se diferenciam as duas hipóteses inculpidas no artigo 485, VII, do CPC/15. Ao passo que a alegação de convenção de arbitragem em processo judicial permite que seja realizada uma análise *prima facie* da jurisdição do árbitro, a existência de uma decisão confirmatória do árbitro proíbe que essa análise seja realizada de forma prematura.

Esse elemento de discriminação, portanto, permite concluir que o sistema instituído pelo CPC/15 estatui a preliminar de arbitragem como um gênero, do qual são espécies a alegação de

⁵⁸² LESSA NETO, João Luiz. **A competência-competência no novo Código de Processo Civil**, *Op. Cit.*, p. 37.

⁵⁸³ E o autor complementa 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 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, na redação que lhe deu a Lei 13.129/2005. 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. Tratar-se-á de cumulação subjetiva de pedidos: o juiz estatal deverá decidir em primeiro lugar se procedente a impugnação da decisão do árbitro que entendeu por sua competência e, procedente este pedido, sobre os demais. Esta cumulação também é admissível – esta a segunda hipótese – se a decisão sobre a competência constar da própria decisão que põe fim ao processo arbitral” (BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 286-287).

convenção de arbitragem e a alegação de existência de decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição⁵⁸⁴.

4.4 CONCLUSÃO SOBRE O MODELO DE COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA ADOTADO PELO DIREITO BRASILEIRO: UM MODELO QUASE-FRANCÊS

Como se viu acima, o CPC/15 instituiu mudanças que interferiram diretamente no modelo brasileiro de competência-competência.

Na vigência do CPC/73, alguns autores entendiam que o modelo brasileiro de competência-competência havia buscado inspiração no modelo francês, se aproximando dele em grande medida, dado o prestígio ao efeito negativo da competência-competência e o estabelecimento de uma presunção quase absoluta de que o árbitro possui prioridade cronológica para decidir sobre questões afetas à sua competência⁵⁸⁵.

Como se teve a oportunidade de expor acima, o modelo francês de competência-competência, adotando o efeito negativo em sua máxima amplitude, somente permite que o juiz togado intervenha na arbitragem na restrita hipótese cumulativa de (i) não haver tribunal arbitral constituído; e (ii) ser possível aferir, em caráter *prima facie*, que a convenção de arbitragem é manifestamente nula ou manifestamente inaplicável.

Dito de outra forma, o modelo francês prevê que (i) se o tribunal arbitral estiver constituído, o juiz togado deverá, sem qualquer exceção, declinar de sua jurisdição em favor dos árbitros; e (ii) se o tribunal arbitral não estiver constituído, ainda assim o juiz togado deverá

⁵⁸⁴ Nesse sentido: “A existência de uma preliminar de arbitragem tem por justificativa a ideia segundo a qual o árbitro deve ter o poder de decidir se tem poderes para julgar a demanda arbitral. Não se permite ao juiz estatal, assim, julgar o mérito de uma demanda se um tribunal arbitral houver reconhecido sua própria competência para fazê-lo. Este o motivo pelo qual a existência de decisão positiva do árbitro sobre sua própria competência é uma condição negativa de admissibilidade do julgamento judicial do mérito da demanda, sobre a qual o juiz deve decidir apenas mediante provocação do interessado (daí se tratar a rigor de uma exceção processual, não de uma objeção). Essa condição negativa de admissibilidade, fundada na existência de decisão positiva do árbitro sobre sua própria competência, não se confunde com a outra condição negativa, a existência de uma convenção arbitral (cláusula compromissória ou compromisso arbitral, enquanto manifestação de vontade das partes de submeterem a decisão do litígio, potencial ou concreto, respectivamente, à arbitragem) de que trata o mesmo dispositivo. Daí porque a preliminar de arbitragem é hoje um gênero, da qual se distinguem duas espécies: a preliminar de que existe decisão do árbitro sobre sua própria competência, de que agora se fala, e a preliminar de convenção arbitral, de que se falará no próximo capítulo” (BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 286-287).

⁵⁸⁵ ANCEL, Bertrand. **O controle de Validade da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 60; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 184; BARROS, Octávio Fragata Martins de. **A Oposição Judicial à Arbitragem**, *Op. Cit.*, P. 100.

declinar de sua jurisdição, salvo se verificar, em caráter *prima facie*, mediante provocação, que a convenção de arbitragem é manifestamente nula ou manifestamente inaplicável.

Ao analisar os restritivos contornos do modelo francês em comparação com o brasileiro, há autores que inclusive chegam a ponderar, em tom de crítica, que, ao menos pela letra fria da Lei nº. 9.307/1996, este poderia ser considerado até mais extremado do que aquele, na medida em que o sistema pátrio não prevê expressamente a possibilidade de verificação de questões jurisdicionais ou vícios da convenção de arbitragem em caráter *prima facie*⁵⁸⁶.

Durante os mais de 20 anos de vigência da Lei de Arbitragem, houve o surgimento de distintas interpretações sobre qual teria sido o modelo de competência-competência encampado no Brasil, o que se deve em grande medida à falta de clareza na lei sobre a existência ou não de condicionamentos com relação à prioridade estabelecida em favor do árbitro.

Com efeito, foi possível verificar, como se viu acima, o surgimento de três correntes doutrinárias e jurisprudenciais divergentes, uma delas mais propensa à intervenção estatal irrestrita, outra intermediária que aceita com ressalvas a intervenção prematura, e outra totalmente avessa a qualquer tipo de intervenção antes da prolação da sentença arbitral.

Como se terá a oportunidade de verificar adiante em tópico próprio, a corrente mais acertada nos parece ser a intermediária, já que se afigura essencial que, respeitados os limites e condicionamentos aplicáveis, seja viabilizada em alguma medida a intervenção judicial prematura, sob pena de perpetuação de situações absolutamente injustas e antijurídicas.

Em meio a essa discussão e aos embates doutrinários e jurisprudenciais que vinham sendo travados, sobreveio o já aludido artigo 485, VII, do CPC/15.

Os primeiros comentários doutrinários a esse dispositivo são no sentido de que, a partir de sua vigência, o modelo brasileiro de competência-competência se aproximou mais claramente do modelo francês, embora ainda não tenha atingido a mesma amplitude conferida por aquele ordenamento à regra de prioridade em favor do árbitro.

Nesse sentido, André Luís Quintas Monteiro defende que o modelo brasileiro de competência-competência, à luz do atual cenário, deve ser entendido como um modelo quase-francês. Em suas palavras:

“A partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 passei a defender, em razão do inciso VII do art. 485, que o Brasil adotou um modelo quase-francês de

⁵⁸⁶ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 290-291.

princípio da competência-competência. Por um lado, antes da decisão dos árbitros a respeito de sua própria jurisdição, o Poder Judiciário brasileiro apenas poderá conhecer de vícios manifestos da convenção de arbitragem, a partir de mera cognição sumária (*prima facie review*) e com base apenas nas provas documentais trazidas pelas partes na petição inicial, contestação, réplica e tréplica à questão. Esse é o modelo de efeito negativo do princípio da competência-competência adotado pelo Brasil quando os árbitros ainda não tiverem proferido decisão a respeito de sua jurisdição. Por outro lado, após a decisão do tribunal arbitral reconhecendo sua jurisdição sobre a causa, o Poder Judiciário brasileiro deverá extinguir o processo judicial paralelo sem qualquer exame sobre a decisão arbitral ou sobre a convenção de arbitragem, nem sumário (*prima facie review*) e nem profundo (*full review*), em termos semelhantes àqueles aplicados na França. Não há, ademais, discricionariedade na aplicação desse dispositivo: o Poder Judiciário deverá – no imperativo – extinguir o processo judicial sem a resolução do mérito, pouco importando se concorda ou não com a decisão dos árbitros a respeito da jurisdição arbitral. Esse é o modelo de efeito negativo do princípio da competência-competência adotado pelo Brasil quando os árbitros já tiverem proferido decisão a respeito de sua jurisdição, reconhecendo-a”⁵⁸⁷.

Embora proponha o reconhecimento de uma efetiva aproximação entre os sistemas, o autor destaca que ainda persiste uma importante diferença, tendo em vista que o lapso temporal em que o Poder Judiciário poderá decidir de forma prematura sobre a jurisdição do árbitro é mais alongado no direito pátrio do que no direito francês:

“no Direito francês o Poder Judiciário deve extinguir o processo judicial a partir da instituição da arbitragem, ou seja, a partir da mera constituição do tribunal arbitral, independentemente de haver ou não decisão arbitral confirmando jurisdição sobre a causa. Já o modelo brasileiro inaugurado pela segunda parte do inciso VII do art. 485 do diploma processual civil condiciona a extinção do processo judicial sem a resolução do mérito à prolação de uma decisão arbitral reconhecendo jurisdição sobre a causa. Em outras palavras, o modelo brasileiro de efeito negativo do princípio da competência-competência exige decisão positiva do tribunal arbitral para que o Poder Judiciário possa extinguir o processo judicial sem a resolução do mérito. Daí porque decidi apelidar o modelo brasileiro de modelo quase-francês”⁵⁸⁸.

Concordamos com o autor no sentido de que, com o novo regramento instituído pelo CPC/15, o modelo brasileiro se aproxima mais nitidamente do modelo francês, na medida em que passa a estabelecer com clareza a ocorrência de um evento determinado para a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, bem como delimita com maior precisão o momento até o qual o Poder Judiciário pode intervir de forma prematura na jurisdição arbitral.

Nos parece, contudo, haver duas diferenças relevantes entre os sistemas. A primeira diz respeito, como adiantado, ao momento temporal em que o Poder Judiciário passa a estar

⁵⁸⁷ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

⁵⁸⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

impedido de decidir prematuramente sobre a jurisdição do árbitro, ao passo que a segunda nos parece estar relacionada ao objeto da análise judicial que pode ser realizada.

No que toca à questão temporal, tem-se que o direito francês se mostra mais protetivo à regra de prioridade em favor do árbitro, na medida em que estipula que o evento ensejador da extinção da demanda judicial deve ser a instauração da arbitragem, o que ocorre antes (e em determinados casos pode ocorrer bem antes) do evento previsto para tanto no ordenamento brasileiro, qual seja a prolação de uma decisão positiva do árbitro sobre sua própria jurisdição.

Assim, se por um lado essa alteração fortalece reflexamente⁵⁸⁹ a proteção ao efeito negativo da competência-competência, por outro lado contribui para alongar, temporalmente, a possibilidade de interferência judicial na arbitragem, sobretudo se considerarmos que a evolução do posicionamento doutrinário e jurisprudencial vinha sendo no sentido de que bastaria a instauração da arbitragem para que a demanda judicial fosse extinta.

Essa alteração, voltamos a dizer, nos parece valiosa na exata medida em que dá contornos mais claros ao momento durante o qual se faz possível a flexibilização da regra de prioridade em favor do árbitro, ao mesmo tempo em que estimula o árbitro a decidir o quanto antes sobre sua própria jurisdição⁵⁹⁰.

Além desse aspecto temporal, há de se destacar que a legislação brasileira não estabelece um critério material claro e restrito de incidência do controle judicial prematuro, diferentemente da francesa, a qual impõe que a intervenção ocorra somente nos casos em que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula ou inaplicável.

Diante disso, nos parece que o direito brasileiro, ao deixar de prever um fator limitador expresso com relação ao escopo de vícios que podem ser verificados *a priori* pelo Poder Judiciário (ou seja, ao não limitar essa intervenção a “vícios manifestos”), confere maior amplitude às hipóteses nas quais se autoriza a intervenção judicial prematura na arbitragem.

Dito de outra forma, e conforme será melhor explanado no capítulo 5 abaixo, o direito brasileiro permite a intervenção judicial ainda que os vícios não sejam manifestos, desde que sejam passíveis de serem aferidos em caráter *prima facie*. Prevalece, pois, um critério de direito

⁵⁸⁹ Diz-se reflexamente, pois, a rigor, trata-se de alteração que afeta diretamente o efeito negativo da convenção de arbitragem e não propriamente o efeito negativo da competência-competência.

⁵⁹⁰ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 299.

processual (possibilidade de aferição em cognição sumária) sobre um critério de direito material (gravidade do vício).

Destarte, por mais essa razão, nos parece que, embora seja possível caracterizar o modelo brasileiro como um modelo “quase-francês”, é importante acrescentar que o qualificativo “quase” significa que, em nosso modelo, a atuação judicial prematura é possibilitada em maior medida do que o é no direito francês.

4.5 CONSEQUÊNCIA DO MODELO ADOTADO: CONTROLE DA JURISDIÇÃO ARBITRAL *A POSTERIORI* COMO REGRA GERAL E SUAS PECULIARIDADES COM RELAÇÃO AO CONTROLE DOS DEMAIS VÍCIOS LEGALMENTE PREVISTOS

No direito brasileiro, a regra geral, de acordo com o modelo de competência-competência adotado, por todas as razões acima expostas, é que o árbitro deverá ter prioridade para decidir questões afetas à sua própria jurisdição.

Disso decorre, por consectário lógico, que o controle pelo Poder Judiciário sobre a jurisdição do árbitro deve ocorrer, em regra, *a posteriori*, juntamente com a revisão judicial de todas as demais questões previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, em sede de ação anulatória de sentença arbitral, impugnação ao cumprimento de sentença arbitral e/ou homologação de sentença arbitral estrangeira.

Nada obstante o fato de que o controle de todas essas questões deve ocorrer, como regra, no mesmo momento (excetuada a hipótese de prolação de sentença parcial de jurisdição), é importante destacar que existem diferenças substanciais entre o controle dos vícios afetos à jurisdição arbitral e o controle das demais hipóteses de nulidade legalmente previstas.

Com efeito, ao passo que o controle dos demais vícios (assim como da arbitragem de um modo geral) é marcado pela impossibilidade de revisão do mérito da sentença arbitral, no caso específico dos vícios referentes à jurisdição do árbitro é possível que, a depender de como a questão seja posta na arbitragem, a revisão judicial posterior tenha que necessariamente se imiscuir sobre o mérito da discussão, conforme explicaremos no item 4.5.1 abaixo.

Outra peculiaridade do controle judicial posterior da jurisdição do árbitro é que este somente poderá ocorrer quando houver uma decisão positiva do árbitro sobre sua jurisdição, ficando vedado o controle judicial da decisão arbitral que rejeita sua jurisdição sobre determinada disputa (decisão negativa), pelas razões que serão expostas no item 4.5.2 abaixo.

4.5.1 EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DO MÉRITO DA SENTENÇA ARBITRAL COM RELAÇÃO A QUESTÕES AFETAS À JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO

No sistema judicial estatal, o controle dos provimentos jurisdicionais é elementar⁵⁹¹, tendo como fundamento precípua o duplo grau de jurisdição⁵⁹², bem como o ideal de busca da aplicação harmônica, sistemática e uniforme da lei⁵⁹³.

Embora não se trate de elemento intrinsecamente associado ao devido processo legal, portanto dispensável em certos casos⁵⁹⁴, o controle possibilitado pelo duplo grau de jurisdição, desde que não exercido de forma abusiva, acaba por conferir uma espécie de presunção de preservação da qualidade das decisões judiciais⁵⁹⁵, servindo como um elemento de legitimidade à justiça pública (Estado-Juiz), haja vista a impossibilidade de escolha do julgador⁵⁹⁶.

Na arbitragem, por outro lado, há em regra a impossibilidade de recurso em face da sentença arbitral e consequente supressão do duplo grau de jurisdição⁵⁹⁷, o qual perde força

⁵⁹¹ A propósito, a lição de Moacir Amaral Santos: “Considerando a posição do juiz na relação processual, de sujeito imparcial, não seria ilógico conferir-se às suas decisões o caráter de irrevogáveis. Proferidas e publicadas, poderiam ser imutáveis. Mas os juízes são criaturas humanas e, portanto, falíveis, suscetíveis de erros e injunções, razão bastante para os ordenamentos processuais de todos os povos, com o propósito de assegurar justiça o quanto possível perfeita, propiciarem a possibilidade de reexame e reforma de suas decisões por outros juízes, ou mesmo pelos próprios juízes que as proferiram. Com esse intuito se instituíram meios de impugnação das decisões, atribuídos ao vencido, que é o interessado na sua reforma, por injustas ou ilegais” (SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. v. 3. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 80).

⁵⁹² Cassio Scarpinella Bueno ensina que “O “princípio do duplo grau de jurisdição” quer significar que toda decisão proferida por um magistrado (o órgão a quo) é passível de recurso para outro (o órgão ad quem) que tenha condições de revisar, no sentido amplo, aquela decisão” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. Vol. 5. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48).

⁵⁹³ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 7.

⁵⁹⁴ Nelson Nery Junior afirma a propósito do tema que “não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação das execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (LEF34) e nas causas, de qualquer natureza nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (ex-L 6825/80 4º), ou, ainda, não caber recurso dos despachos (CPC/1973 504; CPC 1001)” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 321). Por seu turno, Cassio Scarpinella Bueno assevera que “A constatação de que o “duplo grau” é um princípio — e ser implícito é de nenhuma relevância no particular — não significa, todavia, que a lei não possa dar preferência a um e em outro caso a outros princípios, colidentes com ele, em busca de outros resultados também desejados pelo sistema processual civil. O que deve dar-se em tais casos, porém, é o necessário sopesamento dos valores antagônicos e nunca a eliminação de um em prol do outro” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil**. Vol. 5, *Op. Cit.*, p. 48).

⁵⁹⁵ Seja pela falibilidade do julgador enquanto ser humano, pela pretendida experiência dos órgãos revisores, pela fiscalização psicológica exercida sobre o julgador singular, ou ainda por possibilitar o exercício do inconformismo da parte vencida (NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial da sentença arbitral**, *Op. Cit.*, p. 115).

⁵⁹⁶ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 8.

⁵⁹⁷ Como bem pondera Paulo Issamu Nagao, “Na arbitragem, com maior razão, justifica-se a supressão do duplo grau de jurisdição” haja vista que “o direito genérico de recorrer é plasmado na arbitragem pela autonomia privada, que é um dos princípios informativos mais importantes do instituto” (NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial**

enquanto elemento atributivo de legitimação ao procedimento arbitral⁵⁹⁸, diante do papel desempenhado pela autonomia privada das partes⁵⁹⁹ na escolha do árbitros e na determinação dos contornos do procedimento⁶⁰⁰.

Isso não significa, contudo, que o controle da atividade do árbitro deixe de ser relevante ou mesmo necessário. Com efeito, a doutrina reconhece com visível robustez a indispensabilidade do controle judicial da arbitragem, como ensina António Menezes Cordeiro:

“O Estado tem responsabilidade na manutenção da ordem social e económica e na salvaguarda da paz pública: tudo isso seria posto em crise com arbitragens calamitosas, que transformassem os jogos de interesses num imenso cassino. Finalmente, o Estado está consciente de que as pessoas, mesmo quando se comprometam com árbitros, confiam em que um mínimo de ordem e de respeito será sempre assegurado. Todos contam, pois, com um certo acompanhamento público. Os tribunais arbitrais devem observar regras básicas, postas por lei ou pelas partes. E alguma autoridade deve – para além dos próprios tribunais arbitrais – assegurar que tais regras sejam cumpridas. Tal autoridade, pela natureza das coisas, terá de ser a ordem jurisdicional do Estado”⁶⁰¹.

William Park, por seu turno, assevera:

“A arbitragem eficiente implica uma tensão entre os objetivos rivais da finalidade e da lealdade. Libertar as sentenças arbitrais da possibilidade de contestação em juízo promove a finalidade, ao passo que o aprimoramento da lealdade requer algumas medidas de supervisão judicial. A parte vencedora em uma arbitragem almeja alcançar finalidade, enquanto a perdedora deseja o cuidadoso exame judicial de decisões duvidosas”⁶⁰².

da sentença arbitral, *Op. Cit.*, p. 116). William Park vai além ao afirmar que, ao escolherem a arbitragem, que em regra não se sujeita a recurso, as partes assumem “the risk of a bad award on the merits” de modo que a renúncia ao direito de ter as disputas julgadas pelo Poder Judiciário significa que “an arbitrator has the right to get it wrong, in the sense of evaluating a controverted event differently than would the otherwise competent judge” (PARK, William W. **The arbitrability dicta in First Options v. Kaplan**, *Op. Cit.*, p. 142-165).

⁵⁹⁸ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 8.

⁵⁹⁹ João Luiz Lessa Neto bem pontua que “na arbitragem, a própria legitimidade do processo, e, por consequência, a da sentença arbitral, decorrem da vontade das partes. É a vontade das partes que permite o surgimento de uma jurisdição privada e o julgamento do conflito. Não é a lei que legitima uma arbitragem específica. Certamente a Lei reconhece, estabelece e legitima o sistema arbitral e permite o seu funcionamento. É a vontade das partes que estabelece que um conflito determinado(vel) será resolvido por arbitragem” (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 98).

⁶⁰⁰ Acerca da relação do elemento de definitividade da arbitragem e sua relação com a vontade das partes, Cândido Rangel Dinamarco assevera que “a definitividade dos pronunciamentos dos árbitros é efeito do livre exercício da autonomia privada pelos litigantes, manifestada quando optam por esse meio alternativo. Essa singela e óbvia constatação vale como reflexão destinada a advertir contra os exageros em provocar o controle judicial das sentenças arbitrais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da Sentença Arbitral e de seu controle judicial**. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a lei de arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Ltr, 2002, p. 330-331). No mesmo sentido, Paulo Issamu Nagao defende que é justamente “o aspecto marcante da liberdade dos contratantes que rege o espírito desse meio alternativo” que “censura qualquer tipo de monitoramento estatal quanto à substância da decisão arbitral” (NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial da sentença arbitral**, *Op. Cit.*, p. 116).

⁶⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 426.

⁶⁰² PARK, William W. **Por que os tribunais revisam decisões arbitrais**, *Op. Cit.*, p. 1231-1248. No mesmo sentido, porém em outro texto, o mesmo autor afirma que: “Therefore the contours of an arbitrator’s power must

Na mesma linha, Klaus Peter Berger enxerga o controle judicial da arbitragem como mecanismo de salvaguarda da confiança depositada pelas partes no processo arbitral. Em suas palavras: “judicial scrutiny of the award by the courts at the seat of arbitration serves to safeguard the parties’ confidence in the arbitral process”⁶⁰³.

Esse controle não implica, como regra⁶⁰⁴, a revisão do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, como vem sendo crescentemente reconhecido pela doutrina nacional e estrangeira⁶⁰⁵, respeitadas posições em sentido contrário⁶⁰⁶.

Embora venha sendo crescentemente rechaçada por diversos ordenamentos, notadamente em função da influência exercida pela Lei Modelo da UNCITRAL a esse respeito, a revisão meritória da sentença arbitral ainda encontra guarida em algumas legislações.

Ao promover ampla análise sobre o tema, Gary Born dá conta de que jurisdições como a Inglaterra, Irlanda, China, Singapura, Líbia, Arábia Saudita, Argentina, Egito e Estados

concern judges as well as business managers, if for no other reason than to maintain confidence in the integrity of the judicial system on whose power the arbitral process relies” (PARK, William W. **The arbitrability dicta in First Options v. Kaplan**, *Op. Cit.*, p. 142-165).

⁶⁰³ BERGER, Klaus Peter. *Private Dispute Resolution in International Business*, *Op. Cit.*, p. 645.

⁶⁰⁴ Diz-se “como regra”, pois a doutrina, a exemplo do que pontua Carlos Alberto Carmona, reconhece que as partes podem estabelecer “dentro do próprio procedimento arbitral, os recursos que entenderem necessário” embora não lhes seja dado estipular que o Poder Judiciário poderá reexaminar o mérito da sentença arbitral, na medida em que “a vontade das partes (...) não pode vincular a competência – de natureza constitucional – dos órgãos judiciais estatais” de maneira que qualquer previsão contratual nesse sentido “seria nula de pleno direito” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 270).

⁶⁰⁵ Na doutrina nacional, ver: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 270; CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 186; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, *Op. Cit.*, p. 271-272; GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 132; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da Sentença Arbitral e de seu controle judicial**, *Op. Cit.*, p. 327-343; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 50-51; NANNI, Giovanni Ettore. **Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial**, *Op. Cit.*, p. 158. Na doutrina estrangeira, ver: BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 3389-3392; LEW, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 677-679; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 591; BERGER, Klaus Peter. **Private Dispute Resolution in International Business: negotiation, mediation, arbitration**. 2. ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2009, p. 645-646; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration**, *Op. Cit.*, p. 467.

⁶⁰⁶ Nesse sentido, merece registro a posição contrária de Mauro Rubino-Sammartano, que defende que a arbitragem deveria admitir a possibilidade de revisão do mérito pelo Poder Judiciário, pois seria muito arriscado deixar a decisão final sobre determinada disputa sujeita a uma análise única, em caráter final e vinculante. Para tanto, o autor inclusive propõe a criação de uma Corte de Apelação Internacional que viabilize a revisão do mérito de sentenças arbitrais. Os contornos de sua proposta, esmiuçados em artigo intitulado “A Queda de um Tabu”, tomam como premissa a ideia de que a arbitragem não deve ser enxergada como uma “deusa cruel que só pode ser adorada” sendo necessário enfrentar o *status quo* e promover mudanças nesse sentido (RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **The Fall of a Taboo**. *Journal of International Arbitration*, Países Baixos, v. 20, n. 4, 2003, p. 387-392. Bimestral, traduções nossas).

Unidos permitem, de alguma forma, geralmente em hipóteses restritas, a revisão do mérito da sentença arbitral^{607_608}.

No que toca especificamente ao ordenamento jurídico inglês, Redfern e Hunter dão conta de que a revisão do mérito da sentença arbitral é viável apenas mediante autorização específica da respectiva corte no caso concreto e apenas e tão somente em casos nos quais (i) a decisão do árbitro sobre questões de direito seja “obviamente equivocada”; (ii) a questão seja de “relevância pública geral”; ou (iii) a decisão arbitral seja “ao menos aberta a séria dúvida”, de modo que se faça “justo e propício em rodas as circunstâncias que a corte determine a questão”⁶⁰⁹.

No direito americano, por seu turno, tem sido amplamente discutida, há pelo menos 20 anos, a possibilidade de as partes, no exercício de sua autonomia, autorizarem ou mesmo demandarem a revisão do mérito da sentença arbitral⁶¹⁰.

Alguns autores entendem que o fundamento para tanto seria a ideia de que, se as partes acreditam que a revisão judicial do mérito é uma manifestação de descrença na justiça arbitral, ficam livres para excluir qualquer direito de recurso ao Poder Judiciário. Por outro lado, se acreditam que deve ser resguardado o seu “direito fundamental de ter um segundo tiro caso o primeiro seja mal disparado”, ou simplesmente estejam mais preocupadas em ter uma decisão correta do que em ter uma decisão célere e final, também podem pactuar um mecanismo de controle de sua escolha. Sua autonomia, em suma, deve prevalecer, sendo descabidos os argumentos no sentido de que essa possibilidade de controle atacaria o cerne da arbitragem⁶¹¹.

Há, no entanto, outros autores americanos que se mostram contrários à possibilidade de ampliação consensual do espectro de revisão da sentença arbitral, para possibilitar a revisão meritória, como é o caso de Margaret Moses. A autora entende que, embora razões políticas de modo geral pareçam pesar em favor de permitir a revisão judicial do mérito da arbitragem caso as partes assim determinem, o fato é que a incerteza sobre se o Poder Judiciário concordará em

⁶⁰⁷ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, *Op. cit.*, p. 3378-3388.

⁶⁰⁸ Para um estudo aprofundado do tema, tanto à luz do direito brasileiro como do direito comparado, ver: VERÇOSA, Fabiane. **A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do Direito Brasileiro e Estrangeiro**. Curitiba, Editora CRV, 2015.

⁶⁰⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 595.

⁶¹⁰ HAMLIN, James B. **Contractual Alteration of the Scope of Judicial Review**, *Op. Cit.*, p. 47-62.

⁶¹¹ PLATT, Rowan. The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality? *Journal of International Arbitration*, Países Baixos, v. 30, n. 5, 2013, p. 47-62. Bimestral.

revisar o mérito, bem como os impactos negativos que isso poderia acarretar com relação ao reconhecimento, por outros países, de sentenças arbitrais revisadas no mérito, fazem com que a escolha das partes por um mecanismo de revisão seja “pouco prática”⁶¹².

Feito esse breve panorama da excepcional admissão de revisão meritória da sentença arbitral no direito estrangeiro, é forçoso concluir que as razões para que se evite o controle meritório são mais culturais e políticas do que propriamente jurídicas⁶¹³, não havendo, a rigor, óbice teórico para que determinado ordenamento jurídico preveja essa possibilidade.

É certo, por outro lado, que a viabilização de ampla revisão do mérito da sentença arbitral tenderia a desincentivar as partes contratantes a escolherem a arbitragem como método de solução de suas disputas, na medida em que implicaria justamente naquilo que as partes no mais das vezes quiseram evitar, isto é, a análise do mérito da controvérsia pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, permitir um amplo controle do mérito da sentença arbitral poderia comprometer diretamente os fundamentos objetivos do instituto, já que se poria a perder a celeridade na resolução da controvérsia e a confidencialidade muitas vezes almejada pelos litigantes na condução do procedimento arbitral, bem como o julgamento das questões substantivas por julgador especializado e escolhido pelas partes⁶¹⁴.

Justamente por essa razão, as hipóteses de controle da sentença arbitral geralmente previstas nas legislações nacionais envolvem questões meramente formais ou procedimentais que não guardam relação com o mérito da disputa submetida à arbitragem.

Tomando-se a legislação pátria como exemplo, nota-se que as causas de nulidade da sentença arbitral previstas no artigo 32 da Lei nº. 9.307/1996 não viabilizam, como regra, a revisão dos aspectos substantivos da disputa, mas apenas de questões essencialmente relacionadas a aspectos procedimentais do procedimento arbitral⁶¹⁵.

⁶¹² MOSES, Margaret L. Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards. **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 20, n. 3, 2003, p. 323. Bimestral.

⁶¹³ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 12-13. No mesmo sentido, Redfern e Hunter pontuam que “each state has its own concept of what measure of control it wishes to exercise over an arbitral process that takes place in its territory” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 581).

⁶¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da Sentença Arbitral e de seu controle judicial**, *Op. Cit.*, p. 330-331. Redfern e Hunter partilham da mesma visão e listam as mesmíssimas razões como desvantagens de um controle meritório da sentença arbitral pelo Poder Judiciário (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 592).

⁶¹⁵ Como, por exemplo, o proferimento da sentença por quem não podia ser árbitro (inciso II), o proferimento da sentença fora dos limites da convenção de arbitragem (inciso IV), o proferimento da sentença por comprovada

A inviabilidade de revisão do mérito da disputa é, pois, uma “consequência da própria *ratio* da arbitragem”⁶¹⁶, cujo objetivo precípuo, como já dito acima, é retirar do Poder Judiciário, em favor do árbitro, pelas mais diversas razões e motivos, a jurisdição para decidir sobre determinadas disputas que exsurjam no contexto de determinada relação jurídica.

Uma análise sistemática da Lei nº. 9.307/1996 corrobora essa assertiva, como se extrai do conteúdo do artigo 18 (que isenta a sentença arbitral de recurso ou homologação pelo Poder Judiciário), do artigo 21, § 2º (que impõe o respeito ao livre convencimento do árbitro) e do artigo 31 (que confere à sentença arbitral o status de título executivo judicial)⁶¹⁷.

De toda forma, conquanto seja bastante propagada – com acerto, diga-se – a ideia geral de que a revisão do mérito da sentença arbitral seria impossível em todo e qualquer caso, é certo que há algumas hipóteses nas quais o Poder Judiciário, inevitavelmente, terá de enfrentar questões que integram o núcleo substantivo da disputa.

Esse exemplo em particular é de suma importância para o objeto deste trabalho, na medida em que se relaciona diretamente ao controle da jurisdição do árbitro.

Embora a regra geral seja a impossibilidade de controle meritório da sentença arbitral como um todo, ficando a revisão limitada a erros *in procedendo*, há casos nos quais o vício passível de controle representará, a um só tempo, *error in judicando* e *error in procedendo*.

Nessas hipóteses, pelas razões a seguir expostas, fatalmente haverá de ser viabilizado o controle do mérito da decisão arbitral.

Para que se compreenda a questão desde o início e com clareza, traz-se a palco a lição de Cassio Scarpinella Bueno que, ao tratar sobre os erros *in judicando* e *in procedendo* no âmbito do direito processual civil, ensina que:

“São duas as espécies de vícios que podem ensejar a interposição de um recurso, a partir de clássica distinção largamente empregada: o chamado vício de juízo (ou de julgamento), comumente identificado pela expressão latina “*error in judicando*” e vício de atividade, designado em geral pela expressão latina “*error in procedendo*”, cada qual correspondendo a uma diversa operação mental a ser desempenhada pelo órgão *ad quem* quando do julgamento do recurso. O vício de juízo (ou de julgamento) denota que o recorrente pretende que o órgão *ad quem* reexamine a decisão recorrida porque ela apreciou e aplicou mal o direito e/ou o fato no caso concreto, e essa circunstância enseja o proferimento de uma nova decisão, capaz de se impor à

prevaricação ou corrupção (inciso VI) ou o desrespeito aos princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro (inciso VII).

⁶¹⁶ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 253.

⁶¹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial**, *Op. Cit.*, p. 159.

anterior, substituindo-a, reformando-a. (...). O vício de atividade, por sua vez, significa que o recurso se volta a questionar não, propriamente, a decisão, em si mesma considerada, é dizer, a sua qualidade, mas o procedimento que foi observado até o seu proferimento; a decisão é, neste sentido, formalmente e não materialmente errada, de forma diversa do que se dá nos casos de vício de juízo. (...). A função do recurso, em tais casos, não é substitutiva, e sim meramente rescindente. É desejável, por isto mesmo, um paralelo entre o julgamento substitutivo e os erros *in judicando* e entre o julgamento rescindente e os erros *in procedendo* de que tratam os parágrafos anteriores”⁶¹⁸.

Transpondo a questão para a arbitragem, é possível perceber que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral previstas no artigo 32 da Lei nº 9.307/1996 implicam, via de regra, em hipóteses de correção de erros *in procedendo*⁶¹⁹.

Nada obstante, há alguns casos específicos nos quais a decisão arbitral poderá acarretar, a um só tempo, um erro *in judicando* e *in procedendo*, a exemplo do que pode ocorrer quando é arguida uma objeção à jurisdição do árbitro com base em vícios de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

É dizer: a depender de como a objeção à jurisdição do árbitro for arguida, será possível que a decisão final a respeito da regularidade da convenção de arbitragem integre um dos capítulos da sentença arbitral, ficando, portanto, sujeita aos efeitos da coisa julgada, e, ao mesmo tempo, sujeite-se ao controle judicial⁶²⁰. Lucas Britto Mejias explica bem a situação:

“No campo da arbitragem, como a jurisdição do árbitro advém de um negócio jurídico formado entre as partes, cujos termos podem influir também na aptidão do julgador, tais questões podem funcionar ao mesmo tempo como pressupostos de admissibilidade e como mérito da arbitragem, ou então, somente como questão prejudicial à resolução do mérito. Em algumas situações, isso dependerá exclusivamente de opção das partes. Poderão postular preceito declaratório a fim de solucionar crise de certeza com relação à convenção arbitral, o que resolverá definitivamente a divergência, com qualidade de coisa julgada; ou apenas alegar eventual nulidade com o fito de impedir o prosseguimento de uma arbitragem específica, pretendendo uma sentença extintiva do processo sem resolução de mérito”⁶²¹.

Há, portanto, basicamente duas hipóteses em que a análise da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem pode integrar o mérito da disputa⁶²². A primeira delas se

⁶¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil**. Vol. 5, *Op. Cit.*, p. 102-103, grifos no original.

⁶¹⁹ Carlos Alberto Carmona defende que o direito de impugnar o laudo arbitral existe “por conta exclusivamente de *errores in procedendo*” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 422).

⁶²⁰ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 163

⁶²¹ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 127.

⁶²² Em outras hipóteses que não essas, a sentença arbitral terá caráter meramente terminativo e não estará coberta pelo manto da coisa julgada. É o que ocorrerá, por exemplo, quando houver a arguição de vícios da convenção de arbitragem como questão preliminar de mérito ou, ainda, quando o árbitro analisar *ex officio* a higidez da

dá quando o escrutínio da regularidade da convenção de arbitragem está previsto como parte do mérito a ser resolvido no âmbito do procedimento arbitral, o que deve constar da convenção ou do termo de arbitragem. A segunda hipótese ocorre quando uma das partes formula pedido expresso para que os árbitros decidam a respeito da sua própria jurisdição de forma definitiva.

Nesses casos específicos, uma vez proferida a sentença arbitral, perquirir sobre a higidez da convenção de arbitragem implicará necessariamente em rever a substância da decisão do árbitro. Isso porque, como explica Rafael Francisco Alves, caberá ao Poder Judiciário “controlar a decisão dos árbitros, particularmente no que diz respeito à aplicação das normas referentes à existência e à nulidade dos negócios jurídicos de maneira geral”⁶²³.

O controle judicial, nesses casos, deve ocorrer com base nos artigos 20, §2º, 32, I, e 33, todos da Lei de Arbitragem. O primeiro artigo preconiza que, não sendo acolhido o vício arguido com relação à convenção de arbitragem (portanto havendo reconhecimento pelo árbitro de sua jurisdição), terá prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo do controle posterior, por meio da ação anulatória prevista no artigo 33. A hipótese que fundamentará o ataque à sentença arbitral, nesses casos, será a invalidade da convenção de arbitragem, causa de nulidade da sentença arbitral expressamente prevista no artigo 32, I, da Lei nº. 9.307/1996.

Indiscutível, portanto, que em uma arbitragem na qual a higidez ou não da convenção de arbitragem integre o mérito da disputa (não sendo analisada apenas como questão preliminar), o controle judicial a ser realizado com base no sobredito artigo 32, I, implicará necessariamente em uma revisão da substância da decisão arbitral, ao menos no que toca às questões relativas à higidez da convenção de arbitragem.

Nesse particular, se as circunstâncias do caso permitirem à parte que busca a anulação da sentença arbitral por vício da convenção de arbitragem requerer, também, o julgamento do mérito dessa questão pelo Poder Judiciário, haverá na ação anulatória juízos similares ao rescindente (desconstituição) e rescisório (rejulgamento) na ação rescisória de sentença judicial,

convenção de arbitragem, também em caráter preliminar (*incidenter tantum*), o que, vale dizer, lhe é dado fazer não apenas com base no artigo 8º da Lei nº. 9.307/1996, como também pelo artigo 168 do Código Civil, o qual preconiza que “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

⁶²³ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 165.

na medida em que o mérito da sentença arbitral com relação à higidez da convenção de arbitragem será não apenas revisto, como também alterado por decisão judicial⁶²⁴.

Fica estabelecido, pois, que além do controle de erros *in procedendo* a ser realizado como regra geral com base nas hipóteses previstas no artigo 32 da Lei nº. 9.307/1996, também é possível, no caso específico do inciso I desse artigo, que haja um controle de *erro in judicando*, o que ocorrerá sempre que a análise da higidez da convenção de arbitragem integrar o mérito da disputa arbitral.

4.5.2 IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DA DECISÃO ARBITRAL QUE RECONHECE A AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO SOBRE A DISPUTA

Outra hipótese que merece destaque no que toca ao controle judicial posterior da decisão arbitral sobre sua própria jurisdição, se verifica quando o árbitro, ao invés de reconhecer sua jurisdição e prosseguir com a análise do mérito da disputa, reconhece que não possui jurisdição sobre a matéria.

A pergunta que se faz nesse sentido é: podem as partes buscar a anulação da decisão do árbitro que declina de sua jurisdição e, com isso, provocar que haja novo procedimento arbitral, ou uma vez reconhecida na via arbitral a inexistência de jurisdição ambas as partes perdem o direito de recorrer à arbitragem? Dito de outra forma, quando o árbitro recusa sua jurisdição, é possível revisar essa decisão e, em o fazendo, compelir a realização de nova arbitragem?

No direito estrangeiro, como dá conta Antonias Dimolitsa, há ordenamentos que admitem essa possibilidade mediante previsão legal expressa (*e.g.*, Suíça, Inglaterra, Bélgica e Suécia) ou possuem construção jurisprudencial no sentido de permiti-la (*e.g.*, França), ao passo que há outros ordenamentos que rejeitam a possibilidade de revisão judicial da decisão arbitral que declina de sua jurisdição (*e.g.*, países que adotaram o artigo 16(3) da Lei Modelo da UNCITRAL, além de Holanda e Alemanha)⁶²⁵.

No Brasil, a análise do arcabouço legislativo aplicável leva à conclusão peremptória de que, uma vez reconhecida na via arbitral a ausência de jurisdição do árbitro, a controvérsia terá de ser resolvida pelo Poder Judiciário, não cabendo ação anulatória para controlar a decisão

⁶²⁴ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 252.

⁶²⁵ DIMOLITSA, Antonias. **Separability and Kompetenz-Kompetenz**, *Op. Cit.*, p. 332-333.

negativa do árbitro sobre sua própria jurisdição, tampouco novo exame da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário para compelir a realização de arbitragem.

Essa conclusão decorre da análise dos artigos 20, § 1º, e 32, I e IV da Lei de Arbitragem. O primeiro dispositivo determina que, quando o árbitro reconhece sua ausência de jurisdição ou acolhe alegação de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, “serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa”.

Trata-se de previsão cuja literalidade deixa pouco espaço para dúvidas, o que fica ainda mais claro quando se observa o parágrafo subsequente do mesmo artigo, o qual, como já se viu no tópico antecedente, disciplina a hipótese da decisão arbitral que reconhece sua própria jurisdição. Ao passo que o §2º do artigo 20 confere expressamente o direito de revisão judicial da decisão arbitral que reconhece sua jurisdição (decisão positiva), o § 1º do mesmo artigo afirma que, em se tratando de decisão negativa, caberá ao Poder Judiciário julgar a causa.

Não nos parece, pois, haver margem para argumentar que caberia o ajuizamento de ação anulatória em face da decisão arbitral que reconhece a ausência de jurisdição do árbitro⁶²⁶, especialmente porque essa ação não encontraria fundamento em nenhuma das hipóteses do rol taxativo do artigo 32 da Lei nº. 9.307/1996.

As únicas hipóteses do artigo 32 que envolvem vícios relacionados à jurisdição do árbitro, e que, portanto, poderiam fundamentar a pretensão anulatória nesse caso, são os incisos I e IV do artigo 32 da Lei de Arbitragem, os quais preveem, respectivamente, a nulidade da sentença arbitral quando “for nula a convenção de arbitragem” e quando “for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”.

Da análise desses dispositivos nos parece forçoso concluir que, em nenhum deles, poderia se encaixar a decisão do árbitro recusando sua jurisdição sobre a disputa, na medida em que, como pondera André Luís Quintas Monteiro, essas hipóteses legais pressupõem uma decisão arbitral positiva:

“Em outras palavras, os incisos do art. 32 da Lei de Arbitragem, ao disporem sobre as causas que podem fundamentar a ação de anulação, *pressupõem uma decisão arbitral positiva*, ou seja, uma decisão dos árbitros reconhecendo jurisdição sobre a causa. Isso afasta a possibilidade de ajuizamento da ação de anulação contra o pronunciamento

⁶²⁶ No mesmo sentido: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**. *Op. cit.*, p. 237; MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**. *Op. cit.*, p. 257-258; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 159-170.

em que os árbitros tenham reconhecido a ausência de jurisdição sobre a causa (decisão negativa)⁶²⁷.

Além de não caber o ajuizamento de ação anulatória, também é necessário pontuar que, em havendo decisão negativa do árbitro sobre sua própria jurisdição, descabe o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da existência de convenção de arbitragem. A propósito, Carlos Alberto Carmona destaca que:

“A decisão tomada pelo árbitro evita qualquer conflito negativo de competência, de sorte que o juiz togado, ao receber a causa, mesmo entendendo que a decisão do árbitro esteja equivocada, não pode determinar a este – que já decidiu sobre sua falta de competência – o compulsório julgamento da controvérsia. Em resumo: decretada pelo árbitro sua falta de competência, tal decisão não comportará revisão ou reversão, e o juiz togado deverá decidir a causa, sem reenviar as partes à arbitragem (ainda que constate erro na decisão do árbitro). (...). A decisão de acolhimento da exceção – qualquer uma delas – com a extinção do processo arbitral, não está sujeita a revisão judicial. A deliberação do árbitro, certa ou errada, é definitiva e não comportará reexame, de maneira que, findo o processo arbitral, ficam as partes livres para proporem eventual demanda perante o juiz togado”⁶²⁸.

Nesse ponto, há de destacar que a conclusão atingida com relação à impossibilidade de revisão judicial da decisão arbitral negativa de jurisdição independe de essa decisão ter sido proferida em sentença de mérito ou em sentença terminativa.

A questão, que suscita relevantes embates sobre a possibilidade de sentenças terminativas serem acobertadas pela coisa julgada material no direito brasileiro, foi diretamente impactada pelo artigo 486, §1º, do CPC/15, cuja redação, segundo Renato Resende Beneduzi, “parece sugerir ter o legislador brasileiro aceitado a tese segundo a qual também sentenças terminativas são atingidas pela imutabilidade decorrente da coisa julgada material”⁶²⁹.

O aludido artigo dispõe que:

“Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito”.

Como se observa, o dispositivo em questão impede a repositura de demanda judicial caso o Poder Judiciário tenha acolhido a exceção de arbitragem prevista no artigo 485, VII, do

⁶²⁷ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 237.

⁶²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 286-287. No mesmo sentido: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 238-246.

⁶²⁹ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 300-301.

CPC/15, salvo se houver a correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução de mérito, reconhecendo claramente os efeitos extraprocessuais dessa decisão terminativa.

Sem a pretensão de adentrar profundamente a discussão da atribuição de efeitos extraprocessuais à sentença terminativa⁶³⁰, o fato é que, em sendo a sentença arbitral equiparável à sentença judicial por previsão expressa do artigo 31 da Lei de Arbitragem⁶³¹, os efeitos previstos no sobretranscrito §1º do artigo 486 do CPC/15 se aplicam àquela sentença arbitral que, mesmo terminativa, reconheça a ausência de jurisdição do árbitro. Há, portanto, como conclui André Luís Quintas Monteiro, a aplicação, também à sentença arbitral terminativa, do efeito extraprocessual mencionado pelo § 1º, do artigo 486 do CPC/15⁶³².

Resta claro, assim, que seja a decisão arbitral negativa de jurisdição consubstanciada em uma sentença de mérito ou em uma sentença terminativa, sua reanálise pelo Poder Judiciário restará impossibilitada em ambos os casos.

Ressalve-se, por fim, que não há qualquer óbice a que o árbitro, reconhecendo sua ausência de jurisdição sobre a disputa, declare-a em sentença, justamente por conta da regra da competência-competência, a qual confere ao árbitro poderes para decidir sobre sua própria jurisdição, seja no sentido de confirmá-la, seja no sentido de rejeitá-la⁶³³.

⁶³⁰ Sendo que, nesse sentido, faz-se referência à profunda análise conduzida por André Luís Quintas Monteiro: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 238-246.

⁶³¹ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

⁶³² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 244.

⁶³³ Nesse sentido: MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 258; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 166-167.

5. O CONTROLE JUDICIAL DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL COMO EXCEÇÃO POSSÍVEL À REGRA GERAL NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL PREMATURO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL: A FLEXIBILIZAÇÃO DA PRIORIDADE EM FAVOR DO ÁRBITRO E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO IDEAL ENTRE EFICÁCIA E LEGITIMAÇÃO DA ARBITRAGEM

A arbitragem, enquanto justiça privada, enfrenta o grande paradoxo de necessitar da cooperação da mesma autoridade pública da qual busca se desvincular⁶³⁴.

Afinal, não há dúvida de que a arbitragem só poderá funcionar bem se não sofrer interferências por parte do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que dele necessitará para funcionar bem⁶³⁵. A arbitragem, pois, “existe às sombras da coerção pública”⁶³⁶.

Nesse sentido, é imprescindível que o relacionamento entre arbitragem e Poder Judiciário seja bem gerido. Caso contrário, como bem adverte Carlos Alberto Carmona, pode-se pôr a perder a atividade arbitral⁶³⁷.

Não por outra razão, ao tratar da relação entre arbitragem e poder judiciário, a doutrina costumeiramente emprega termos como “auxílio”, “cooperação”, “parceria”, “colaboração” ou “coordenação”.

Todos esses termos, não é difícil perceber, possuem o mesmo racional subjacente, qual seja o ideal de preservação do objetivo maior, seja da arbitragem, seja do Poder Judiciário, que é a concessão da tutela jurisdicional eficaz⁶³⁸⁻⁶³⁹. A propósito:

⁶³⁴ Nas palavras de Jan Paulsson: “The great paradox of arbitration is that it seeks cooperation of the very public authorities from which it wants to free itself” (PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**, *Op. Cit.*, p. 30).

⁶³⁵ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 36.

⁶³⁶ PARK, William W. **The arbitrability dicta in First Options v. Kaplan**, *Op. Cit.*, p. 142-165.

⁶³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Das boas relações entre os juízes e os árbitros**, *Op. Cit.*, p. 17.

⁶³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Das boas relações entre os juízes e os árbitros**, *Op. Cit.*, p. 18.

⁶³⁹ Ao tratar do tema, Adriana Braghetta afirma que seria “difícil imaginar, a eficiência do método sem a adequada colaboração bem como controle, em última instância, do Judiciário” o qual “exerce não só um controle do laudo, mas também uma colaboração fundamental à operacionalização da arbitragem, em diversos momentos do procedimento: quando remete as partes à arbitragem em face da existência de cláusula compromissória, quando ajuda na tomada de provas, quando decide sobre questões pré-arbitrais, quando empresta *coercio* às medidas urgentes deferidas pelos árbitros, dentre outros” (BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 11). Relevante, também, a ponderação de Paulo Issamu Nagao: “a sintonia entre as esferas do Poder Judiciário e da arbitragem será fator decisivo para a pacificação social e a implementação de resultado alvissareiro na composição de conflitos tencionada através da escolha do referido meio alternativo, vez que ambos os canais voltam-se para o escopo comum na realização do amplo conceito da garantia de acesso à justiça” (NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial da sentença arbitral**, *Op. Cit.*, p. 200-201).

“O processo arbitral, assim como o processo estatal, deve ser efetivo, capaz de atribuir ao titular do direito aquilo que ele tenha o direito de obter. E essa efetividade, ou seja, essa aptidão para obter resultados úteis, depende da atuação, em alguns momentos, do Poder Judiciário”⁶⁴⁰.

Nesse esteio, Redfern e Hunter descrevem a interação entre arbitragem e Poder Judiciário como uma relação de “alternância entre coabitação forçada e parceria verdadeira”⁶⁴¹ e se valem da expressão de Lord Mustill para metaforizá-la como uma “corrida de bastões”⁶⁴².

Ao analisar a metáfora a fundo, para melhor explicá-la, João Luiz Lessa Neto sumariza:

“Na corrida de bastão, os atletas têm de atuar de modo conjunto, cada um por sua vez, passando o bastão ao próximo para que possam chegar ao final da corrida. Ao contrário da maior parte das corridas, a corrida de bastão é de equipe. Na corrida com bastão não é suficiente que um dos atletas corra muito. Cada atleta corre só no seu momento designado, apenas o atleta que tem o bastão é que corre. No momento que o bastão é passado, o atleta que corria anteriormente, deixa de correr. O momento de maior tensão é justamente quando acaba a corrida de um atleta para começar a de outro: é o momento da troca do bastão”.⁶⁴³

De todas essas lições, decorre a ideia central de que a relação entre arbitragem e Poder Judiciário, nas suas mais diversas formas, deve assumir contornos de coordenação (e não de subordinação) e visar à eficácia da prestação jurisdicional e ao resultado útil do processo.

Essa ideia é especialmente importante para o controle prematuro da atividade do árbitro pelo Poder Judiciário, objeto precípua deste capítulo, uma vez que, embora fuja de certa forma desse caráter de coordenação, até mesmo por se tratar de uma medida de controle, deve ser conduzida com todo o cuidado e equilíbrio, para que se evite excessos indesejáveis.

Justamente por isso, faz-se premente buscar o equilíbrio ideal entre a eficácia da arbitragem e sua legitimação. Em outras palavras, é preciso balancear, de um lado, a necessidade de que a arbitragem se desenvolva de forma autônoma em relação ao Poder

⁶⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre Arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. II, n. 6, p. 19, 2016. Trimestral.

⁶⁴¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 415, tradução nossa.

⁶⁴² Cujas palavras são exploradas por Blackaby, Partasides, Redfern e Hunter: “If there is a partnership between arbitrators and the national courts, it is one in which each has a different role to play at different times. The relationship between courts and arbitrators has been compared by a former senior English judge, Lord Mustill, to a relay race: Ideally, the handling of arbitral disputes should resemble a relay race. In the initial stages, before the arbitrators are seized of the dispute, the baton is in the grasp of the court; for at that stage there is no other organisation which could take steps to prevent the arbitration agreement from being ineffectual. When the arbitrators take charge they take over the baton and retain it until they have made an award. At this point, having no longer a function to fulfil, the arbitrators hand back the baton so that the court can in case of need lend its coercive powers to the enforcement of the award.” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 415).

⁶⁴³ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 36.

Judiciário, e, de outro, evitar o risco de compelir as partes a arbitrarem questões com as quais jamais tenham concordado em arbitrar⁶⁴⁴. É preciso, pois, encontrar “um meio-termo entre o hiperarbitralismo e o hiperestatismo”⁶⁴⁵.

A existência de distintos modelos de competência-competência é um reflexo preciso do fato de que cada ordenamento fez a opção que entendeu adequada para tentar atingir esse equilíbrio. Alguns ordenamentos, no exercício desse sopesamento, optaram por privilegiar em maior medida a eficácia da arbitragem e, com isso, tolerar eventuais riscos à sua legitimação. Outros, por seu turno, entenderam ser mais importante garantir a legitimação da arbitragem, ainda que para isso seja necessário relativizar em alguma medida a eficácia do instituto.

Poucos temas ensejam um debate mais estimulante do que a interação entre Poder Judiciário e árbitro na determinação da jurisdição deste⁶⁴⁶. Essa questão, sobre a qual buscaremos tratar neste capítulo, perpassa necessariamente pela discussão sobre a relativização da regra da competência-competência, ou, mais precisamente, da flexibilização da regra de prioridade em favor do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição.

O tema vem sendo amplamente debatido pela doutrina, que parece convergir sobre a possibilidade de se flexibilizar a regra da competência-competência, embora divirja no que toca aos termos em que essa flexibilização deve ser aceita⁶⁴⁷.

A propósito, é precisa a ponderação de Jan Paulsson no sentido de que é necessário buscar o equilíbrio ora aludido, especialmente porque favorecer a eficácia da arbitragem não pode significar hipertrofiá-la a qualquer custo⁶⁴⁸, sob pena inclusive de, com isso, prejudicar sua própria legitimação. Nas palavras do autor:

“The need to strike a balance is inherent in the co-existence of judicial and arbitral authority. They may overlap, and thus either contradict or complement each other at various stages of a dispute. To favour arbitration does not mean instinctive

⁶⁴⁴ BERMANN, George A. **The Gateway Problem in International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 6-7.

⁶⁴⁵ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 291.

⁶⁴⁶ Como bem pondera William Park, em paradigmático artigo sobre o tema à luz do direito norte-americano (PARK, William W. **Determining an Arbitrator's Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 135).

⁶⁴⁷ Nesse sentido, Rafael Francisco Alves pondera que “o problema não parecer ser a relativização da competência-competência em si mesma, já que praticamente todos os autores aqui analisados a admite, de alguma forma. A questão é saber até que ponto o Poder Judiciário pode interferir previamente na competência dos árbitros” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 53).

⁶⁴⁸ Nesse ponto, merece relevo também a posição de William Park, para quem: “If courts may defer to arbitrators on jurisdictional matters, intellectual sloppiness (or a desire to clear dockets) might lead judges to accept mere contract recitals rather than to engage in rigorous inquiry into what the parties really meant” (PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 63).

endorsement of would-be arbitrants, would-be arbitrators, or would-be arbitral institutions. Nor does it imply hostility to courts or state authority. To favour arbitration is to make it work for parties who have consented to it; to impose it at all costs would ultimately undermine its legitimacy”.⁶⁴⁹

Na mesma linha, Cândido Rangel Dinamarco assevera que:

“(…) o poder de apreciação pelos árbitros não chega ao ponto de subtrair radicalmente aos juízes togados a competência para avaliar os casos em que não possa sequer haver dúvida séria e razoável sobre a cláusula (dupla interpretação), suas limitações, suas ressalvas, sob pena de abrir escâncaras à indiscriminada subtração dos litígios à apreciação pelo juiz natural”⁶⁵⁰.

Vale colacionar, ainda, a ponderação de Renato Resende Beneduzi:

“A boa vontade com que o Poder Judiciário *deve* encarar a aparente vontade das partes de submeter a solução de um litígio à arbitragem não deve confundir-se, em outras palavras, com um absenteísmo absoluto, que nega sua própria missão constitucional de tutelar não apenas a lesão, mas também a ameaça de lesão a direito. Constranger alguém, sem exceções, a aventurar-se em uma arbitragem flagrantemente ilegal (com a insuportável insegurança jurídica e dispêndio de tempo e dinheiro que daí decorrem) para apenas depois lhe permitir impugnar a sua constituição é uma violência que não se pode admitir”⁶⁵¹.

Ao tratar do tema, Lucas Britto Mejias estabelece um interessante panorama sobre as razões pelas quais se faz necessário, em determinados casos, flexibilizar a regra de prioridade do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição.

Para o autor, embora haja razões que justifiquem que se estabeleça uma presunção de regularidade da atividade do árbitro e, com isso, lhe seja atribuída prioridade para decidir questões relacionadas à sua jurisdição, especialmente nas disputas comerciais para cuja resolução a arbitragem foi originalmente concebida, o fato é que há situações em que essa presunção passa a ser tornar injustificada. Nesse contexto, afirma o monografista que:

“permitir-se a aplicação absoluta do *Kompetenz-Kompetenz* em cenários diversos dos originalmente pensados, ou ainda diante de manifestas irregularidades relacionadas à jurisdição ou competência do árbitro, acabará por tornar a arbitragem um mecanismo inseguro e obsoleto para a justa composição de litígios”⁶⁵².

Nessa mesma linha, diversos outros autores entendem que a competência-competência e, especialmente, a prioridade do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, não podem ser aplicadas de forma absoluta⁶⁵³, sob pena inclusive de gerar uma reação negativa por parte

⁶⁴⁹ PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**, *Op. Cit.*, p. 52.

⁶⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, *Op. Cit.*, p. 39.

⁶⁵¹ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 291.

⁶⁵² MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 112.

⁶⁵³ Nesse sentido: “Personally, we have some difficulty to accept the thesis that the arbitrator must **always** decide his own jurisdiction in lieu of a court and that parties must always agree to wait until after the award before they can try to overturn the arbitrators’ jurisdictional decision”. There are certain issues that the arbitrator can deal with

do Poder Legislativo no sentido de combater essa indevida hipertrofia, o que paradoxalmente prejudicaria o próprio propósito de promoção da arbitragem⁶⁵⁴.

A questão pode, ademais, ser verificada sobre outro prisma, o qual não envolve propriamente a busca pelo equilíbrio entre eficácia e legitimidade arbitrais, mas sim a contraposição entre, de um lado, a economia de meios (tempo e dinheiro) e, de outro, o intuito de se evitar medidas protelatórias.

A defesa do primeiro racional tem por base o fato de que, se cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre as questões jurisdicionais, não haveria porque restringir que o fizesse de plano. A defesa do segundo, por seu turno, advém da ideia de que uma revisão profunda da convenção de arbitragem já em estágio inicial da disputa pode ocasionar uma indesejável demora para a resolução da questão e, bem assim, servir aos interesses de partes recalcitrantes com mero intuito protelatório.

Embora seja premente coibir medidas procrastinatórias que tenham por objetivo minar a boa condução do procedimento arbitral, é preciso que também se compreenda que o cenário da arbitragem no Brasil sofreu intensas mudanças que devem ser levadas em consideração. Nesse sentido, Renato Resende Beneduzi tece interessante ponderação:

“com o desenvolvimento da arbitragem, elevam-se exponencialmente o número de litígios submetidos a ela e, conseqüentemente, também o número de câmaras e de árbitros. Não existem mecanismos seguros para atestar a qualidade e a seriedade de todos eles. Em certos casos, a radical prioridade temporal do árbitro, além de contraproducente em termos de tempo e dinheiro, pode também se transformar em um instrumento de abusos e fonte de graves arbitrariedades”⁶⁵⁵.

E o autor vai além para chamar atenção para uma questão que, muitas vezes, passa totalmente despercebida por aqueles que promovem uma exacerbação da prevalência da prioridade do árbitro em relação ao juiz togado para determinar sua jurisdição.

expeditiously because they do not raise questions of major principles or public policy issues, but there are, in our view, other issues that should better be left to a court for a decision”. (JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 521). Na mesma linha: “However, it is obvious that such priority cannot be absolute, since otherwise a party raising a defence based in an arbitration clause would indefinitely block court proceedings without the arbitral tribunal being bound to rule on its jurisdiction” (POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 387). Além destes, ver também: WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**, *Op. Cit.*, p. 65; GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**, *Op. Cit.*, p. 105; DA SILVA, Eduardo Silva. GUERRERO, Luis Fernando. NUNES, Thiago Marinho. **Regras da arbitragem brasileira**, *Op. Cit.*, p. 34.

⁶⁵⁴ PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**, *Op. Cit.*, p. 56.

⁶⁵⁵ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 293.

Trata-se do fato de que, da mesma forma que se pode utilizar o Poder Judiciário para protelar a regular instauração da arbitragem, a hipertrofia desmedida dos poderes do árbitro para determinar sua própria jurisdição também pode impedir uma parte de legitimamente buscar os seus direitos perante o Poder Judiciário:

“Age maliciosamente, com efeito, a parte que vai ao Poder Judiciário quando sabe que o litígio deve ser julgado mediante arbitragem, mas age de modo igualmente malicioso (e reprovável) quem pede a instauração de uma arbitragem quando sabe que o litígio deve ser julgado pelo Poder Judiciário. Manobras procrastinatórias podem ser tentadas nos dois sentidos, em outras palavras, e não apenas contra a arbitragem, com o objetivo de atrasar o julgamento do litígio por quem deve julgá-lo (juiz estatal ou árbitro, conforme o caso)”⁶⁵⁶.

Assim é que se “por um lado, a arbitragem não pode ser desprestigiada com a utilização do Judiciário como instrumento para contaminar a sua dinâmica, de outro lado não se pode ficar refém do Juízo Arbitral em casos cuja solução neste ambiente está, sem dúvida, totalmente comprometida por vícios insuperáveis”⁶⁵⁷. Afinal, é totalmente:

“ineficiente que o Judiciário ignore uma já antevista inconsistência na jurisdição arbitral e promova a instituição da arbitragem para que, após todo o seu desenvolvimento, decida o que já poderia ter afirmado lá atrás: essa arbitragem não deveria sequer ter sido iniciada. Tal conduta é contrária à celeridade exigida de qualquer mecanismo adjudicatório (especialmente da arbitragem) e encarece a solução do conflito, sem qualquer ganho sob o ângulo da qualidade do controle, já que a inconsistência da jurisdição arbitral é de cara constatada”⁶⁵⁸.

Todos esses entendimentos e os diversos raciocínios e argumentos neles consubstanciados apontam para o fato de que não apenas é possível, como também efetivamente necessário que, em determinados casos e sempre tendo vista a excepcionalidade da medida, seja relativizada a regra da competência-competência, ou seja, flexibilizada a regra de prioridade em favor do árbitro para definir questões afetas à sua própria jurisdição.

Os contornos dessa proposição serão expostos nos próximos subcapítulos.

⁶⁵⁶ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 299.

⁶⁵⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 108.

⁶⁵⁸ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 217.

5.2 CRITÉRIO PARA O CONTROLE PREMATURO DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO PELO PODER JUDICIÁRIO: PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO PROCESSUAL (COGNIÇÃO SUMÁRIA) SOBRE O CRITÉRIO MATERIAL (GRAVIDADE DO VÍCIO)

O ponto de partida para a análise do controle prematuro da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário é o estudo do critério que deve ser utilizado pelo juiz togado para esse propósito.

Existem, em suma, duas posições, sendo a primeira a que se fundamenta em um critério de direito material e a segunda a que propugna a utilização de um critério de direito processual.

Em resumo, o critério de direito material se baseia na gravidade do vício que acometa a convenção de arbitragem, de modo que uma decisão judicial sobre a matéria somente poderia preceder a decisão arbitral em se tratando de vícios gravíssimos e manifestos.

Por seu turno, o critério de direito processual é baseado na profundidade da cognição que pode ser realizada pelo juiz togado para a aferição prematura desse vício, de maneira que somente se admite o reconhecimento daqueles vícios aferíveis de plano, mediante uma análise *prima facie*, sem necessidade de dilação probatória. É este o critério que, ao nosso ver, deve prevalecer, pelas razões que se passa a esmiuçar.

Ao estudar a questão sob a perspectiva do critério de direito material, a doutrina afirma que a convenção de arbitragem somente pode ser analisada pelo Poder Judiciário antes do árbitro “em casos excepcionalíssimos nos quais o seu vício seja patente”⁶⁵⁹, quando estiver envolvido “manifesto vício de nulidade” ou “questões efetivamente teratológicas”⁶⁶⁰, quando se estiver diante de “nulidade ostensiva ou manifesta”⁶⁶¹, ou, ainda, quando se tratar de “situações aberrantes, totalmente fora do ordinário e que não comportam qualquer dúvida razoável”⁶⁶².

O que se pode tirar de comum de todas essas proposições é que, apesar de terem como objetivo claro limitar ao máximo as hipóteses de intervenção judicial prematura na arbitragem, o fato é que não convergem para a formação de um critério que possa ser objetivamente

⁶⁵⁹ COELHO, Eleonora. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 334.

⁶⁶⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 135-140.

⁶⁶¹ WALD, Arnaldo. **A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado**, *Op. Cit.*, p. 518.

⁶⁶² FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303.

estabelecido, tampouco encontram fundamento em uma diferenciação que tenha de alguma forma sido instituída pelo legislador.

Talvez por essa razão, a maioria dos autores acima citados não chega a propor textualmente que se deve adotar um critério de direito material em detrimento de um critério de direito processual.

Ao contrário disso, o propósito desses autores parece ser mais o de fortalecer a prioridade estabelecida em favor do árbitro do que propriamente o de estabelecer, do ponto de vista jurídico-científico, um critério de direito material como sendo o mais adequado para a análise prematura da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário.

Prova disso é que muitos desses autores também fazem indistinta referência ao critério de direito processual (cognição sumária) quando tratam da possibilidade de relativização da regra da competência-competência.

Nesse sentido, ao analisar a possibilidade de se adotar um critério de direito material para definição da possibilidade de intervenção judicial prematura na arbitragem, Rafael Francisco Alves afirma que “qualquer tentativa de encontrar as categorias de vícios que permitiriam a relativização do princípio da competência-competência está, de antemão, fadada ao insucesso” sobretudo porque “não há como distinguir onde o próprio legislador não distinguiu”⁶⁶³.

Destarte, diante de todo esse contexto, nos parece que deve prevalecer o critério de direito processual⁶⁶⁴, cujos contornos serão melhor estudados na sequência, especialmente porque há uma enorme dificuldade em se atingir um consenso ou ao menos uma uniformidade mínima com relação a quais tipos de vício, do ponto de vista do direito material, poderiam ensejar a análise judicial prematura da jurisdição do árbitro.

Destaca-se, ademais, que ainda que isso fosse possível, uma diferenciação baseada em um critério de direito material não atinge o propósito almejado pela flexibilização da regra da competência-competência, a qual tem como um de seus objetivos precípuos evitar a necessidade de instauração de um procedimento arbitral para verificar a existência de um vício

⁶⁶³ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 188.

⁶⁶⁴ No mesmo sentido: BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 291.

de jurisdição que já pode ser aferido de antemão pelo Poder Judiciário, independentemente de sua gravidade.

Dessa forma, tem-se que o racional da relativização da regra de prioridade em favor do árbitro não é e não deve ser apenas o de afastar a arbitragem em casos de “vícios gravíssimos” e sim diante da existência de qualquer vício, mais ou menos grave, desde que esse vício possa ser constatado de plano⁶⁶⁵.

Fixada essa premissa e descartado, portanto, o critério de direito material, importa analisar com detença os contornos do critério de direito processual, qual seja, a possibilidade de aferição do vício em sede de cognição sumária.

Kazuo Watanabe ensina que a cognição poder ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, como cognição exauriente (completa) e cognição sumária (incompleta), sendo que a cognição sumária é “uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”⁶⁶⁶.

Com esteio na lição do autor, José Aurélio de Araújo afirma que, no aspecto vertical, a cognição se diferencia entre exaustiva e sumária “considerando a profundidade probatória permitida ou possível ao juiz” o qual “sofre as mais diversas restrições impostas pela lei ou pela própria realidade natural”⁶⁶⁷.

No campo da arbitragem, para os fins específicos da análise prematura da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário, tem-se que apenas podem ser conhecidos aqueles vícios aferíveis “*prima facie*, de modo flagrante, *ictu oculi*, independentemente da produção de qualquer dilação probatória”^{668_669}.

⁶⁶⁵ Nesse sentido, Lucas Britto Mejias bem pontua que “vício facilmente verificável (e, portanto, evidente, manifesto, aberrante) não é necessariamente um vício grave, mas sum que dispensa maiores investigações fáticas” (MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 114-115).

⁶⁶⁶ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 146.

⁶⁶⁷ ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 148.

⁶⁶⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303.

⁶⁶⁹ Em sentido contrário, colhe-se o entendimento de Stavros Brekoulakis, em artigo bastante crítico ao efeito negativo da competência-competência, no qual o autor defende que não basta uma intervenção limitada em termos cognitivos, devendo se viabilizar uma revisão completa e profunda (*full review*) de questões afetas à jurisdição do árbitro: “The requirement of *prima facie* validity may often prove in practice an insufficient criterion for the national courts to review arbitration agreements. For example, how could national courts determine an arbitration agreement *prima facie* valid in the context of a “group of companies” dispute, where typically the name of the non-signatory party would not even feature neither on the main contract or the arbitration agreement? Or in the context of an assignment of an arbitration agreement, where the names of the assignee and the original counterparty of the assignor would not feature in the same arbitration agreement? Or in the case of incorporation of an arbitration

E essa análise, vale dizer, por ser excepcional, deve ocorrer em caráter “circunstancial, ou seja, dependerá do quanto apresentado na hipótese submetida a exame” devendo-se perquirir se “diante de uma anomalia evidente, detectada *primo ictu oculi*, há que se admitir a avaliação prévia (ou concomitante) do vício pelo Judiciário, permitindo-se-lhe até mesmo, se o caso, seguir à apreciação do mérito do conflito”⁶⁷⁰.

Deve se tratar, portanto, de uma “situação *patente à primeira vista*” havendo que se demonstrar “a alegação de improcedência da sujeição ao rito arbitral com dados e elementos evidentes e convincentes a uma *simples mirada*” de maneira que “estamos no campo de uma *verossimilhança soberana*”⁶⁷¹.

Em outras palavras, é o caso de vício “reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame”⁶⁷² em “mero *juízo deliberativo*, no qual o juiz avaliará a viabilidade da competência do órgão arbitral e a consequente exclusão da jurisdição estatal”⁶⁷³.

Os critérios em comum citados pela doutrina são, pois, a possibilidade de cognição sumária e a desnecessidade de dilação probatória, o que permite concluir que, como destaca Andre Luís Quintas Monteiro:

“o Poder Judiciário brasileiro apenas poderá conhecer de vícios manifestos da convenção de arbitragem, a partir de mera cognição sumária (*prima facie review*) e com base apenas nas provas documentais trazidas pelas partes na petição inicial, contestação, réplica e tréplica à questão”⁶⁷⁴.

agreement by reference? Or in the case where an arbitration agreement is found in the same contract with a conflicting jurisdiction agreement? In all the above cases, the fundamental issue of consent to arbitrate is clearly in dispute. It would be normally very difficult - if not impossible - for national courts to ascertain validity at a *prima facie* level in the course of a cursory examination of the factual circumstances of the particular case. A full review would be required here to identify evidence of consent. Thus, it is surprising to see that there have been cases where national courts have held arbitration agreements of the above examples as *prima facie* valid, by implicit or explicit reference to the negative effect of *compétence-compétence*. This might set an unjustifiable practice where national courts after a superficial examination would refer the issue of the validity of an arbitration agreement to the exclusive jurisdiction of a tribunal, as long as one party invokes the magic password “arbitration.” (BREKOULAKIS, Stavros. **The Negative Effect of *Compétence-Compétence***, *Op. Cit.*, p. 14-15).

⁶⁷⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 108.

⁶⁷¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo. LEMES, Selma Maria Ferreira (coords.). **Arbitragem Comercial e Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

⁶⁷² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 177.

⁶⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, *Op. Cit.*, p. 74, grifos no original.

⁶⁷⁴ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

É a utilização desse critério de direito processual, o qual impõe clara limitação em termos de profundidade cognitiva e dilação probatória, que deve permear a excepcional flexibilização da regra da competência-competência no direito brasileiro.

5.3 MOMENTO PARA O CONTROLE DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO PELO PODER JUDICIÁRIO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Como se viu no subcapítulo 4.5 acima, a regra geral no Brasil é que as objeções à jurisdição estatal sejam decididas pelo árbitro, devendo ser arguidas na primeira oportunidade possível após a instauração da arbitragem, como manda o artigo 20, *caput*, da Lei de Arbitragem⁶⁷⁵.

Sendo acolhida a objeção (portanto confirmada a falta de jurisdição pelo árbitro) haverá a extinção da arbitragem, sendo as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa (artigo 20, § 1º, da Lei de Arbitragem), não sendo cabível o ajuizamento de ação anulatória (vide item 4.5.2 acima).

Sendo rejeitada a objeção (portanto confirmada a jurisdição pelo árbitro), por outro lado, a arbitragem prosseguirá, sendo cabível, como regra, o controle posterior à sentença arbitral, em sede de ação anulatória, por disposição expressa dos artigos 20, §2º, 32, I, e 33, todos da Lei de Arbitragem (vide item 4.5.1 acima).

O objetivo do legislador ao estabelecer esse regramento base, com a prioridade em favor do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, naturalmente, é garantir que a arbitragem se desenvolva sem interferências, na maior medida possível. Trata-se, portanto, de uma medida que presa pela preservação da eficácia do instituto.

Nada obstante, como já se adiantou, é possível que, em circunstâncias específicas, o Poder Judiciário decida de forma prematura sobre a jurisdição do árbitro, desde que cuidadosamente observadas as restrições tratadas neste capítulo.

Cumprido, portanto, saber até qual momento temporal é dado ao Poder Judiciário proferir essa decisão. Trata-se, pois, de questão intrinsecamente relacionada à regra da competência-competência e ao modelo adotado pelo Brasil.

⁶⁷⁵ “Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”.

Em sendo os contornos da regra da competência-competência determinados pela lei da sede da arbitragem, nos parece que diversos critérios distintos poderiam ser adotados, a depender da escolha do legislador, para definir a extensão do lapso temporal em que o Poder Judiciário pode decidir de forma prematura sobre a jurisdição arbitral.

Em abstrato, seria possível fixar, por exemplo, que o Poder Judiciário não mais poderia decidir sobre a jurisdição do árbitro após o protocolo do pedido de instauração de arbitragem. Outro possível critério seria o momento em que o árbitro aceita o encargo. Seria possível, ainda, fixar como critério a efetiva transmissão ao árbitro dos autos do procedimento arbitral ou a assinatura do termo de arbitragem (nos procedimentos administrados por instituições que preveem essas medidas). Por fim, também seria possível estabelecer como critério o momento de prolação de uma decisão pelo árbitro sobre sua própria jurisdição.

Conceitualmente, nos parece que o momento mais adequado para que cesse a possibilidade de o Poder Judiciário decidir sobre vícios da jurisdição arbitral aferíveis *prima facie* deve ser a efetiva prolação de uma decisão, pelo árbitro, sobre sua própria jurisdição.

Para justificar essa posição, que foi a encampada pelo artigo 485, VII, do CPC/15, cumpre expor as razões pelas quais acreditamos que os demais critérios acima aludidos não se mostram suficientemente adequados.

O primeiro critério (protocolo do pedido de instauração) nos parece inadequado porque a arbitragem, como se sabe, contempla uma fase procedimental que antecede a fase postulatória, qual seja a fase de instauração, a qual tem início com o protocolo do pedido de instauração, perpassa pela constituição do tribunal arbitral e culmina com o início da fase postulatória.

Essa fase é essencial porque, na arbitragem, diferentemente do que ocorre no Poder Judiciário, faz-se necessária a tomada de providências para o estabelecimento de questões procedimentais iniciais, especialmente a indicação dos árbitros e respectiva aceitação do encargo, o que, como mostra a experiência, pode se prolongar por meses.

Isso sem falar que, no próprio curso da fase instauração, pode ser que a arbitragem deixe de prosseguir, como ocorrerá, por exemplo, se uma das partes se recusar a efetuar o pagamento dos custos de administração do procedimento e/ou dos honorários de árbitro, bem como se a instituição arbitral entender que não lhe cabe administrar o procedimento e o encerrar.

Destarte, não se afiguraria justo tampouco adequado impor a imediata extinção do processo judicial no qual estejam em discussão questões afetas à jurisdição do árbitro em razão do simples protocolo de um pedido de instauração de arbitragem.

Assim, descartado esse primeiro critério, cumpre analisar a conveniência de se eleger a efetiva instituição da arbitragem como marco temporal limite para que o Poder Judiciário decida prematuramente sobre a jurisdição arbitral.

Segundo o artigo 19 da Lei de Arbitragem “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. O critério em questão, ou seja, a aceitação do encargo pelo árbitro, nos parece mais adequado do que o anteriormente analisado (protocolo do pedido de instauração de arbitragem), mas ainda assim não se afigura, em nosso entender, o mais acertado.

Isso porque, do ponto de vista prático, sobretudo no âmbito da arbitragem institucional, o árbitro não está efetivamente apto a assumir com plenitude a sua jurisdição sobre a disputa logo após a aceitação de sua nomeação ou a confirmação dessa nomeação pela instituição arbitral, nos casos em que isso seja aplicável.

Nesse sentido, ao tratar do tema com foco nas arbitragens conduzidas perante a Corte de Arbitragem da CCI, Antonias Dimolitsa pondera criticamente que a aceitação da nomeação pelo árbitro não basta para que se possa considerá-lo dotado de jurisdição sobre a causa. Para a autora, isso ocorreria apenas e tão somente quando os árbitros efetivamente recebem os autos do procedimento arbitral, pois é partir daí que estarão efetivamente dotados de jurisdição, ou seja, aptos a proferir as decisões e conduzir o procedimento arbitral⁶⁷⁶.

Assim, com base nessa posição, o momento em que o árbitro estiver efetivamente dotado de jurisdição nos parece mais adequado enquanto critério de determinação da extinção do processo judicial sem resolução de mérito do que a simples aceitação do encargo.

Embora seja mais adequado do que os anteriormente narrados, esse último critério ainda assim nos parece insuficiente. Isso porque, embora já esteja dotado de jurisdição, portanto apto a decidir sobre vícios que eventualmente a acometam, ainda não haverá uma decisão efetiva do

⁶⁷⁶ Em suas palavras: “Indeed, in the context of ICC arbitration, the arbitrators' acceptance of their mission is materialized when they submit to the Secretariat the declaration of acceptance and statement of independence signed by them. This is clearly long before the terms of reference and also before they are actually seized of the matter. It is highly doubtful, however, that this declaration of acceptance by the members of the arbitral tribunal is truly sufficient, since the arbitral tribunal is in fact constituted only after such declaration and because it may well be that the file of the case is transmitted to the arbitral tribunal long after the moment the latter is constituted – or even that it is never transmitted at all – for the simple reason that the advance on costs requested at this stage of the proceedings has not been paid (Art. 13 of the 1998 ICC Rules). 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” (DIMOLITSA, Antonias. **Separability and Kompetenz-Kompetenz**, *Op. Cit.*, p. 244).

árbitro sobre a matéria, razão pela qual não seria razoável retirar do Poder Judiciário a possibilidade de declarar a existência de vícios aferíveis *prima facie*.

Afinal, impor que o judiciário cesse toda e qualquer análise sobre a jurisdição do árbitro, ainda que em caráter *prima facie*, antes que o árbitro, mesmo já o podendo fazer, profira uma decisão sobre sua jurisdição, vai contra a própria razão de existir da possibilidade de controle prematuro (a qual, frise-se à exaustão, somente pode ocorrer em hipóteses restritíssimas).

Ora, se a flexibilização da prioridade em favor do árbitro existe justamente para permitir que, em casos excepcionais, o Poder Judiciário decida de plano sobre a ausência de jurisdição do árbitro, tolher essa possibilidade em virtude da instauração da arbitragem (ou mesmo da transmissão dos autos do procedimento ao árbitro, dotando-o de jurisdição plena) realmente não nos parece ser o mais adequado.

A reforçar essa posição, deve-se ter em mente que, muitas vezes, o árbitro pode tardar a decidir sobre as impugnações feitas à sua jurisdição, inclusive relegando a questão para apreciação junto à sentença arbitral final, a qual pode demorar anos a ser proferida, impedindo que o Poder Judiciário analise vícios que seriam cognoscíveis desde logo.

Nesse contexto, por acreditarmos não ser o mais apropriado a extinção mandatória do processo judicial sem resolução de mérito logo após a instauração da arbitragem, nos parece ter acertado o legislador ao instituir o artigo 485, VII, do CPC.

O dispositivo em questão definiu como limite temporal para o proferimento de uma decisão judicial prematura sobre a jurisdição do árbitro a existência de uma decisão do árbitro reconhecendo sua jurisdição sobre a disputa.

Nesses casos, vale lembrar, o Poder Judiciário é obrigado a extinguir a ação judicial, não mais podendo empreender qualquer tipo de análise, ainda que dentro dos limites cognitivos já esmiuçados, pois já há decisão arbitral sobre a questão, a qual constitui pressuposto processual negativo.

A interpretação do texto legal indica que, se por um lado, o Poder Judiciário está irrestritamente obrigado a deixar de decidir quando há uma decisão positiva do árbitro, de outro, por uma interpretação a *contrario sensu*, está autorizado a decidir, dentro dos limites cognitivos aplicáveis, até que essa decisão seja efetivamente proferida.

Trata-se, aliás, como destaca Renato Resende Beneduzi, de medida que inclusive fomenta que o árbitro decida o mais rápido possível sobre a questão, privilegiando-se, assim, a efetividade da prestação jurisdicional:

“o controle *prima facie* deste requisito é possível, ademais, não apenas até a constituição do tribunal arbitral, mas até a existência de uma decisão do árbitro sobre sua própria competência, nos termos do disposto no art. 485, VII, do CPC de 2015. Assim se estimula o árbitro a decidir *logo* sobre a questão de sua competência, o que é do interesse de todos e que serve também para dissuadir a instauração maliciosa (e porque não também procrastinatória) de arbitragens quando não for este o meio adequado para a solução do litígio”⁶⁷⁷.

No mesmo sentido, ao tratar da hipótese de ajuizamento de demanda que tenha como objeto a própria regularidade da convenção de arbitragem, cujos contornos serão abordados com mais vagar no item 5.4.4 abaixo, André Luís Quintas Monteiro assevera que, para fins de aferir até qual momento o Poder Judiciário pode intervir:

“importa saber se o tribunal arbitral já proferiu decisão a respeito de sua jurisdição ou não. Caso o tribunal arbitral *ainda não tenha* proferida decisão a respeito de sua jurisdição, vale o que se disse acima, ou seja, o Poder Judiciário poderá apreciar o pedido de declaração de irregularidade do pacto arbitral, mas somente a partir de cognição sumária (*prima facie review*), com base exclusivamente nas provas documentais apresentadas pelas partes. Caso o tribunal arbitral já tenha proferida decisão a respeito de sua jurisdição, o processo judicial será extinto sem a resolução do mérito em *qualquer cenário*”⁶⁷⁸.

Assim, por todas essas razões, nos parece que o momento temporal limite para que o Poder Judiciário decida em caráter *prima facie* sobre a jurisdição arbitral deve ser a prolação, pelo árbitro, de decisão sobre sua própria jurisdição, critério esse que se afigura mais adequado do que a instauração da arbitragem mediante aceitação do encargo pelo árbitro.

5.3.1 O CABIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL SOBRE QUESTÕES JURISDICIONAIS

Como se viu acima, a decisão pelo árbitro sobre sua própria jurisdição é o marco temporal limite para que o Poder Judiciário possa promover o controle prematuro da jurisdição arbitral, o que inclusive serve de incentivo para que o árbitro profira essa decisão tanto antes quanto possível. Nesse contexto, importa analisar se é dado ao árbitro decidir sobre sua própria jurisdição por meio de sentença arbitral parcial.

O artigo 23, § 1º, da Lei nº. 9.307/1996, na redação acrescida pela Lei nº. 13.129/2015, prevê expressamente que “os árbitros poderão proferir sentenças parciais”, tendo positivado o

⁶⁷⁷ BENEDUZI, Renato Resende. **Preliminar de Arbitragem no Novo CPC**, *Op. Cit.*, p. 299.

⁶⁷⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 406, grifos no original

entendimento doutrinário já existente, especialmente após a reforma do CPC/73 pela Lei nº. 11.232/2005, a qual passou a prever a possibilidade de cisão do mérito do processo⁶⁷⁹.

As sentenças parciais, como assevera Cândido Rangel Dinamarco, são admitidas no âmbito da arbitragem em diversas situações, como por exemplo (i) para decidir sobre questões afetas à jurisdição do árbitro; (ii) para decidir, em primeiro lugar, pelo *an debeatur*, permitindo que a arbitragem tenha prosseguimento para definição do *quantum debeatur*, a ser reconhecido na sentença final; (iii) para decidir sobre parte dos pedidos cumulados que já estejam maduros para julgamento, deixando para sentença final as demais questões que ainda dependam de desenvolvimento probatório; e (iv) quando há margem para decisão, desde logo, sobre questões prejudiciais⁶⁸⁰.

Ao tratar do tema, Lucas Britto Mejias pontua que a sentença arbitral parcial “pode e deve ser utilizada sempre que trouxer efetividade à solução do litígio”, o que pode ocorrer em diversas situações, como por exemplo para a solução de “divergências que independem de longa instrução probatória” ou “a fim de incentivar a conciliação entre as partes no que toca ao litígio como um todo” ou ainda “por quaisquer finalidades que se mostrem adequadas a um bom exercício de case management”⁶⁸¹.

No que toca à decisão, pelo árbitro, de questões afetas à sua própria jurisdição, as sentenças parciais cumprem relevante função, na medida em “uma decisão, no começo do procedimento, sobre a jurisdição do tribunal arbitral evitará que se discuta todo o mérito para que, somente ao final, se conclua que o tribunal não possui jurisdição para decidir algumas ou todas as questões discutidas”⁶⁸².

⁶⁷⁹ Para um panorama sobre a sentença arbitral parcial no direito brasileiro, ver: WALD, Arnaldo. A sentença arbitral parcial no direito comparado e no direito brasileiro. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 51, 2016, p. 87-94. Trimestral; BAPTISTA, Luiz Olavo. Sentença parcial em arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 17, 2008, p. 173-195. Trimestral; ARMELIN, Donaldo. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 18, 2008, p. 274-300. Trimestral; GIUSTI, Gilberto; MARQUES, Ricardo Dalmaso. Sentenças arbitrais parciais: uma análise prática. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 26, 2010, p. 46-58. Trimestral; CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a Sentença Arbitral Parcial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. V, n. 18, 2008, p. 7-26. Trimestral; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, *Op. Cit.*, p. 176-180; DALL’AGNOL, Ana Carolina; MARTINI, Pedro C. de Castro. A sentença arbitral parcial: novos paradigmas? In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17-39.

⁶⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, *Op. Cit.*, p. 176-177.

⁶⁸¹ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 160.

⁶⁸² DALL’AGNOL, Ana Carolina; MARTINI, Pedro C. de Castro. **A sentença arbitral parcial**, *Op. Cit.*, p. 25.

Destarte, é comum que o árbitro opte por proferir sentenças parciais nesses casos, justamente porque a questão a ser decidida influencia diretamente no julgamento dos demais pedidos que lhe são submetidos⁶⁸³. Da mesma forma, essa decisão, como se viu no item 5.3 acima, impedirá o Poder Judiciário de controlar a jurisdição arbitral em caráter prematuro (*i.e.*, aferindo a existência de vícios verificáveis *prima facie*), restando sua atuação, nesse caso, relegada ao controle posterior em sede de ação anulatória.

As sentenças arbitrais parciais são, portanto, não apenas um mecanismo cabível, como também muitas vezes preferível, quando se trata da análise de questões jurisdicionais.

Nesse ponto, surge a discussão sobre se a decisão do árbitro acerca de sua jurisdição deve necessariamente ser objeto de sentença parcial ou se o árbitro está livre para optar, de acordo com a conveniência e as peculiaridades do caso concreto, por decidir essas questões apenas na sentença arbitral final.

A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 16(3) confere liberdade ao árbitro para decidir sobre sua jurisdição “either as a preliminary question or in an award on the merits”.

O direito alemão, por outro lado, desvia da Lei Modelo nesse sentido, pois o § 1040(3) do ZPO dispõe que, em geral, a questão será decidida em caráter preliminar. Há, assim, um direcionamento para que o árbitro profira tal decisão em sentença parcial, embora não haja exatamente uma obrigação para que o faça.

Isso está em linha com o racional do modelo de competência-competência alemão, já anteriormente estudado, o qual privilegia uma decisão sobre as questões jurisdicionais o quanto antes possível, inclusive permitindo o controle imediato dessa decisão pelo Poder Judiciário.

O direito suíço, por seu turno, adota formulação semelhante à alemã, ao estabelecer no item 3 do artigo 186 do Código Federal Suíço de Direito Internacional Privado que “the arbitral tribunal shall, as a rule, decide on its jurisdiction by preliminary award”.

Ao tratar do tema à luz do direito brasileiro, André Luís Quintas Monteiro entende que nosso ordenamento acompanha o suíço nesse aspecto, uma vez que, a despeito de não haver

⁶⁸³ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. Cit.*, p. 160.

redação tão clara no sentido da preferência por uma decisão antecipada em sentença parcial, essa interpretação pode ser derivada do artigo 20 da Lei de Arbitragem⁶⁸⁴.

Aludido artigo disciplina, em seu § 2º, a consequência da decisão positiva do árbitro com relação à sua jurisdição, determinando que “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” por meio de ação anulatória.

Assim, para o autor, seria possível extrair desse dispositivo a existência de um comando legal para que a decisão sobre questões afetas à jurisdição do árbitro seja proferida no início do procedimento arbitral, na medida em que, se tomada na sentença final, não haveria o “normal prosseguimento da arbitragem” previsto em lei e sim sua extinção⁶⁸⁵.

O autor parece reconhecer, no entanto, que não se trata de um dever absoluto de decidir de forma antecipada, na medida que se admite a excepcional postergação da decisão sobre a matéria para o momento da sentença final, desde que isso seja devidamente justificado, o que poderá ocorrer, especialmente, quando a decisão sobre a questão jurisdicional se confunda com o mérito da disputa⁶⁸⁶.

Em nossa visão, não é possível entender que haja uma obrigatoriedade de prolação de sentença parcial para decidir sobre questões jurisdicionais, a não ser que as partes assim determinem, embora uma decisão antecipada sobre a questão seja aconselhável, observadas as peculiaridades de cada caso.

Uma vez proferida, a sentença arbitral parcial sobre a jurisdição do árbitro estará sujeita à ação anulatória prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem, observadas as peculiaridades de essa decisão ser positiva ou negativa, terminativa ou de mérito, conforme já se teve a oportunidade de expor no subcapítulo 4.5 acima.

Nesse tocante, vale destacar que o §1º do artigo 33 também foi modificado pela Lei nº. 13.129/2015, passando a prever que “a demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, *parcial ou final*” deverá ser proposta no prazo de 90 dias a contar do recebimento da

⁶⁸⁴ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 227.

⁶⁸⁵ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 228.

⁶⁸⁶ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 228.

notificação da respectiva sentença “*parcial ou final*, ou da decisão do pedido de esclarecimentos”⁶⁸⁷.

Fica evidente, portanto, o cabimento de ação anulatória em face de sentença arbitral parcial. Nesse sentido, faz-se menção à lição de Cândido Rangel Dinamarco, que defende que a sentença arbitral parcial “produzirá desde logo seus efeitos substanciais, não sendo necessário esperar pela sentença final, porque isso reduziria a *nada* a utilidade de prolação da sentença parcial”⁶⁸⁸.

Essa possibilidade, é importante que se destaque, não fere de maneira alguma a regra da competência-competência, na medida em que já haverá decisão arbitral sobre sua própria jurisdição⁶⁸⁹, não havendo que se cogitar da necessidade de aguardar a prolação da sentença final para a propositura da ação anulatória.

A desnecessidade de se aguardar a prolação da sentença arbitral final para manejar ação anulatória, vale dizer, se aplica para qualquer hipótese de prolação de sentença arbitral parcial, independentemente de estar relacionada a questões jurisdicionais.

Não se nega que, em sendo possível a propositura imediata de ação anulatória com relação à sentença parcial, certos inconvenientes possam ser causados, tais como a existência de procedimentos paralelos e a possibilidade de que uma decisão judicial sobre a sentença parcial interfira no curso da arbitragem.

De toda forma, se o racional subjacente à prolação de sentenças parciais é justamente permitir que determinadas questões, já maduras para julgamento, sejam decididas desde logo, não há porque impor que o controle judicial dessa sentença parcial seja postergado para o momento posterior à prolação da sentença arbitral final.

⁶⁸⁷ Esse também é o entendimento de Ana Carolina Dall’Agnol e Pedro C. de Castro Martini, ao comentarem a nova redação do artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem (DALL’AGNOL, Ana Carolina; MARTINI, Pedro C. de Castro. **A sentença arbitral parcial**, *Op. Cit.*, p. 32).

⁶⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, *Op. Cit.*, p. 178, grifo no original.

⁶⁸⁹ Nesse sentido, mesmo antes da aludida alteração legislativa, Rafael Francisco Alves, com inspiração na legislação inglesa, já entendia que a possibilidade de uma ação anulatória “que tenha por objeto uma sentença arbitral parcial sobre a própria competência dos árbitros (art. 67), a rigor, não se trata de uma afronta ao efeito negativo do princípio competência-competência, ou melhor, à regra de análise prioritária pelos árbitros, já que estes já terão se pronunciado sobre a própria competência” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 86).

Nesse tocante, há de se ter em mente que o objeto da ação anulatória, no caso de sentença arbitral parcial, não interferirá, em regra, no objeto da discussão que restou pendente de apreciação pelo árbitro.

Nada obstante, é certo que, se a questão objeto da ação anulatória da sentença arbitral parcial apresentar alguma relação de prejudicialidade com relação ao restante das questões cuja decisão ainda pende na arbitragem, caberá ao Poder Judiciário “agir com parcimônia e bom senso, evitando interferências indevidas e danosas no processo arbitral”⁶⁹⁰.

Por derradeiro, exposto o panorama legislativo e doutrinário sobre a matéria, cumpre destacar que o STJ decidiu, já em 2015, pelo cabimento de sentenças arbitrais parciais, tanto à luz do CPC/73 como, especialmente, à luz do CPC/15, tendo entendido ainda que o prazo decadencial para ajuizamento de ação anulatória começa a fluir desde logo, não havendo que se aguardar a prolação da sentença arbitral final⁶⁹¹.

O entendimento foi reforçado em outro julgado recente, por meio do qual o STJ assentou, ainda, que “a questão decidida pela sentença arbitral parcial encontrar-se-á definitivamente julgada, não podendo ser objeto de ratificação e muito menos de modificação pela sentença arbitral final”, o que corrobora a fluência, desde logo, do prazo para ajuizamento de demanda anulatória⁶⁹².

5.4 MECANISMOS DE CONTROLE PREMATURO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL PELO PODER JUDICIÁRIO: QUAIS SÃO AS MEDIDAS CABÍVEIS PARA CONTROLAR A JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL?

O controle prematuro da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário pode se dar por diversos meios. Embora, como se viu acima, haja autores que entendem que o único meio cabível para o controle da jurisdição do árbitro seria a ação judicial cujo objeto esteja englobado por uma convenção de arbitragem⁶⁹³, o fato é que, além dessas hipóteses, há diversas outras em que o Poder Judiciário poderá ou até mesmo deverá analisar a convenção de arbitragem.

⁶⁹⁰ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. Cit.*, p. 161.

⁶⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1519041/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 1 de setembro de 2015.

⁶⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1543564/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 25 de setembro de 2018.

⁶⁹³ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 156.

Ao tratar do tema, Rafael Francisco Alves entende que “o juiz deverá proceder a uma análise prévia sobre a regularidade da convenção de arbitragem” em todas as ações nas quais “se demanda colaboração do Poder Judiciário no momento da instituição do processo arbitral” na medida em que “antes de garantir o apoio ao processo arbitral, cabe ao Poder Judiciário verificar a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem”⁶⁹⁴.

De modo geral, as principais hipóteses de interação entre arbitragem e Poder Judiciário antes da prolação da sentença arbitral são: (i) a concessão de medidas de urgência pré-arbitrais; (ii) a execução específica da cláusula compromissória; (iii) a constituição do tribunal arbitral (nomeação, remoção ou substituição de árbitros); (iv) a fixação dos honorários dos árbitros (possível em alguns ordenamentos estrangeiros); (v) a efetivação de tutelas de urgência deferidas pelo tribunal arbitral; e (vi) a efetivação de decisões instrutórias proferidas pelo tribunal arbitral. Além dessas, tem-se ainda outras hipóteses nas quais se discute a possibilidade de controle prematuro da atividade arbitral pelo Poder Judiciário, quais sejam (vii) as medidas antiarbitragem; (viii) o conflito de competência; e (ix) o mandado de segurança.

Para os fins do presente estudo, importa tratar das principais hipóteses dentre aquelas acima delineadas, para que se possa compreender em que medida se autoriza o controle judicial da jurisdição do árbitro antes da prolação da sentença arbitral de acordo com a sistemática de cada um desses meios processuais.

5.4.1 MEDIDAS DE URGÊNCIA PRÉ-ARBITRAIS

No processo judicial, diferentemente da arbitragem, por consequência do princípio do juiz natural⁶⁹⁵, a função do julgador é predefinida e permanente, de modo que o órgão jurisdicional adequado já existe ao tempo do fato que dá origem à pretensão⁶⁹⁶.

Com efeito, o processo judicial já se inicia na fase postulatória, com a distribuição da petição inicial, ao passo que na arbitragem esta fase é precedida pela chamada fase de instauração.

⁶⁹⁴ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 185.

⁶⁹⁵ Ao tratar do tema, Nelson Nery Junior afirma que: “A garantia do Juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, *Op. Cit.*, p. 162).

⁶⁹⁶ CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 117.

Trata-se de fase processual que é condição *sine qua non* da arbitragem, sem a qual esta não pode validamente se desenvolver, haja vista que os árbitros não podem funcionar sem que tenham sido nomeados e aceitem o encargo⁶⁹⁷.

Se não podem funcionar antes da instauração da arbitragem, os árbitros, via de consequência, estão materialmente impedidos de conceder tutelas de urgência até que a arbitragem esteja instituída⁶⁹⁸.

A necessidade intransponível da fase de instauração é inclusive apontada pela doutrina como uma das desvantagens da arbitragem em face da jurisdição estatal, uma vez que acaba por impor uma demora para o início do procedimento arbitral que inexistente no processo judicial⁶⁹⁹, demora essa que, em determinados casos, pode chegar a se estender por meses⁷⁰⁰.

Nesse interregno entre o início do procedimento arbitral e a efetiva instituição do tribunal arbitral pode haver um verdadeiro vácuo de proteção jurídica às partes, o qual deve ser preenchido pelo Poder Judiciário, sob pena de indevida denegação de justiça⁷⁰¹.

Não por outro motivo, instituições arbitrais⁷⁰², cientes do problema, têm revisado seus regulamentos para incluir a figura do árbitro de emergência⁷⁰³. Essa adaptação da arbitragem

⁶⁹⁷ No direito brasileiro, por exemplo, por força do artigo 19 da Lei nº. 9.307/96, a arbitragem somente considera-se instituída “quanto aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

⁶⁹⁸ CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 117.

⁶⁹⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*, *Op. Cit.*, p. 37.

⁷⁰⁰ Pelas mais diversas razões, que vão desde a demora inerente à fase de instauração (a qual compreende, ao menos, o processamento do pedido de instauração de arbitragem, a nomeação e aceitação dos árbitros – o que pode inclusive compreender impugnações ao árbitros indicados – e a assinatura do termo de arbitragem), até a demora intencionalmente causada por partes recalcitrantes, as quais podem se recusar a indicar árbitros, impugnar desarrazoadamente os árbitros indicados pela contraparte, deixar de pagar as custas do procedimento arbitral ou honorários dos árbitros, dentre outros expedientes que podem ser considerados protelatórios.

⁷⁰¹ MANGE, Flávia foz. **Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais**: reconhecimento pelos Tribunais Superiores de medidas proferidas por tribunais arbitrais e judiciais no exterior. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 136; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 655-659; CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 118.

⁷⁰² Como é o caso da Corte de Arbitragem da CCI, que encampou a figura do árbitro de emergência. O artigo 29 do regulamento de arbitragem da CCI determina que “A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (“Medidas Urgentes”) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V. Tal solicitação só será aceita se recebida pela Secretaria antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado seu Requerimento de Arbitragem”.

⁷⁰³ Sobre o árbitro de emergência, ver: GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência – perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 403-451; CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 203-223.

institucional à realidade prática, embora seja salutar e de grande valia às partes – na medida em que permite afastar, desde antes da instauração da arbitragem, a interferência estatal muitas vezes indesejada⁷⁰⁴ – não elimina a potencial necessidade de recurso ao Poder Judiciário para concessão de provimentos de urgência antes da instauração da arbitragem, havendo diversos casos em que a atuação do Poder Judiciário segue se fazendo premente.

É o caso, por exemplo, da arbitragem *ad hoc*, que em regra não contemplará a figura do árbitro de emergência⁷⁰⁵, ou, mesmo em arbitragens institucionais, quando (i) a instituição arbitral eleita pelas partes não possuir essa figura; ou (ii) mesmo havendo previsão de árbitro de emergência, uma das partes optar por recorrer ao Poder Judiciário, haja vista que a competência do árbitro de emergência é, em regra, concorrente⁷⁰⁶.

Nesse esteio, destaca-se que o Poder Judiciário brasileiro, alinhado à melhor doutrina, reconhece a possibilidade de concessão de tutelas de urgência quando ainda não há tribunal arbitral constituído⁷⁰⁷⁻⁷⁰⁸, sobretudo como medida de concretização da garantia constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional insculpida no artigo 5º, XXXV, da CF⁷⁰⁹.

A questão, que já era amplamente aceita, foi consagrada expressamente pelo recente artigo 22-A da Lei nº. 9.307/1996, instituído pela Lei nº. 13.129/2015, ao dispor expressamente

⁷⁰⁴ Especialmente em arbitragens internacionais, nas quais, muitas vezes, as Partes buscam ao máximo afastar a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na arbitragem.

⁷⁰⁵ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 2522.

⁷⁰⁶ Sobre a competência concorrente do árbitro de emergência, ver: CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 208-210.

⁷⁰⁷ A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que “nos casos anteriores à instituição da arbitragem, a doutrina e a jurisprudência brasileiras construíram a possibilidade de o Poder Judiciário conhecer dessas medidas, até em razão da aplicação do brocardo caro à cultura brasileira (*quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*)” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. **2120017-41.2017.8.26.0000**. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi, 18 de agosto de 2017, grifos no original). A doutrina também enxerga o brocardo trazido pelo Tribunal Paulista como fundamento da possibilidade de concessão de medidas de urgência pré-arbitrais pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, ver: CARMONA, Carlos Alberto. **Árbitros e Juízes: guerra ou paz?** In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 430-431; CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 250; MANGE, Flávia foz. **Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais**, *Op. Cit.*, p. 137.

⁷⁰⁸ Gary Born dá conta de que, diversos outros ordenamentos, tais como Suíça, Bélgica, Países Baixos, Alemanha, Áustria, França, Japão, Hong Kong, Índia, dentre outros, também permitem a concessão de medidas de urgência pelo Poder Judiciário na fase pré-arbitral (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 2539-2540).

⁷⁰⁹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, *Op. Cit.*, p. 157; MANGE, Flávia foz. **Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais**, *Op. Cit.*, p. 138; NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial da sentença arbitral**, *Op. Cit.*, p. 208-209.

que “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

Alguns exemplos de medidas de urgência que comumente são pleiteadas antes da instauração de procedimentos arbitrais são a exibição de documentos; produção antecipada de provas; suspensão de assembleias, deliberações ou outros atos societários; constrição de bens; e outras medidas destinadas à manutenção de determinadas situações jurídicas com o intuito de evitar o perecimento de direitos⁷¹⁰.

Nota-se, portanto, que a interação entre arbitragem e Poder Judiciário no estágio anterior à instauração da arbitragem possui, via de regra, propósito acautelatório, muito embora concordemos com aqueles que entendem que o Poder Judiciário também possa conceder medidas pré-arbitrais de natureza antecipatória⁷¹¹.

⁷¹⁰ Para uma análise detalhada, com foco na jurisprudência dos tribunais pátrios, da vasta gama de possíveis medidas preparatórias à arbitragem, ver: MANGE, Flávia foz. **Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais**, *Op. Cit.*, p. 140-144.

⁷¹¹ Ao passo que a possibilidade de concessão de provimentos acautelatórios pelo Poder Judiciário é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pelo juiz togado encontra certa resistência. Aqueles que se opõem à possibilidade da concessão de tutela antecipatória pré-arbitral pelo Poder Judiciário argumentam, em suma, que haveria indevida incursão no mérito da disputa, o que teria inclusive o condão de afastar qualquer possibilidade de aplicação do racional de fungibilidade entre medidas de urgência. (Nesse sentido, por todos, ver: CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 250). Em nosso entender, não pode ser abstratamente vedado ao Poder Judiciário a concessão de provimentos antecipatórios em medida de urgência previamente à instauração da arbitragem. Como bem pondera Luis Fernando Guerrero “interpretações extremadas dos poderes do árbitro ou dos efeitos negativos da convenção de arbitragem, retirada de competência do Judiciário para analisar questões de mérito na arbitragem, têm gerado algumas distorções” (GUERRERO, Luis Fernando. Tutela de Urgência e Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. VI, n. 24, p. 33, 2009. Trimestral). Nesse esteio, as principais razões que nos levam a concluir pela possibilidade de concessão de provimentos antecipatórios pré-arbitrais são: (i) a possibilidade de revisão, pelo tribunal arbitral, de quaisquer provimentos de urgência concedidos pelo Poder Judiciário na fase pré-arbitral, conforme já entendia a doutrina majoritária e foi confirmado pelo artigo 22-B da Lei nº. 9.307/96; e (ii) a unificação, promovida pelo CPC/15, do regime jurídico das tutelas acautelatória e antecipatória no gênero “tutela de urgência”. Referida unificação veio a confirmar a já estabelecida ideia de fungibilidade entre tais tutelas, a qual já havia sido reconhecida pelo CPC/73, pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, embora tenha permanecido certa distinção procedimental entre as tutelas acautelatória e antecipatória no CPC/15, como bem pontua a doutrina (nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 27-28) o fato de que tais tutelas foram unificadas no regime geral de “tutela de urgência” nos parece impossibilitar que sejam diferenciadas, a pretexto de se negar a viabilidade de concessão de provimento pré-arbitral de natureza antecipatória. Note-se, a esse respeito, que mesmo no regime do CPC/73, Luis Fernando Guerrero já defendia que “Não há razão, portanto, para se impedir a análise das medidas de urgência antecipatórias pelo Judiciário” (GUERRERO, Luis Fernando. Tutela de Urgência e Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. VI, n. 24, p. 36, 2009. Trimestral). Com mais razão, portanto, não se deve negar essa possibilidade no regime do CPC/15, como bem defende Mateus Aimoré Carreteiro, para quem “Não há, nem poderia haver, qualquer óbice a que o juiz analise de forma sumária e provisória o mérito do litígio. É exatamente isso o que ele faz, aliás, tanto no caso de tutelas antecipadas quanto conservativas. A diferença entre o exame do direito material controvertido em um caso e no outro é apenas a profundidade de cognição. Em um caso, satisfaz-se com mera probabilidade ou verossimilhança. No outro, procura-se a verdade possível. A preocupação do juiz não deve estar, *a priori*, na natureza da medida. Aceitar que existe um regime jurídico único para tutelas de urgência, pois suas características são muito similares, mas ao mesmo tempo realizar distinções

Em qualquer dos casos, cumpre pontuar que os provimentos de urgência conferidos pelo Poder Judiciário na fase pré-arbitral estarão sujeitos à revisão do tribunal arbitral, uma vez constituído⁷¹², por expressa disposição legal⁷¹³, razão pela qual é imprescindível que o juiz aja sempre de forma cautelosa, evitando, na medida do possível, a concessão de provimentos irreversíveis e preservando (ou evitando o esvaziamento) da jurisdição dos árbitros para a resolução do direito material objeto do litígio, sob pena de desrespeitar o intuito das partes de submeterem a controvérsia ao juízo arbitral⁷¹⁴.

Estabelecido esse panorama geral sobre as medidas de urgência pré-arbitrais, importa analisar se em que medida é possível o controle da jurisdição arbitral nessa fase vestibular.

Partindo da premissa geral acima estabelecida de que o Poder Judiciário deve controlar a jurisdição todas as vezes que for chamado a prestar auxílio à arbitragem arbitral – feitas todas as ressalvas necessárias com vistas a não prejudicar a regra da competência-competência –, nos parece que no caso de medidas de urgência pré-arbitrais não pode ser diferente.

Há, naturalmente, como se adiantou, algumas condicionantes importantes. O critério de aferição dos eventuais vícios deve ser a cognição sumária, vale dizer, somente podem ser conhecidos vícios aferíveis caráter *prima facie* e sem necessidade de dilação probatória.

Não se trata, aqui, de defender o cabimento do ajuizamento de uma medida de urgência pré-arbitral cujo exclusivo objetivo seria ver reconhecido um vício da convenção de arbitragem. Longe disso, o que ora se propugna é que o Poder Judiciário possa vir a conhecer dessas questões quando forem alegadas pelo réu da medida pré-arbitral.

entre elas, sem levar em consideração seus reais efeitos, seria o mesmo que negar a afirmação anterior. Diante de justificado cenário e presentes os pressupostos legais, o juiz pode, em tese, conceder tutela de urgência conservativa ou antecipada dos efeitos da tutela final” (CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 175).

⁷¹² Conforme pontua Carlos Alberto Carmona “concedida a medida, cessa a competência do juiz togado, cabendo aos árbitros, tão logo sejam investidos no cargo, manter, cassar ou modificar a medida concedida” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 26). No mesmo sentido: CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 251. Flávia Foz Mange, após analisar posicionamentos contrários à possibilidade de revisão pelo tribunal arbitral da tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário, notadamente a posição de Arnoldo Wald e Joel Dias Figueira Junior, filia-se ao que denominou “posicionamento dominante na doutrina” nacional e estrangeira no sentido “de que a competência para decidir a medida urgente é de quem detém competência para decidir a questão de fundo. Portanto, é possível que o árbitro, após a instituição do tribunal, reexamine a medida urgente concedida pelo Poder Judiciário” (MANGE, Flávia foz. **Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais**, *Op. Cit.*, p. 148-149).

⁷¹³ É o que dispõe o recente artigo 22-B da Lei nº. 9.307/96, inserido pela reforma de 2015: “Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”.

⁷¹⁴ CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 175-178.

E essa alegação, lembre-se, não virá em forma de um pedido de concessão de provimento declaratório da existência do vício, até porque, como se sabe, é descabida a formulação de pretensão reconvenicional nesse tipo de medida. Virá, isso sim, como um fundamento para a não concessão da tutela pleiteada, a ser analisado pelo juiz togado.

É apenas nesse restrito escopo e observadas essas restritas condições, vale dizer, como fundamento para o indeferimento da medida, que caberá ao Poder Judiciário controlar de forma prematura a jurisdição do árbitro.

Nesse sentido, Lucas Britto Mejias sumariza que: “sendo possível ao julgador verificar, de plano (mediante provas pré-constituídas), a irregularidade da convenção arbitral, parece correto que o faça, mas, nesse caso, com a finalidade de rejeitar a tutela de urgência buscada pela parte ante a baixa probabilidade do provimento final vir a ser concedido”⁷¹⁵.

É nessas hipóteses e dentro desses limites que deve ser permitido o controle prematuro da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário no âmbito de medidas de urgência pré-arbitrais.

5.4.2 AÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 7º DA LEI DE ARBITRAGEM E OUTRAS MEDIDAS DE APOIO À INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM

Raciocínio semelhante ao acima estabelecido com relação às medidas de urgência pré-arbitrais pode ser aplicado ao caso das medidas judiciais pleiteadas em apoio à instauração do procedimento arbitral.

No direito brasileiro há basicamente três hipóteses de interação entre arbitragem e Poder Judiciário na fase de instauração da arbitragem, quais sejam (i) a execução específica da cláusula compromissória, a qual se dá por meio da chamada ação de instauração de arbitragem (artigo 7º da Lei de Arbitragem); (ii) a nomeação de árbitro para formação de tribunal em número ímpar (artigo 13, §2º combinado com o artigo 7º, ambos da Lei de Arbitragem); e (iii) a substituição de árbitro na hipótese em que a impugnação a um dos árbitros é acolhida e não há acordo sobre a forma de nomeação de árbitro substituto (artigo 16, § 2º combinado com o artigo 7º, ambos da Lei de Arbitragem).

⁷¹⁵ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 221.

Trata-se, em resumo, de hipóteses nas quais o Poder Judiciário atuará para resolver impasses entre as partes ou, quando for o caso, superar resistências à instauração da arbitragem pela parte renitente⁷¹⁶.

Em regra, a atuação do Poder Judiciário nesse estágio procedimental tem vez em casos nos quais as partes não pactuaram, de antemão, todos os elementos necessários à instauração da arbitragem, ou não estabeleceram mecanismos que permitam a resolução de impasses, sobretudo no que toca à nomeação de árbitros, fazendo-se necessária a interferência do Poder Judiciário, sob pena de a vontade de arbitrar originalmente manifestada pelas partes não poder ser levada adiante.

A hipótese mais comum de execução específica da cláusula compromissória se verifica em casos nos quais se está diante das chamadas cláusulas compromissórias patológicas, assim entendidas aquelas que possuem “vícios capazes de obstar o desenvolvimento harmônico da arbitragem”⁷¹⁷.

Os vícios em questão, via de regra, consistem na identificação errônea de instituição arbitral ou na omissão quanto ao mecanismo de escolha de árbitros, esta última geralmente verificada em casos de impasse ou escolha pré-determinada de indivíduo que, quando do surgimento do litígio, não mais possa funcionar como árbitro⁷¹⁸.

Em sendo esse o caso, e se for aplicável a Lei nº. 9.307/1996, poderá a parte interessada na instauração da arbitragem se valer do procedimento previsto nos artigos 6º e 7º.

⁷¹⁶ Como bem destaca Eduardo Damiano Gonçalves, trata-se de intervenção “fundamental e salutar para o bom funcionamento do próprio instituto, a fim de que a convenção de arbitragem possa ter plena eficácia” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. Breves considerações sobre as relações do poder judiciário com a arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral). In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a lei de arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Ltr, 2002, p. 218).

⁷¹⁷ EISEMAN, Frédéric. **La Clause d’Arbitrage Pathologique**: Essais in Memoriam Eugenio Minoli, Torino, UTET, 1974, p. 129 apud GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 119.

⁷¹⁸ A propósito, Luis Fernando Guerrero dá conta de que: “As principais causas de convenções patológicas dizem respeito à identificação de instituição de arbitragem de maneira errônea ou que não permita a correta indicação da instituição escolhida, ao mecanismo inoperante da escolha dos árbitros ou à designação nominal de indivíduo que, originado o litígio, já não poderia mais tomar parte da arbitragem. Além disso, a não indicação ou omissão de instituição de arbitragem ou da forma de indicação dos árbitros também gera convenções de arbitragem patológicas, denominadas especificamente de convenções de arbitragem vazias ou brancas” (GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**, *Op. Cit.*, p. 119). No mesmo sentido, ver: LEMES, Selma M. Ferreira. **Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes**, *Op. Cit.*, p. 188-208.

O primeiro passo será procurar a contraparte, demonstrando a intenção em dar início à arbitragem e convocando-a para que se possa buscar um acordo sobre a forma de instauração (artigo 6º). Havendo recusa da contraparte a esta convocação inicial ou restando infrutífera a tentativa de acordo, e apenas nessas hipóteses⁷¹⁹, poderá a parte interessada valer-se do procedimento previsto no artigo 7º, para que haja a substituição da declaração de vontade das partes⁷²⁰ com relação aos elementos faltantes ou incertos da cláusula compromissória, no sentido de submeter a questão ao juízo arbitral.

Haverá, pois, nas palavras de Carlos Alberto Carmona, a atuação do Poder Judiciário para “preencher a lacuna deixada pelas partes, independentemente dos dados faltantes na cláusula arbitral”⁷²¹.

O estudo da ação de instauração de arbitragem é tema dos mais interessantes, sendo que diversos aspectos atinentes à matéria são objeto de amplo e profundo exame pela doutrina⁷²² e poderiam dar ensejo a trabalhos com dedicação exclusiva.

Para os fins deste trabalho, importa focar na possibilidade de o réu da ação de instauração arguir, em defesa, questões atinentes à validade, existência e eficácia da cláusula compromissória. Ao nosso ver, é possível que o réu o faça, devendo suas alegações ser apreciadas pelo juiz togado dentro dos limites cognitivos já esmiuçados acima.

⁷¹⁹ Nesse tocante, diversos autores entendem que a convocação prevista no artigo 6º é requisito de admissibilidade da demanda prevista no artigo 7º, de modo que, ausente o prévio cumprimento do mandamento inserto no artigo 6º, haverá carência de ação por falta de interesse de agir. Por todos, em artigo especificamente dedicado ao tema, ver: ALVIM, Arruda. Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a lei de arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Ltr, 2002, p. 169-170.

⁷²⁰ A doutrina parece reconhecer, sem maiores divergências, que o procedimento previsto no artigo 7º da Lei nº. 9.307/96 visa à execução específica da obrigação de arbitrar, inclusive mediante substituição pelo Poder Judiciário da declaração de vontade não emitida. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco expõe, com a precisão que lhe é peculiar, que “A ação de execução específica regida pelo art. 7º da Lei de Arbitragem tem por finalidade a realização desse fazer ou, em caso de recalcitrância da contraparte, a substituição da conduta omitida por esta por um preceito jurisdicional autoimpositivo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**, *Op. Cit.*, p. 219). No mesmo sentido, é a posição de Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Das relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 27).

⁷²¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 155.

⁷²² Nesse sentido, ver: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**, *Op. Cit.*, p. 75-88; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 153-172; GONÇALVES, Eduardo Damião. **Breves considerações sobre as relações do poder judiciário com a arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 209-224; ALVIM, Arruda. **Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996**, *Op. Cit.*, p. 169-187; CASADO FILHO, Napoleão; LONGO, Bryan Simoni. Resistência à Instituição da Arbitragem: Quando a Intervenção do Judiciário é Realmente Necessária? In: HOLANDA, Flavia; SALLA, Ricardo Medina (Coord.). **A Nova Lei da Arbitragem Brasileira**: Lei nº 13.129/2015. São Paulo: IOB SAGE, 2015. p. 277-295; BERALDO, Leonardo de Faria. A ação do art. 7º da Lei 9.307/1996 e a inexistência de efeito suspensivo *Ope Legis* da Apelação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 325-339.

Entendemos dessa forma por duas principais razões: em primeiro lugar, porque o próprio artigo 7º demanda expressamente a apresentação de prova da cláusula compromissória (*caput* e §1º, *in fine*) e de indicação precisa, pelo autor, do objeto da arbitragem (§1º, *in limine*), impondo, portanto, o escrutínio judicial ao menos com relação a esses pontos específicos. Em segundo lugar, porque se afiguraria descabido que o Poder Judiciário, mesmo diante de um vício de jurisdição aferível *prima facie*, o ignore, determinando a instauração de um procedimento que, de plano, já se sabe estar fadado ao insucesso.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Carlos Alberto Carmona, ao afirmar que “nos casos do art. 7º da Lei” caberá ao juiz togado “lidar com a questão da existência, validade e eficácia de convenção de arbitragem”⁷²³, no que é seguido por Rafael Francisco Alves⁷²⁴, André Smilgin⁷²⁵, Felipe Sripes Wladeck⁷²⁶, André Luís Quintas Monteiro⁷²⁷ e Lucas Britto Mejias, sendo que o último ainda ressalva que o controle judicial somente deve ocorrer na hipótese de o réu resistir à instauração da arbitragem por algum vício na convenção, na medida em que (i) caso este aquiesça quanto ao desenvolvimento da arbitragem, fica impossibilitado o controle externo; e (ii) caso não haja resistência à arbitragem, mas apenas às peculiaridades de sua instauração, seria inoportuno o reconhecimento oficioso pelo juiz togado de questões afetas à jurisdição do árbitro⁷²⁸.

As mesmas considerações, vale dizer, se aplicam em caso de atuação do Poder Judiciário na fase de instauração da arbitragem com o propósito de designar árbitro para a formação de

⁷²³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, 2009, p. 176.

⁷²⁴ Ao afirmar que “o processo de execução específica da cláusula compromissória só prossegue se o juiz atestar a existência, validade e eficácia desta” bem como que “a rigor, não apenas na ação do artigo 7º, mas também em todas as outras em que se demanda colaboração do Poder Judiciário no momento da instituição do processo arbitral, como a eventual nomeação de um dos árbitros, por exemplo, o juiz deverá proceder a uma análise prévia sobre a regularidade da convenção de arbitragem. Antes de garantir o apoio ao processo arbitral, cabe ao Poder Judiciário verificar a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem” (ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 185).

⁷²⁵ SMILGIN, André. **Ação judicial para instituição de arbitragem com base no art. 7º da lei 9.307/96**, *Op. Cit.*, p. 370-376.

⁷²⁶ WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**, *Op. Cit.*, p. 69.

⁷²⁷ Que inclusive afirma ser esse o “posicionamento dominante” da doutrina brasileira. O autor ressalva, contudo, que “o Poder Judiciário somente deverá extinguir o processo judicial sem resolução do mérito diante de vícios manifestos e insanáveis, pois, em relação aos vícios manifestos mas sanáveis, o órgão judicial deverá dar utilidade à convenção de arbitragem, corrigindo os termos na medida do possível, tudo a privilegiar o *princípio da conservação dos contratos* e fazer vale a vontade originariamente manifestada pelas partes” (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 395-399).

⁷²⁸ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 216.

tribunal arbitral em número ímpar e ou para designar árbitro substituto em caso de acolhimento de impugnação que tenha sido ofertada em face de um dos árbitros.

Isso porque, em ambos os casos, caberá ao Poder Judiciário, por disposição legal expressa, agir segundo o procedimento previsto no artigo 7º, desde que não haja um mecanismo pré-estabelecido entre as partes, isto é, desde que as partes não tenham convencionado nenhuma outra forma de indicação de árbitros, o que inclui, por exemplo, a eleição de uma instituição arbitral, cujo regulamento, em regra, contemplará mecanismos para tal propósito, ou a designação de uma *appointing authority*, comum nas arbitragens *ad hoc*.

5.4.3 MEDIDAS DE APOIO JUDICIAL AO ÁRBITRO NO CURSO DA ARBITRAGEM

A atuação do Poder Judiciário no curso da arbitragem pode ocorrer em diversas situações. No mais das vezes, essa interação ocorre em hipóteses nas quais o Poder Judiciário atua para efetivar medidas e determinações que fogem aos poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao árbitro, por ser este desprovido do poder de império⁷²⁹.

Trata-se, primordialmente, dos casos em que o Poder Judiciário dá efetividade a medidas, sobretudo coercitivas, cujo cumprimento não pode ser ultimado diretamente por atos do próprio árbitro⁷³⁰.

A doutrina estrangeira segmenta essas possibilidades de interação em cinco principais formas, quais sejam a condução de testemunhas, a preservação de provas, a exibição de documentos, a preservação do status quo e os provimentos referentes a procedimentos paralelos⁷³¹.

⁷²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 26; BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, *Op. cit.*, p. 11; MOSES, Margaret L. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 87.

⁷³⁰ Segundo Paulo Issamu Nagao, podem ser entendidas como medidas coercitivas no contexto da arbitragem “todas aquelas que dependam da força estatal na sua realização, desde a implementação do poder exercido pelo árbitro durante o trâmite do processo arbitral, especialmente para o efeito de convocar testemunha para prestar o seu depoimento. Não podem ser excluídas as outras situações decorrentes do poder cautelar geral (artigo 798 do CPC) e da obrigação decorrente da antecipação da tutela, para cuja efetivação haja de recorrer-se ao aparato do Estado, como na busca e apreensão e exibição de documentos e coisas, a remoção de pessoas e coisas, bem como a paralisação ou desfazimento de atividades nocivas que causem lesão grave ou de difícil reparação ao direito de outrem, inclusive com a requisição de força policial” (NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial da sentença arbitral**, *Op. Cit.*, p. 2013).

⁷³¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 427. Margaret Moses, ao tratar do tema, também identifica as mesmas hipóteses (MOSES, Margaret L. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 87-120. Ambas as obras ora citadas apresentam interessante análise, inclusive casuística, sobre os contornos dessa interação em diversos ordenamentos jurídicos.

No direito brasileiro, a título exemplificativo, é possível verificar a interação entre arbitragem e Poder Judiciário no curso da arbitragem para a condução coercitiva de testemunhas renitentes (artigo 22, §2º da Lei nº. 9.307/1996) e para a efetivação de medidas coercitivas, tais como constrição de bens ou a efetivação de determinações dos árbitros que necessitem de poder de império (artigos 22, §4º, 22-A e 22-B da Lei nº. 9.307/1996, o primeiro revogado e os dois últimos incluídos, pela Lei nº. 13.129/2015).

Antes da reforma implementada pela Lei nº. 13.129/2015, a solicitação de cooperação ocorria por meio da expedição de ofício dirigido pelo árbitro ao juiz competente⁷³². Atualmente, deve ocorrer mediante expedição de carta arbitral⁷³³, instrumento incluído na Lei nº. 9.307/1996 (artigo 22-C⁷³⁴) pela Lei nº. 13.129/2015 e regulado pelos artigos 69, §12º; 189, IV; 237, IV; 260, § 3º; e 267, todos do CPC/15.

Em todos esses casos, ao nosso ver, embora já haja arbitragem em curso, nos parece que “caso o juiz togado constate vícios na atividade do árbitro, correto que não conceda o apoio judicial buscado à arbitragem inequivocamente viciada”⁷³⁵, o que, lembre-se, somente pode ocorrer caso a questão se encaixe nos limites cognitivos já discutidos.

Vale lembrar que, nesses casos, o Poder Judiciário muitas vezes pode estar diante de pedido de auxílio para efetivação de medidas constritivas de bens, o que reforça a necessidade de se verificar questões afetas à jurisdição arbitral ao menos em caráter *prima facie*.

⁷³² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 325. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em aresto proferido antes da implementação da reforma, já havia decidido que “A medida cautelar proferida pelo juízo arbitral, se não atendida espontaneamente pelas partes, será materializada pelo órgão do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa através de simples solicitação do árbitro *através de ofício*” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº **2.0000.00.410533-5/000**. Relator: Juiz Alvimar de Ávila. Belo Horizonte, MG, 27 de agosto de 2003, grifo nosso).

⁷³³ Sobre a carta arbitral, ver: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; FINKELSTEIN, Claudio. Carta arbitral: possíveis situações de não cooperação do juízo estatal. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 54, p. 125-150, 2017. Trimestral; FORBES, Carlos Suplicy de Figueiredo; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Carta arbitral: instrumento de cooperação jurisdicional. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 521-536; MAIA NETO, Francisco. Carta arbitral. In: HOLANDA, Flavia; SALLA, Ricardo Medina (coords.). **A Nova Lei da Arbitragem Brasileira: Lei nº 13.129/2015**. São Paulo: IOB SAGE, 2015. p. 185-197; FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo código de processo civil. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Arbitragem e mediação: a arbitragem. Introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 427-452. (Coleção doutrinas essenciais).

⁷³⁴ “Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”.

⁷³⁵ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 223.

Nesses casos, destaque-se, não caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a regularidade e os limites da convenção de arbitragem com o objetivo de definir se a arbitragem pode ou não prosseguir, ficando sua análise limitada ao quanto acima descrito, ou seja, a verificar se dará ou não cumprimento à medida com relação à qual foi requerido o apoio judicial⁷³⁶.

A situação se torna mais complexa quando o pedido de cooperação advém de procedimento arbitral no qual o árbitro, mediante provocação das partes, já tenha decidido positivamente sobre sua própria jurisdição e determinado o prosseguimento da arbitragem.

Como se viu, a hipótese em questão constitui pressuposto processual negativo, o qual não só impõe a extinção sem resolução de mérito de demanda judicial cujo objeto esteja englobado pela convenção de arbitragem, como também impede, à luz dos entendimentos doutrinários colacionados no subcapítulo 4.4 acima, a possibilidade de análise de questões afetas à jurisdição arbitral, ainda que em caráter *prima facie*, por força do artigo 485, VII, do CPC/15.

A despeito de concordamos que a decisão confirmatória de jurisdição do árbitro constitua pressuposto processual negativo e impeça a análise judicial prematura da jurisdição arbitral, ainda que em caráter *prima facie*, nos parece, nesse caso, ser inaplicável o comando do artigo 485, VII, do CPC/15, não devendo se impedir a análise da jurisdição do árbitro nos pedidos de cooperação dos quais ora se trata.

Isso porque, como se viu acima, o aludido artigo, ao encampar o efeito negativo da convenção de arbitragem, se presta a garantir que o Poder Judiciário deixe de analisar o *mérito* de determinada disputa, extinguindo-a sem resolução do mérito.

O dispositivo não pode, contudo, ser interpretado no sentido de estender, ao cumprimento dessas medidas de cooperação, essa proibição de análise judicial *prima facie* da jurisdição arbitral, sobretudo porque (i) não há qualquer interferência com o mérito da disputa, cuja análise fica reservada ao árbitro, uma vez que este já confirmou sua jurisdição sobre a causa; e (ii) de qualquer forma, a análise dessas questões meritorias tampouco seria objeto do pedido de cooperação judicial⁷³⁷.

⁷³⁶ WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**, *Op. Cit.*, p. 80.

⁷³⁷ Em sentido contrário, André Luís Quintas Monteiro entende que “o Poder Judiciário não poderá recusar a efetivação da medida de urgência sob o fundamento da ausência de jurisdição do tribunal arbitral quando os árbitros já tiverem examinado a matéria e proferido sentença parcial reconhecendo jurisdição sobre a causa. Neste caso, trata-se da aplicação das consequências da parte final do inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil

A corroborar essa posição, Lucas Britto Meijas entende que, nessa hipótese de intervenção judicial, não deve sequer ser exigido o requerimento das partes para que o controle possa ser exercido, na medida em que, “estando a arbitragem instaurada, já passou o momento para a parte lançar impugnações ou aquiescer de eventual irregularidade na jurisdição ou aptidão do árbitro”. O autor destaca, nesse ponto, que caso o juiz togado verifique que uma das partes aquiesceu na arbitragem com relação ao vício que o próprio juiz foi capaz de aferir em caráter *prima facie*, deverá levar esse fato em consideração, podendo inclusive solicitar esclarecimentos das partes, antes de prosseguir com a efetivação das medidas de apoio⁷³⁸.

Outra razão para que, mesmo já havendo reconhecimento do árbitro sobre sua própria jurisdição, seja possível a recusa pelo Poder Judiciário do pedido de cooperação é o fato de que, caso assim não fosse, poderia se forçar uma indesejável “conivência judicial com conluíus e falcatruas, em consciente colaboração até mesmo com condutas potencialmente criminosas”⁷³⁹.

Com efeito, se é certo que o legislador fez uma escolha no sentido de que o árbitro deve ter prioridade para decidir sobre sua própria jurisdição, bem como que o Poder Judiciário somente pode controlar essa decisão em momento posterior, é igualmente correto que a Lei de Arbitragem não confere poderes coercitivos aos árbitros, o que evita que eventuais decisões proferidas sem jurisdição não afetem, ao menos não de forma irreversível, a esfera jurídica das partes, já que o árbitro carece de poder coercitivo⁷⁴⁰.

É justamente por isso que, se o juiz togado é instado a dar cumprimento a medidas coercitivas por solicitação do árbitro e, ao analisar a convenção de arbitragem, verifica a existência de vício aferível *prima facie*, não pode ser compelido a dar cumprimento a essa medida, ainda que o árbitro já tenha proferido decisão positiva sobre sua própria jurisdição.

Não por outra razão, é inclusive dado ao juiz, por força do artigo 267, II, do CPC/15, recusar o cumprimento de carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando, “faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia”.

Destaca-se, por fim, que se fosse outro o intuito do legislador, poderia inclusive ter concedido poderes constrictivos ao próprio árbitro, não impondo que todas e quaisquer medidas

de 2015 à efetivação de medidas de urgência com o apoio do Poder Judiciário” (MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 401).

⁷³⁸ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 227-228.

⁷³⁹ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 123.

⁷⁴⁰ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 123.

constitutivas tivessem que ser executadas com o auxílio do Poder Judiciário, o que, como se sabe, não ocorreu em nosso ordenamento jurídico.

5.4.4 AÇÃO JUDICIAL CUJO OBJETO ESTEJA ENGLOBADO POR CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E AÇÃO DIRETA CONTRA A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Como já se teve a oportunidade de analisar acima, o artigo 337 do CPC/15 dispõe que incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar a existência de convenção de arbitragem, caso em que o juiz togado deverá, por força do artigo 351 do mesmo Diploma, ouvir o autor no prazo de 15 dias.

O artigo 351, *in fine*, afirma que ao autor será permitida a produção de prova (sem limitação à produção de prova puramente documental), o que se afigura razoável para as demais hipóteses de questões preliminares elencadas no artigo 337, mas não no caso da convenção de arbitragem, no qual apenas admitir-se-á a produção de prova documental em sede de tréplica.

Frise-se: essa prova, no que toca especificamente à hipótese de arguição de existência de convenção de arbitragem, não deve se desenvolver de forma ampla. As partes, nesse caso, “deverão se valer exclusivamente de documentos que acompanhem as suas petições” não sendo viável “a criação de um contencioso paralelo complexo para fins de verificar a regularidade da convenção de arbitragem”⁷⁴¹ o que decorre justamente do fato de a análise permitida ao Poder Judiciário em um estágio prematuro da disputa ser apenas em cognição sumária⁷⁴².

Assim sendo, caso a “controvérsia relativa à irregularidade não exija a produção de outras provas, deverá o juiz decidir a questão” caso contrário “deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, deixando a solução de tal questão para a arbitragem”⁷⁴³, por força da leitura conjunta dos artigos 485, VII, e 354, *caput*, ambos do CPC/15.

Ao tratar do tema, Rafael Alves identifica dois resultados possíveis da análise *prima facie* da convenção de arbitragem pelo juiz togado no âmbito de demanda que judicializa a questão de fundo, quais sejam um juízo positivo e um juízo negativo.

⁷⁴¹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 313.

⁷⁴² Em sentido contrário, registra-se a posição de Felipe Sripes Wladeck, para quem, nesses casos, o Poder Judiciário “poderá determinar a produção das provas que entender necessárias” (WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**, *Op. Cit.*, p. 72).

⁷⁴³ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 209.

Se o magistrado, em uma análise *prima facie*, entende pela procedência de uma objeção à convenção de arbitragem, isso significa que sua convicção, embora sumária, é suficiente para a resolução do mérito da disputa ao menos no que toca a esse ponto⁷⁴⁴.

Nessa hipótese, o juiz togado poderá conduzir um julgamento antecipado da lide se o objeto do processo judicial for unicamente a regularidade da convenção de arbitragem. Destaca-se, nesse particular, que se o Poder Judiciário entender procedente, dentro dos limites cognitivos aplicáveis, a objeção arguida em face da convenção de arbitragem, poderá inclusive proferir sentença parcial com relação a esse ponto e prosseguir na demanda com relação aos demais pontos que exijam instrução probatória⁷⁴⁵.

Se for necessária dilação probatória, por outro lado, o magistrado deverá extinguir a demanda sem resolução de mérito, na medida em que, nesse caso, caberá aos árbitros decidir a questão⁷⁴⁶. Em havendo decisão judicial no mérito, e uma vez transitada em julgado, o árbitro não poderá desconsiderar essa decisão e permitir que uma arbitragem tenha início.

Por outro lado, quando o juiz togado decide, com base em análise *prima facie*, que há convenção de arbitragem hígida, essa decisão, tomada com base em cognição sumária, não permite um julgamento de mérito, na medida em que fundada em mero juízo de probabilidade e, portanto, não se faz suficiente.

Nesse caso, a cognição exauriente terá de ser realizada pelo árbitro, cabendo ao juiz togado extinguir o processo sem resolução de mérito, de modo que a consequência da decisão judicial nesse caso é a transferência da cognição profunda ao árbitro e não a possibilidade de análise da questão no mérito⁷⁴⁷. Tanto é assim, que o árbitro, no exercício de sua cognição exauriente, pode inclusive entender, ao cabo, pela ausência de sua própria jurisdição.

O procedimento da ação tratada no presente tópico é o mesmo previsto para a resolução da controvérsia que esteja em questão, sem nenhuma alteração, sendo admitidos todos os

⁷⁴⁴ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 200.

⁷⁴⁵ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 209.

⁷⁴⁶ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 200.

⁷⁴⁷ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 201-202.

recursos previstos, inclusive ação rescisória⁷⁴⁸. A única condição específica dessa ação é que a questão da convenção de arbitragem seja decidida sem necessidade de dilação probatória.

Ademais, como já se destacou acima, se o réu deixa de alegar a existência de convenção de arbitragem (lembrando que essa questão não pode ser conhecida *ex officio*), caracteriza-se a renúncia tácita ao pacto arbitral, prosseguindo a ação judicial em seu curso normal.

O mesmo racional ora delineado para o caso da ação cujo objeto esteja englobado por convenção de arbitragem, em termos dos limites cognitivos e condicionantes incidentes, deve ser aplicado quando há o manejo de ação direta em face da convenção de arbitragem (i.e., de uma demanda “em que há pedido específico de desconstituição ou declaração de nulidade da convenção”⁷⁴⁹).

Ao trata do tema, André Luís Quintas Monteiro assevera que, embora essas ações diretas contra a convenção de arbitragem sejam, em princípio, inadmissíveis em virtude da regra da competência-competência, não seria “*razoável inadmitir sumariamente a demanda judicial cujo objeto seja a própria convenção de arbitragem*”, já que “entendimento neste sentido nos levaria à contradição de admitir o controle judicial prévio da convenção de arbitragem *a título de defesa*, mas não o controle judicial prévio do pacto arbitral *a título de pedido principal*”⁷⁵⁰.

Para o autor, com quem concordamos, “a inversão dos polos das partes – ora autor, ora réu – não nos parece um fator determinante e tecnicamente correto na análise da admissibilidade desta demanda”⁷⁵¹, razão pela qual também entendemos pelo seu cabimento, ainda que restrito.

E essa demanda, vale dizer, pode ser proposta inclusive diante de um procedimento arbitral já em curso, desde que não tenha havido decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição, na medida em que, como se assentou acima, o marco temporal limite para que Poder Judiciário decida em caráter *prima facie* sobre a jurisdição arbitral é a existência de uma decisão arbitral sobre a questão. A corroborar esse entendimento, colaciona-se uma vez mais o ensinamento de André Luís Quintas Monteiro, para quem:

“Dito isto, cumpre analisar também a hipótese de ajuizamento desta demanda – cujo objeto é a própria regularidade da convenção de arbitragem – diante de um processo

⁷⁴⁸ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 210.

⁷⁴⁹ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 209.

⁷⁵⁰ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 404-405.

⁷⁵¹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 405.

arbitral já em curso. Neste caso, importa saber se o tribunal arbitral já proferiu decisão a respeito de sua jurisdição ou não. Caso o tribunal arbitral *ainda não tenha* proferido decisão a respeito de sua jurisdição, vale o que se disse acima, ou seja, o Poder Judiciário poderá apreciar o pedido de declaração de irregularidade do pacto arbitral, mas somente a partir de cognição sumária (prima facie review), com base exclusivamente nas provas documentais apresentadas pelas partes⁷⁵².

Por outro lado, se o árbitro já houver decidido sobre sua própria jurisdição, o processo judicial deverá ser extinto em qualquer cenário, vale dizer, independentemente de a decisão arbitral ter sido confirmatória ou denegatória de jurisdição. Nesse sentido:

Caso o tribunal arbitral já tenha proferido decisão a respeito de sua jurisdição, o processo judicial será extinto sem a resolução do mérito em *qualquer cenário*. Se o tribunal arbitral entender que *não possui jurisdição sobre a causa*, o processo judicial será extinto sem a resolução do mérito por *perda superveniente do objeto* (= perda superveniente do interesse processual), *ex vi* do inciso VI do art. 485 do diploma processual civil.

Já se o tribunal arbitral entender que *possui jurisdição sobre a causa*, o processo judicial será igualmente extinto sem a resolução do mérito por três fundamentos: (i) aplicação literal da parte final do inciso VII do art. 485 do Código de 2015; (ii) ausência de pressuposto processual de existência, ou seja, ausência de jurisdição, consoante o inciso IV do art. 485 do diploma processual civil; e (iii) perda superveniente do objeto (= perda superveniente do interesse processual), na forma do inciso VI do art. 485 do estatuto processual civil⁷⁵³.

Por todas essas razões, nos parece ser cabível o controle judicial prematuro da jurisdição do árbitro, tanto na demanda cujo objeto seja englobado por convenção de arbitragem, quanto na demanda proposta diretamente em face da convenção de arbitragem, desde que observados todos os limites acima delineados.

5.4.5 MEDIDAS ANTIPROCESSO E MEDIDAS ANTIARBITRAGEM

Situação diferente da ação proposta diretamente em face da convenção de arbitragem é o caso das medidas antiarbitragem, as quais, juntamente com as medidas antiprocesso, são amplamente estudadas pela doutrina nacional e estrangeira⁷⁵⁴.

⁷⁵² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 406, grifos no original

⁷⁵³ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 406, grifos no original.

⁷⁵⁴ Para uma análise mais completa sobre o tema, ver: BOLFERR, Sabrina Ribas. **Arbitragem comercial internacional & anti-suit injunctions**. Curitiba: Juruá, 2007; ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 95-133, 205-248; MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 413-424; BARROS, Octávio Fragata Martins de. **A Oposição Judicial à Arbitragem**, *Op. Cit.*; NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. II, n. 5, 2005, p. 15-51. Trimestral; LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 163-243; WALD, Arnaldo. As anti-suit injunctions no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, 2006, p. 29-43. Trimestral; LEE, João Bosco. **Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória**.

O estudo das medidas antiarbitragem deve ser precedido por uma análise, ainda que breve para os fins deste trabalho, das medidas antiprocesso, também conhecidas como anti-suit injunctions.

Trata-se de medidas típicas dos sistemas jurídicos de common law⁷⁵⁵, o que se justifica especialmente pelo fato de que estes países lidam com os conflitos de jurisdição por meio da regra do *forum non conveniens* (busca pelo foro mais conveniente para julgar um caso), ao passo que os sistemas jurídicos de civil law trabalham em geral com a noção de litispendência⁷⁵⁶.

As anti-suit injunctions, como ensina Thiago Marinho Nunes, são “medidas segundo as quais, a pedido de uma parte, um juiz estatal proíbe a parte adversa de iniciar ou de prosseguir com um processo perante uma outra jurisdição”⁷⁵⁷.

Essas medidas têm, portanto, o objetivo de “obstar o desenvolvimento de um processo em curso perante *outra* autoridade que, para o juiz prolator da medida, é incompetente (ou, ao menos, representa uma jurisdição inconveniente) para julgar o caso”⁷⁵⁸.

Em assim sendo, uma anti-suit injunction é sempre proposta em face de uma parte de um processo (existente ou em potencial) para que esta deixe de promover ou seguir promovendo uma demanda em face de outra parte. Não se trata, pois, de buscar uma ordem para que um outro julgador se abstenha de aceitar o ajuizamento ou de prosseguir com o julgamento de determinada disputa.

Essas medidas, de modo geral, se mostram bastante mais controversas quando o processo cujo ajuizamento ou continuidade se visa obstar tramita ou tramitará perante uma jurisdição estrangeira, na medida em que podem acabar por produzir, ainda que por uma via

Anti-suit Injunction, *Op. Cit.*, p. 7-36; GAILLARD, Emmanuel. Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration. In: LEW, Julian D. M; MISTELIS, Loukas A. (eds.). **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, 2006, p. 201-213; BOISSESON, Mathieu de. As anti-suit injunction e o princípio da competência-competência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 7, 2005, p. 138-145. Trimestral

⁷⁵⁵ Para uma análise dos contornos jurídicos das medidas antiprocesso nos países de common law, ver: ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 95-133; LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 163-243.

⁷⁵⁶ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 166.

⁷⁵⁷ NUNES, Thiago Marinho. **A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 15. No mesmo sentido: BOLFERR, Sabrina Ribas. **Arbitragem comercial internacional & anti-suit injunctions**, *Op. Cit.*, p. 20.

⁷⁵⁸ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 164.

transversa, efeitos extraterritoriais. É essa, inclusive, uma das principais críticas feitas às anti-suit injunctions, especialmente por autores de países de tradição romano-germânica⁷⁵⁹.

Transpondo a questão para o espectro da arbitragem, é possível identificar basicamente três hipóteses de medidas que assumem as características de anti-suit injunctions: (i) as anti-suit injunctions concedidas pelo Poder Judiciário contra a arbitragem (também chamadas de anti-arbitration injunctions ou medidas antiarbitragem); (ii) as anti-suit injunctions concedidas pelo Poder Judiciário em favor da arbitragem; e (iii) as anti-suit injunctions concedidas pelo árbitro em favor da arbitragem.

A primeira tem, como regra, o condão de obstar a instauração ou a continuidade de determinado procedimento arbitral, ao passo que as duas últimas têm por objetivo obstar a continuidade de determinado processo judicial que viole a convenção de arbitragem. Assim, nota-se que as últimas são medidas que buscam garantir a prioridade em favor do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição ao passo que a primeira visa justamente a subverter essa regra geral, impedindo que uma arbitragem se inicie ou continue.

Embora todos esses tipos de medida se relacionem de alguma forma com a regra da competência-competência, apenas a primeira delas tem relação direta com o objeto presente trabalho, uma vez que se trata de hipótese de controle judicial prematuro da jurisdição do árbitro, ao passo que a segunda e a terceira medidas se destinam mais diretamente a garantir que a regra da competência-competência seja respeitada e, com isso, que o controle judicial seja realizado apenas em momento posterior à decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição.

Por essa razão, trataremos especificamente apenas das anti-suit injunctions conferidas pelo Poder Judiciário contra a arbitragem, ou seja, das medidas antiarbitragem (ou anti-arbitration injunctions)⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ NUNES, Thiago Marinho. **A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 16.

⁷⁶⁰ Para uma análise das anti-suit injunctions concedidas pelo Poder Judiciário em favor da arbitragem e das anti-suit injunctions concedidas pelo árbitro em favor da arbitragem, ver: MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 413-420; VISHNEVSKAYA, Olga. Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil? **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 32, n. 2, 2015, p. 173-214. Bimestral; MOLOO, Rahim. Arbitrators Granting Antisuit Orders: When Should They and on What Authority? **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 26, n. 5, 2009, p. 173-214. Bimestral. GAILLARD, Emmanuel. Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration 2006: Back to Basics?** Haia: Kluwer Law International, 2007, p. 235-266. (ICCA Congress Series).

A doutrina brasileira entende de forma majoritária pelo descabimento das medidas antiarbitragem, como comprovam os posicionamentos de Arnaldo Wald⁷⁶¹, João Bosco Lee⁷⁶², Rafael Francisco Alves⁷⁶³, Thiago Marinho Nunes⁷⁶⁴, Sabrina Ribas Bolfer⁷⁶⁵, André Luís Quintas Monteiro⁷⁶⁶ e João Luiz Lessa Neto⁷⁶⁷.

Há, no entanto, autores favoráveis ao cabimento dessas medidas, dentre os quais se destacam Lucas Britto Mejias⁷⁶⁸, que defende o cabimento das medidas antiarbitragem em hipóteses restritas, e Felipe Sripes Wladeck⁷⁶⁹, que defende essa posição de forma mais abrangente.

Embora sejam relevantes as ponderações trazidas por esses autores em favor do cabimento das medidas antiarbitragem, não nos parece que seja o caso de se admiti-las em nosso ordenamento, sobretudo à luz do novo regramento instituído pelo CPC/15.

Para melhor enfrentar a questão, partiremos da análise das razões esposadas pelos defensores da viabilidade dessas medidas para, após, expor as razões pelas quais entendemos em sentido contrário, isto é, pelo descabimento das medidas antiarbitragem.

Para Lucas Britto Mejias⁷⁷⁰, as medidas antiarbitragem nada mais são do que ações judiciais com objeto englobado por convenção de arbitragem, cumuladas com provimento condenatório específico em obrigação de fazer ou de não fazer para que não seja iniciada ou continuada determinada disputa arbitral.

Nesse contexto, entende o autor que, embora as questões jurisdicionais devessem ser inicialmente submetidas ao árbitro, sua submissão ao Poder Judiciário poderá ocorrer

⁷⁶¹ WALD, Arnaldo. As anti-suit injunctions no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, 2006, p. 29-43. Trimestral;

⁷⁶² LEE, João Bosco. Parecer: **Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction**, *Op. Cit.*, p. 34.

⁷⁶³ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 216-222.

⁷⁶⁴ NUNES, Thiago Marinho. **A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 50-51.

⁷⁶⁵ BOLFER, Sabrina Ribas. **Arbitragem comercial internacional & anti-suit injunctions**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 174-175.

⁷⁶⁶ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 420-423.

⁷⁶⁷ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 196-201.

⁷⁶⁸ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 211-215.

⁷⁶⁹ WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**, *Op. Cit.*, p. 74-79.

⁷⁷⁰ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 212.

excepcionalmente, sujeita aos seguintes condicionamentos: (i) a questão deve ser passível de ser resolvida com base em prova pré-constituída; e (ii) não pode haver arbitragem instaurada, sendo descabido o ajuizamento de medidas antiarbitragem para impedir a continuidade de arbitragens em curso.

Nota-se, pois, que o autor prega que a mesma lógica aplicável para as demais hipóteses nas quais ocorre a flexibilização da regra de prioridade em favor do árbitro também deveria se aplicar para o caso das medidas antiarbitragem.

Felipe Sripes Wladeck, por seu turno, entende que as medidas antiarbitragem são cabíveis tanto não apenas antes de iniciada a arbitragem, mas também após o seu início, sendo que, apenas nesse segundo caso haveria a limitação da instrução probatória⁷⁷¹.

Ao comentar especificamente o posicionamento de Lucas Britto Mejias, dele discordando expressamente, André Luís Quintas Monteiro defende o descabimento das medidas antiarbitragem no direito brasileiro em qualquer hipótese, *i.e.*, seja antes ou depois da instauração da arbitragem.

Para o autor, o fato de a medida antiarbitragem veicular sempre, por sua natureza, um pedido de obrigação de não-fazer, consistente em não iniciar ou não prosseguir com uma arbitragem, torna essa medida sempre inadmissível, na medida em que subverte por completo a lógica inerente à regra da competência-competência⁷⁷².

O autor pondera, nesse tocante, que as medidas antiarbitragem, justamente por conterem pedido expresso de abstenção, devem sim se diferenciar das ações que atacam diretamente a regularidade da convenção de arbitragem (cujo cabimento, como visto no item 5.4.4 acima, é admitido inclusive por ele), justamente porque nesse caso nada impedirá a instauração da arbitragem⁷⁷³.

Ao tratar do tema, Rafael Francisco Alves, partindo da premissa de que é possível a “relativização da competência-competência para conceder também ao juiz, antes do início da arbitragem, a possibilidade de um exame *prima facie* da convenção de arbitragem” lança a indagação sobre se, comprovada a existência de vício aferível *prima facie*, pode o Poder

⁷⁷¹ WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**, *Op. Cit.*, p. 74-79.

⁷⁷² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 422-423.

⁷⁷³ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 423.

Judiciário proferir ordem determinando que as partes se abstenham de dar início a um procedimento arbitral⁷⁷⁴.

Ao prosseguir na análise da questão para responder à indagação feita, o autor pondera que as medidas antiarbitragem são um problema de direito processual, mais precisamente afeto às medidas de urgência e a medidas que assumam o caráter de tutela específica, uma vez que constituem ordens judiciais que veiculam obrigação de fazer (*i.e.*, determinar a suspensão ou a extinção de um processo arbitral) ou de não fazer (*i.e.*, deixar de iniciar ou de dar continuidade a um procedimento arbitral)⁷⁷⁵.

Em assim sendo, a princípio, o juiz togado tem poder para conferir essas ordens, ao menos no âmbito do direito processual civil. A questão, em sua visão, deve ser olhada sob outro prisma, ou seja, sobre há fundamento legal para a concessão dessas medidas quando direcionadas a um procedimento arbitral⁷⁷⁶.

A resposta encontrada pelo autor, e, de um modo geral, pelos demais autores que se debruçam sobre a questão, é que a concessão dessas medidas não seria possível justamente por violar frontalmente o artigo 8º e o *caput* do artigo 20 da Lei de Arbitragem, bem como o artigo II(3) da Convenção de Nova York.

Além disso, no regime do CPC/15, se for concedida uma medida antiarbitragem depois de uma decisão positiva do árbitro sobre sua própria jurisdição, haveria ainda violação ao artigo 485, VII, do CPC/15, o qual impõe a extinção sem resolução de mérito das demandas direcionadas à regularidade da convenção de arbitragem ou cujo objeto esteja por ela abarcado.

À luz de todas essas ponderações, nos parece forçoso reconhecer que, muito embora entendamos e defendamos neste trabalho ser possível o controle judicial da jurisdição do árbitro antes da prolação da sentença arbitral, o qual, sujeito aos limites estabelecidos neste capítulo, pode ocorrer por meio de diversos mecanismos, as medidas antiarbitragem não são uma alternativa viável para esse controle prematuro, justamente por subverterem completamente (ao invés de apenas flexibilizarem a aplicação) da regra da competência-competência.

⁷⁷⁴ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 205.

⁷⁷⁵ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 206.

⁷⁷⁶ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 206.

5.4.6 CONFLITO DE COMPETÊNCIA?

O conflito de competência é medida cabível quando dois ou mais juízes se declaram competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para julgar determinada causa, ou, ainda, quando há controvérsia sobre a reunião ou separação de demandas⁷⁷⁷.

Trata-se de ferramenta implementada pela legislação processual com o objetivo de permitir que qualquer das partes, o Ministério Público ou o juiz, suscitem a existência de um problema de competência de determinado órgão julgador, o qual deverá ser solucionado pelo tribunal recursalmente competente para julgar a causa em que o conflito tenha sido suscitado, para que o processo possa seguir seu curso.

A questão, para os fins do presente estudo, é perquirir se é cabível a instauração de conflito de competência entre juiz togado e árbitro, nos casos em que, verificada alguma das hipóteses de cabimento acima aludidas, o Poder Judiciário seja instado a determinar quem seria competente para apreciar a controvérsia.

Nesse tocante, o artigo 105, I, d, da CF determina que compete ao STJ, processar e julgar, originariamente “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais”. Trata-se, pois, de competência para julgar conflitos de competência “que envolvam órgãos de Justiça diferentes, não importando o grau de jurisdição”⁷⁷⁸.

Independentemente da discussão sobre o cabimento dessa medida, realizada a seguir, importa de plano destacar que se trata de tema diretamente afeto à regra da competência-competência, na medida em que envolve a possibilidade de uma decisão, pelo Poder Judiciário, sobre a jurisdição arbitral, antes que o árbitro tenha tido a possibilidade de fazê-lo. É justamente por essa razão, vale dizer, que a questão tem suscitado fervorosos embates doutrinários.

Na vigência do CPC/73 a divergência doutrinária sobre o cabimento do conflito de competência opunha, de um lado, Arnaldo Wald⁷⁷⁹, José Arnaldo da Fonseca⁷⁸⁰ e Caio Cesar

⁷⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 821.

⁷⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, *Op. Cit.*, p. 632, grifos no original.

⁷⁷⁹ WALD, Arnaldo. Conflito de competência entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 40, p. 351-383, 2014.

⁷⁸⁰ FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 23, p. 49-59, 2009.

Vieira da Rocha⁷⁸¹, todos eles defendendo o cabimento de conflito de competência e, de outro, Rafael Francisco Alves⁷⁸², Eduardo Albuquerque Parente⁷⁸³ e Rodrigo Garcia da Fonseca⁷⁸⁴, os quais se posicionaram em sentido oposto.

Em resumo, os autores que se posicionam favoravelmente ao cabimento do conflito de competência defendem que, dado o caráter jurisdicional da arbitragem, haveria sua subsunção aos mecanismos de controle e preservação de competência, não se podendo interpretar o artigo 105, I, d, da CF como se limitasse o cabimento do conflito de competência apenas a órgãos judicantes pertencentes ao Poder Judiciário.

Além disso, para os defensores dessa posição, a viabilidade de instauração de conflito de competência possibilitaria uma decisão rápida com relação aos problemas de competência (*rectius* jurisdição) entre árbitro e Poder Judiciário, sem que se tenha que passar por recursos intermediários, como aconteceria se a matéria tivesse de ser resolvida em ação ordinária.

Haveria, portanto, que se privilegiar uma visão pragmática, a qual permite que, em casos nos quais o árbitro reconhece sua jurisdição e mesmo assim o Poder Judiciário não extingue determinada demanda, à parte que busca a instauração da arbitragem seria dado recorrer diretamente ao STJ, por meio da instauração do conflito, não havendo violação à regra da competência-competência ante à existência de uma decisão prévia por parte do árbitro se reconhecendo competente.

Aqueles que se posicionam contrariamente ao cabimento de conflito de competência entre juiz e árbitro afirmam que sequer se trata de um conflito de competência propriamente dito, na medida em que não se está a analisar um embate entre a medida de jurisdição (que é a competência, no sentido liebmaniano, como se viu acima) exercida por dois julgadores, e sim de um conflito entre a própria jurisdição de dois órgãos distintos, o judicial e o arbitral.

⁷⁸¹ ROCHA, Caio Cesar Vieira. Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 34, p. 263-286, 2012.

⁷⁸² ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**, *Op. Cit.*, p. 214.

⁷⁸³ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras v. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI and Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência nº 139.519/RJ, 9 April 2015. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XII, n. 47, 2015, p. 130. Trimestral.

⁷⁸⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 277-303.

Nesse sentido, embora o árbitro de fato exerça atividade jurisdicional, ele não seria um dos órgãos entre os quais o Estado divide sua função jurisdicional. O árbitro, assim, não seria um agente público judicante, mas um julgador privado, cuja jurisdição é outorgada por meio da convenção de arbitragem (daí é que se conclui, como se viu no início do trabalho, pela natureza jurídica híbrida da arbitragem).

Além disso, para esses autores, não haveria hierarquia que submeta o árbitro à decisão do STJ a respeito de sua jurisdição, na medida em que o artigo 105, I, d, da CF não menciona que árbitros ou tribunais arbitrais estarão sujeitos ao conflito de competência.

Nesse ponto, para os defensores dessa corrente, não seria válido o argumento de que a o árbitro apenas não foi mencionado no permissivo constitucional porque a CF é anterior à Lei de Arbitragem, na medida em que (i) a arbitragem já existia em nosso ordenamento, conforme artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916 e artigos 1.072 a 1.112 do CPC/73, revogados pela Lei de Arbitragem, que mudou os rumos do tratamento dado ao assunto; e (ii) a *ratio* do sobredito dispositivo constitucional é realmente a de tratar da divisão de funções do Poder Judiciário, o que não inclui o árbitro.

Por essas razões, os adeptos da corrente que nega o cabimento do conflito de competência entendem que o simples fato de o admitir, permitindo ao Poder Judiciário que decida desde logo sobre a jurisdição arbitral, já retiraria do árbitro a possibilidade de fazê-lo em primeiro lugar, na medida em que a decisão judicial sobre o assunto ser-lhe-á imposta pelo Judiciário, o que subverte toda a sistemática de controle da jurisdição arbitral e de sua atividade como um todo.

O panorama acima delineado, o qual inclui os posicionamentos esposados por autores contrários e favoráveis ao cabimento do conflito de competência, já existia, como se viu, desde a vigência do CPC/73.

Com o advento do CPC/15, alguns autores passaram a defender que o descabimento do conflito de competência em matéria de arbitragem restou ainda mais evidente, em virtude da redação do artigo 485, VII, o qual prevê que o juiz não decidirá o mérito da disputa quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando *o juízo arbitral reconhecer sua competência*”.

Defendem essa posição Lucas Britto Mejias⁷⁸⁵, André Luís Quintas Monteiro⁷⁸⁶, João Luiz Lessa Neto⁷⁸⁷ e Eduardo Talamini⁷⁸⁸, por entenderem que, como se viu no item 4.4 acima, a decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição impõe ao juiz togado a extinção da demanda, não cabendo mais ao Poder Judiciário analisar prematuramente a jurisdição arbitral, nem em juízo de cognição sumária.

No âmbito jurisprudencial, o STJ tem admitido a instauração de conflito de competência entre juiz e árbitro. A discussão, que já vinha sendo ventilada por meio de decisões monocráticas, foi assentada quando do julgamento do Conflito de Competência nº. 111.230/DF, favorável ao cabimento do conflito de competência por cinco votos a quatro⁷⁸⁹.

Sobrevieram, desde então, diversos outros conflitos de competência, tendo o STJ mantido, até o momento, sua posição com relação ao cabimento da medida.

É o caso, por exemplo, do Conflito de Competência nº. 146.939/PA, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, no qual, por unanimidade, o STJ entendeu que, diante da natureza jurisdicional da arbitragem, “compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal”, sendo que, no caso concreto, entendeu-se ainda que o artigo 8º da Lei nº. 9.307/1996 “confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima veiculada no Princípio da Kompetenz Kompetenz, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 227-228.

⁷⁸⁶ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

⁷⁸⁷ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 210.

⁷⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, p. 127-153, 2016.

⁷⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **111230/DF**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 08 de maio de 2013.

⁷⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **146939/PA**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 23 de novembro de 2016.

No mesmo sentido de admitir o cabimento do conflito de competência, há outros precedentes da mesma Corte Superior⁷⁹¹, dentre os quais merece destaque o famoso caso envolvendo a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Petrobrás⁷⁹².

Trata-se de disputa em cujo âmbito foram analisadas diversas questões importantes relacionadas à arbitragem, tais como a aplicação da regra da competência-competência, a arbitrabilidade de controvérsias advindas de contratos de concessão para exploração de petróleo e gás natural e a incidência da Convenção de Nova York em arbitragens domésticas.

Em resumo, ANP e Petrobras celebraram contrato de concessão para exploração de determinado bloco de petróleo e gás natural. Passados dezesseis anos de vigência do contrato, a ANP editou resolução alterando as condições de execução e remuneração do contrato original, o que motivou a Petrobrás a (i) iniciar arbitragem perante a CCI, pleiteando, dentre outras coisas, a declaração de nulidade da aludida resolução; e (ii) ajuizar medida cautelar buscando a suspensão dos efeitos da resolução até o término da arbitragem. O pedido cautelar foi deferido em primeiro grau, porém cassado em segunda instância.

Após a instauração da arbitragem, o tribunal arbitral impediu as partes de praticarem qualquer ato que pudesse afetar a esfera de direitos da outra, o que motivou a ANP a ajuizar ação de anulação da cláusula compromissória, com pedido liminar, alegando que o objeto da disputa seria inarbitrável ante à indisponibilidade do direito envolvido.

O pedido liminar foi indeferido e a demanda foi julgada improcedente, o que motivou a ANP e o Estado do Espírito Santo (que ingressou posteriormente na demanda), a apelarem da

⁷⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC n. **153498/RJ**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. 23 de maio de 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC n. **156133/BA**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. 22 de agosto de 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **150830/PA**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. 10 de outubro de 2018. Além desses casos, já decididos, há ainda o CC n. **1511130/SP**, pendente de decisão final, em cujo âmbito foi proferida decisão interlocutória sobrestando o andamento de demanda judicial proposta pela União Federal na tentativa de declarar a inexistência de relação jurídica, com o objetivo de combater decisão do Presidente da Câmara de Arbitragem da BM&FBOVESPA que concluiu, mediante análise *prima facie*, pela existência de cláusula compromissória em relação à União, no âmbito de procedimento arbitral instaurado, em face da Petrobras, por acionistas que se julgaram prejudicados pela desvalorização das ações da companhia. Para maiores comentários sobre o caso, ver: FINKELSTEIN, Cláudio. FINKELSTEIN, Maria Eugênia. ESCOBAR, Marcelo (et. al.). STJ determina a participação da União Federal em arbitragem envolvendo a Petrobras pela desvalorização das ações decorrente da operação Lava-Jato: Comentário à decisão no CC 151.130 que obsta a judicialização de decisões interlocutórias proferidas em arbitragens. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 58, p. 361-377, 2018.

⁷⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **139519**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Ministra Regina Helena Costa, 11 de outubro de 2017.

decisão e pugnam pela concessão de efeito ativo aos recursos, para que fosse determinada a suspensão da arbitragem até o julgamento final das apelações.

Entendendo se tratar de direito indisponível, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região concedeu efeito ativo aos recursos, o que levou a ANP a cobrar da Petrobrás, nos termos da resolução em voga, valor que excedia dois bilhões de reais, inclusive sob pena de multa correspondente à metade do débito cobrado.

Diante disso, a Petrobrás suscitou o conflito de competência e formulou pedido liminar, o qual foi deferido pelo STJ para determinar que quaisquer questões urgentes surgidas até o término do julgamento do conflito de competência deveriam ser julgadas pelo tribunal arbitral já constituído, bem como que todos os processos judiciais e administrativos relacionados à causa tivessem seu curso suspenso. No julgamento definitivo, decidiu o STJ, por maioria, que a jurisdição para apreciação da causa seria do tribunal arbitral.

Ao comentar o acórdão, André Luís Quintas Monteiro afirma que, apesar de o STJ ter valorizado a regra da competência-competência, o simples fato de ter sido admitido o conflito de competência e, mais do que isso, de ter sido ignorada a previsão do artigo 485, VII, da Lei de Arbitragem, a qual poderia ter sido analisada pelo STJ, mas não o foi, podem acabar gerando um enfraquecimento da regra da competência-competência no Brasil.

Isso porque, no entender do autor, a existência da segunda parte do artigo em questão, já comentado no subcapítulo 4.4 acima, por si só deveria ter eliminado o cabimento do conflito de competência, na medida em que, existindo decisão do árbitro confirmando sua jurisdição, não caberá ao Poder Judiciário analisar a jurisdição arbitral nem mesmo em caráter *prima facie*⁷⁹³.

Além disso, a decisão também é objeto de críticas porque, assim como muitas outras em casos semelhantes, promove uma análise exaustiva de questões jurisdicionais do árbitro, excedendo o escopo que deveria ser cabível nesse momento processual⁷⁹⁴.

O resultado de a interpretação do artigo 485, VII, do CPC/15 não ter sido analisada pelo STJ é que o cabimento do conflito de competência entre juiz togado e árbitro continua sendo

⁷⁹³ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

⁷⁹⁴ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

aceito pela Corte Superior, o que, ao nosso ver se mostra equivocado, sobretudo à luz do novo regramento legal aplicável.

Por fim, cumpre tratar de outro ponto de debate atinente ao cabimento de conflito de competência em matéria de arbitragem, qual seja o cabimento da medida em casos nos quais haja conflito entre duas instituições arbitrais.

Nessas hipóteses, o STJ já entendeu que, por se tratar essencialmente de questão de interpretação de cláusula contratual, deve ser dirimida por meio de ação judicial ordinária “no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça”⁷⁹⁵.

No caso específico, o qual envolvia duas arbitragens iniciadas perante instituições arbitrais distintas com base na mesma cláusula compromissória, sendo uma das instituições aquela expressamente prevista no contrato e outra que foi escolhida por uma das partes sob o argumento de que a cláusula arbitral permitiria a escolha de uma instituição com custas mais baratas, houve divergência entre os ministros.

A Ministra Nancy Andrighi votou pela admissibilidade do conflito de competência com base nas mesmas razões que autorizam sua suscitação quando há conflito entre árbitro e juiz, qual seja o caráter jurisdicional da arbitragem.

Por outro lado, o Ministro João Otávio de Noronha, além de manifestar seu entendimento na mesma linha do que se viu acima, ou seja, no sentido de que se trataria puramente de uma questão de interpretação contratual, afirmou ainda que aceitar esse tipo de conflito aumentaria o número de casos dessa natureza perante o STJ, o que não se afiguraria viável.

Embora esse voto vencedor tenha se fundado também em razões políticas (*i.e.*, o fato de que se multiplicariam processos dessa natureza), o que não nos parece ser o ideal para a resolução da questão, o fato é que a solução adotada se afigura correta, na medida em que se trata de instauração de duas arbitragens paralelas com base na mesma cláusula contratual e para discutir a mesma matéria, autorizando que essa dúvida interpretativa do contrato, em fase

⁷⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **113260/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Relator para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. 08 de setembro de 2010.

anterior à instauração, seja resolvida pelo Poder Judiciário por meio de demanda específica, não por conflito de competência⁷⁹⁶.

5.4.7 MANDADO DE SEGURANÇA?

Assim como o cabimento do conflito de competência em matéria de arbitragem, o cabimento de mandado de segurança contra ato do árbitro também é bastante controverso na doutrina e jurisprudência.

Aqueles que defendem essa possibilidade entendem que o árbitro exerce função pública e sua sentença equivale à judicial, de maneira que, por equiparação, caberia a impetração de mandado de segurança, sempre que não houver outro remédio eficiente contra lesões a direitos líquidos e certos⁷⁹⁷.

Nesse sentido, Arnaldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca entendem que “se é admitido o mandado de segurança contra o ato judicial cujo dano não possa ser evitado ou impedido por outros meios ordinários” ficaria difícil “excluir totalmente, a priori, a possibilidade de impetração contra ato do árbitro”⁷⁹⁸.

Os autores ressaltam, contudo, que o cabimento do mandado de segurança contra ato do árbitro “deve ser analisado com extrema cautela” devendo ficar “reservado apenas para situações absolutamente extraordinárias”, isto é, “nos casos de decisões teratológicas que se apliquem a terceiros que não participaram do processo arbitral (nem dele deveriam participar), para que não se transforme em via de indevida judicialização da arbitragem”⁷⁹⁹.

Em sentido semelhante, embora sem condicionar a casos que envolvam terceiros prejudicados, parece ser o posicionamento de Leonardo de Faria Beraldo, ao afirmar que “em casos extremos, é cabível o uso do mandado de segurança”. O autor, contudo, reconhece que,

⁷⁹⁶ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 210.

⁷⁹⁷ BARLETTA, Bruna. **Remédios de Terceiros em Face da Sentença Arbitral: Aspectos Relevantes Sob a Ótica do Consentimento no Instituto da Arbitragem**. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 86-87.

⁷⁹⁸ WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: processo arbitral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 875 (Coleção doutrinas essenciais).

⁷⁹⁹ WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O mandado de segurança e a arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 875-876 (Coleção doutrinas essenciais).

embora determinar o que é teratológico ou não seja subjetivo, não há outro critério mais apropriado para definir a questão⁸⁰⁰.

Há, por outro lado, quem rejeite o cabimento da medida, como é o caso de Lucas Britto Mejias, para quem não se pode aceitar qualquer tentativa de promover um controle externo primário da atividade do árbitro em caráter prematuro. Para o autor, que partilha da mesma opinião de Felipe Sripes Wladeck⁸⁰¹, isso decorre do fato de que o árbitro não exerce função pública e sim privada, a despeito de se tratar de atividade jurisdicional, o que ocorre em virtude da natureza jurídica híbrida ou *sui generis* da arbitragem⁸⁰².

O autor entende que medidas repressivas à arbitragem não são admitidas enquanto o procedimento arbitral estiver em curso, mesmo em casos nos quais caiba a excepcional flexibilização da regra da competência-competência. Outrossim, rejeita a possibilidade de impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal, na medida em que (i) há mecanismo de controle próprio para tanto, expressamente previsto em lei, qual seja a ação anulatória de sentença arbitral; e (ii) o judiciário não deve ser tratado como uma instância recursal de decisões arbitrais, mas sim como órgão responsável por reprimir, em hipóteses específicas, arbitragens viciadas⁸⁰³.

Um caso prático bastante discutido pela doutrina arbitral envolvendo o cabimento ou não de mandado de segurança contra decisão do Tribunal Arbitral é a disputa entre o Consórcio Via Amarela e a Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Em suma, o Metrô impetrou mandado de segurança buscando a decretação de nulidade do ato do Tribunal Arbitral que indeferiu a produção de prova pericial de engenharia como forma de liquidação de decisão previamente proferida, determinando que essa liquidação fosse realizada apenas mediante produção de prova pericial contábil. O pedido liminar foi deferido para “garantir a realização da prova pericial de engenharia no curso do processo que tramita perante o Tribunal Arbitral”⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 652.

⁸⁰¹ WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**, *Op. Cit.*, p. 372.

⁸⁰² MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. Cit.*, p. 229.

⁸⁰³ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. Cit.*, p. 230.

⁸⁰⁴ BRASIL. 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n. **053.10.017261-2**. Juíza: Maria Gabriella Pavlóoulos Spaolonzi, 07 de junho de 2010.

Em sede de recurso de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, deixando claro que não estava analisando o mérito do mandado de segurança mas apenas e tão somente a presença dos requisitos necessários à concessão de tutela de urgência, reverteu a decisão liminar, pontuando que “não se denota, a priori, qualquer irregularidade cometida pelo Tribunal Arbitral ao longo do processo que tramitou perante àquela Instituição” bem como que o Tribunal Arbitral teria agido “com razoabilidade e em consonância as normas e condições da Lei da Arbitragem”, o que afastaria o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*⁸⁰⁵.

Ao cabo, o mandado de segurança deixou de ser julgado no mérito, pois a magistrada de primeiro grau entendeu que o Metrô não observou o prazo decadencial de 120 dias para sua impetração, o que acabou afastando a promoção de uma discussão mais profunda sobre o cabimento ou não do mandado de segurança no caso em questão⁸⁰⁶.

Ao comentar o caso, contudo, a doutrina de modo geral se posicionou contrária ao cabimento do *writ of mandamus* na hipótese específica.

Nesse sentido, Arnoldo Wald, que como se viu acima admite o cabimento da medida em situações teratológicas e para resguardar o interesse de terceiros prejudicados, entendeu não ser esse o caso dos autos.

Para o autor, “não cabe ao juiz togado proferir decisões em mandados de segurança, ou em quaisquer outras ações judiciais, para impedir ou criar embaraços ao início, ao andamento ou à conclusão da arbitragem” na medida em que, por decorrência da competência-competência, “a primeira oportunidade de julgamento da competência dos árbitros deve ser reservada a eles próprios, sob o crivo de um controle judicial a posteriori”⁸⁰⁷.

O autor defende, ademais, em obra conjunta com Hely Lopes Meirelles e Gilmar Ferreira Mendes, que “a submissão ao Poder Judiciário, pela via do mandado de segurança, das questões entregues pela própria vontade das partes à via arbitral subverte a lógica da

⁸⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. **0284191-48.2010.8.26.0000**. Relator: Franco Cocuzza, 14 de março de 2011.

⁸⁰⁶ BRASIL. 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n. **053.10.017261-2**. Juíza: Maria Gabriella Pavlóoulos Spaolonzi, 10 de julho de 2012.

⁸⁰⁷ WALD, Arnoldo. Descabimento do Mandado de Segurança Contra Decisão do Tribunal Arbitral - Comentários do AGIN 990.10.284191-0. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 26, 2010. Trimestral.

arbitragem” na medida em que esta “deve ser solucionada de modo célere e fora do âmbito judicial”⁸⁰⁸.

A posição dos autores nos parece acertada. Afinal, salvo na excepcionalíssima hipótese de se tratar de um terceiro prejudicado, que não teria disponível qualquer outro remédio para combater uma situação teratológica decorrente de uma decisão arbitral, não há que se admitir a impetração de mandado de segurança em matéria de arbitragem.

5.5 OBJETO DO CONTROLE DA JURISDIÇÃO DO ÁRBITRO PELO PODER JUDICIÁRIO

Analisados os critérios para controle prematuro da jurisdição do árbitro, o momento em que esse controle pode ser realizado, e os mecanismos para sua efetivação, cumpre analisar o objeto do controle da jurisdição arbitral pelo Poder Judiciário.

Trata-se, pois, de estudar quais são os tipos de vício que desafiam a jurisdição do árbitro, ou, dito de outra forma, de perquirir quais são os principais elementos que devem ser levados em consideração no que toca a análise da jurisdição arbitral.

Como já se viu acima, os vícios que desafiam a decretação de nulidade da sentença arbitral são aqueles previstos no rol taxativo do artigo 32 da Lei nº. 9.307/1996⁸⁰⁹, os quais podem, no que for aplicável, ser analisados pelo Poder Judiciário de forma prematura, vale dizer, antes da prolação da sentença arbitral⁸¹⁰, desde que obedecidos à risca os sobreditos limites cognitivos e características limitadoras.

Ao tratar de vícios concernentes especificamente à jurisdição do árbitro, a doutrina apresenta classificações que se sobrepõem em alguma medida.

João Luiz Lessa Neto, por exemplo, entende que a análise da jurisdição do árbitro deve compreender a verificação (i) da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem;

⁸⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 6.

⁸⁰⁹ Sobre a taxatividade do rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem, ver, por todos: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 339; MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. Cit.*, p. 249; FERNANDES, Marcos Vinicius Tenorio da Costa. **Anulação da Sentença Arbitral**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55; NANNI, Giovanni Ettore. **Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial**, *Op. Cit.*, p. 160.

⁸¹⁰ MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da atividade do árbitro**, *Op. cit.*, p. 254.

(ii) dos limites e extensão ou abrangência do contrato de arbitragem; e (iii) da arbitrabilidade subjetiva e objetiva⁸¹¹.

André Luís Quintas Monteiro, por outro lado, entende que as causas que desafiam a jurisdição do árbitro podem ser divididas em (i) causas afetas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem; (ii) causas afetas à arbitrabilidade; e (iii) causas afetas à insuficiência econômica (*lack of funding*)⁸¹². Para o autor, vale frisar, a questão dos limites e extensão ou abrangência da convenção de arbitragem se enquadra nas causas afetas à existência, validade e eficácia do negócio jurídico, não sendo necessária uma categorização autônoma.

Ao nosso ver, não existe uma definição clara, seja na lei, doutrina ou jurisprudência, acerca de quais questões são propriamente afetas à jurisdição do árbitro, em oposição a quais questões seriam requisitos de procedibilidade ou ainda de improcedência evidente do pedido, havendo uma tendência de se considerar jurisdicional toda e qualquer questão que possa interferir no regular prosseguimento da arbitragem⁸¹³.

A identificação e definição dessas questões, destaque-se, não é tarefa fácil. E ganha contornos ainda mais complexos quando se está no campo da arbitragem internacional, na medida em que a discussão sobre o que compõe a análise da jurisdição do árbitro receberá tratamento diferente a depender da lei aplicável. Nesse sentido, é de se pontuar que determinadas questões que possam obstar o regular prosseguimento de uma arbitragem sujeita ao direito brasileiro podem não ser tidas como empecilhos sob o prisma de outra legislação.

É muito comum que isso ocorra, por exemplo, com questões afetas à arbitrabilidade, na medida em que determinadas matérias podem ser consideradas arbitráveis de acordo com algumas legislações nacionais, porém inarbitráveis com relação a outras. O mesmo também acontece com os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia da convenção de arbitragem, que variarão de acordo com a legislação nacional aplicável⁸¹⁴.

⁸¹¹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 103-121.

⁸¹² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. Cit.*, p. 173-196.

⁸¹³ Nesse mesmo sentido: LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 103.

⁸¹⁴ A título de exemplo, ao tratar da inexistência do negócio jurídico, Custodio da Piedade Ubaldino Miranda assevera que “um negócio pode ser juridicamente inexistente no domínio de uma legislação e ser juridicamente existente no domínio de uma outra legislação”. (MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 151).

Nesse contexto, entendemos por bem segmentar a análise dos principais elementos que compõem a análise da jurisdição do árbitro em (i) questões afetas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem; (ii) extensão subjetiva e objetiva da convenção de arbitragem; (iii) arbitrabilidade; e (iv) outros casos específicos, tais como os contratos de adesão e cláusulas arbitrais insertas em contratos de consumo.

5.5.1 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Como se viu no item 2.10.1 acima, a cláusula compromissória é um negócio jurídico. De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido como categoria (*i.e.*, como fato jurídico abstrato), ou como fato (*i.e.*, como fato jurídico concreto)⁸¹⁵.

Enquanto categoria, o negócio jurídico é a hipótese de fato jurídico (também chamada de suporte fático) que consiste em uma manifestação de vontade cercada de circunstâncias negociais, assim entendidas aquelas circunstâncias que fazem com que socialmente essa manifestação de vontade seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos. Destarte, o negócio jurídico tem como sua característica específica primária ser uma declaração de vontade, à qual o direito atribui os efeitos manifestados como queridos (*i.e.*, os efeitos constitutivos de direito), sendo esta a sua característica específica secundária⁸¹⁶.

Enquanto fato jurídico concreto, por seu turno, o negócio jurídico consiste “em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”⁸¹⁷.

Partindo dessa noção estrutural do negócio jurídico, e em sendo a convenção de arbitragem indiscutivelmente um negócio jurídico, como já se teve a oportunidade de expor acima, seu estudo deve ser empreendido à luz da conhecida teoria tricotômica⁸¹⁸, segundo a

⁸¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 16.

⁸¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 16.

⁸¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 16.

⁸¹⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 22.

qual o negócio jurídico possui três planos distintos que devem ser analisados sucessivamente⁸¹⁹, quais sejam o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia⁸²⁰.

Para que se tenha mais clareza sobre os principais contornos de cada um dos planos do negócio jurídico, bem como em que medida os elementos, requisitos e fatores de cada um desses planos se aplicam à cláusula compromissória⁸²¹, importa analisar, um a um, os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio jurídico.

5.5.1.1 Os elementos de existência da convenção de arbitragem

Antônio Junqueira de Azevedo ensina que a existência do negócio jurídico deve ser analisada com base nos elementos que o compõem, os quais podem ser classificados, com base em seu grau de abstração, em (i) *elementos gerais*, quais sejam aqueles comuns a todos os negócios; (ii) *elementos categoriais*, quais sejam aqueles que são próprios de cada tipo de negócio; e (iii) *elementos particulares*, quais sejam aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipo de negócio⁸²².

Para os fins deste estudo, cumpre analisar apenas os elementos gerais e categoriais da convenção de arbitragem, na medida em que não se pretende analisar nenhuma convenção de arbitragem específica, o que torna desnecessária a análise dos elementos particulares.

⁸¹⁹ Nesse sentido: “A tricotomia do negócio jurídico – existência, validade e eficácia – é igualmente aplicável à convenção de arbitragem, a existência no sentido de que o negócio jurídico precisa de elementos para existir. Depois, num segundo plano, ele depende de requisitos de validade e, então, requer certas circunstâncias, certos requisitos para ser válido; e, por fim, a sua eficácia, ligada a fatores de eficácia que propiciam que o negócio passe a produzir efeitos. Quando se vê essa análise, portanto, dos três planos – existência, validade e eficácia –, a última observação que eu gostaria de mencionar nesse contexto é que se fala do exame dos planos na chamada etapa de eliminação progressiva. Então, o negócio, em primeiro lugar, deve existir, para depois ser válido e, por fim, eficaz. (NANNI, Giovanni Ettore. **Convenção de arbitragem: negócio jurídico processual ou material?**, *Op. Cit.*, p. 15).

⁸²⁰ Nesse sentido: “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**, *Op. Cit.*, p. 24). Para uma análise aprofundada sobre cada um dos planos do negócio jurídico, ver: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 1ª Parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; e MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 47-91.

⁸²¹ Para uma análise específica dos três planos do negócio jurídico em cotejo com a convenção de arbitragem, ver: NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 9-59; SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 3, 2014, p. 321-351. Trimestral; e MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 339-350.

⁸²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 32.

Os elementos gerais são aqueles sem os quais nenhum negócio jurídico existe, podendo ser subdivididos em (i) intrínsecos (ou constitutivos), abarcando a forma, o objeto e a circunstâncias negociais; e (ii) extrínsecos (ou pressupostos), abarcando o agente, o lugar e o tempo do negócio⁸²³. Faltando qualquer desses elementos, repita-se, o negócio jurídico será considerado inexistente.

Esmiuçando os elementos intrínsecos acima elencados, Antônio Junqueira de Azevedo⁸²⁴ explica que a *forma* consiste no tipo de manifestação que veste a declaração, podendo ser oral, escrita, mímica, através do silêncio, etc. O *objeto*, por seu turno, diz respeito ao conteúdo do negócio jurídico, consistindo, por exemplo, nas diversas cláusulas de um contrato, nas disposições testamentárias, no fim que se manifesta na própria declaração, etc. As *circunstâncias negociais*, por fim, consistem em tudo aquilo o que fica da declaração de vontade despida da forma e objeto, ou seja, o cerne irreduzível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista pela sociedade como sendo destinada à produção de efeitos. Os elementos extrínsecos, por sua vez, como ensina o mesmo autor, são o *agente* responsável pela prática do ato jurídico, bem como o *tempo* e o *lugar* em que este ato jurídico seja praticado⁸²⁵.

Os elementos categoriais, por outro lado, não resultam da vontade das partes, mas sim da ordem jurídica, ou seja, da lei. São os elementos que caracterizam a natureza jurídica de cada categoria de negócio, como por exemplo a compra e venda e a doação, podendo ser divididos em (i) essenciais ou inderrogáveis, que não podem ser afastados sob pena de desnaturar o negócio como um todo, como é o caso do consenso sobre o preço e sobre a coisa na compra e venda, bem como a manifestação do *animus donandi* na doação; ou (ii) naturais ou derogáveis, que podem ser afastados pela vontade das partes, como é o caso da responsabilidade pela evicção na compra e venda e a responsabilidade pelos vícios redibitórios nos contratos comutativos⁸²⁶.

Ao transpor esses conceitos para o estudo da convenção de arbitragem, Giovanni Ettore Nanni, seguindo a lição de Antônio Junqueira de Azevedo, ensina que:

⁸²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 34. Sobre os elementos intrínsecos e extrínsecos do negócio jurídico, ver também: MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 47-58

⁸²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 32-33.

⁸²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 32-33.

⁸²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 35-38.

“Em relação à cláusula compromissória, é elemento *categorial essencial* a deliberação comum das partes de submeter os litígios decorrentes do contrato à decisão dos árbitros; ao passo que, *verbi gratia*, o poder de se julgar a controvérsia só com base na lei ou o prazo de seis meses para a apresentação da sentença arbitral são elementos *categoriais naturais*. O primeiro, empregando a posição de Antonio Junqueira de Azevedo, é *inderrogável*, no sentido de que, se derogado, já não se terá aquele negócio (cláusula compromissória), enquanto que os segundos são *derrogáveis*, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo (logo, quanto a estes elementos, há, para as partes, uma situação de ônus de se manifestar, se quiserem afastá-los)”⁸²⁷.

Nesse esteio, cumpre analisar, ainda que de forma não exaustiva, exemplos de vícios que possam fulminar a convenção de arbitragem em seu plano de existência. Para tanto, é importante, ainda que mediante as necessárias adaptações, analisar alguns exemplos trazidos pela doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, sobretudo para fins ilustrativos.

Nesse ponto, cabe um parêntese para destacar que, embora o texto da Convenção de Nova York, ao tratar da convenção de arbitragem, utilize a expressão “null and void, inoperative or incapable of being performed” para definir as hipóteses nas quais o Poder Judiciário pode deixar de remeter as partes à arbitragem – excluindo, aparentemente, vícios de inexistência – a doutrina entende que vícios de existência do negócio jurídico podem ser incluídos no conceito de *null and void*, na medida em que esse conceito transmite a ideia de que se deve analisar “se a convenção de arbitragem chegou a ser concluída”⁸²⁸.

Nesse contexto, é possível extrair como exemplos de questões afetas ao plano da existência do negócio jurídico no que diz respeito à convenção de arbitragem (i) a falsificação da assinatura constante do contrato ou da convenção de arbitragem⁸²⁹; (ii) a cláusula compromissória ou o contrato não assinados⁸³⁰; (iii) a verificação de que o contrato foi celebrado com parte diversa daquela contra a qual se pretende instaurar uma arbitragem; e (iv) o não cumprimento da forma prescrita em lei para a convenção de arbitragem em ordenamentos jurídicos que exigem alguma forma específica⁸³¹.

⁸²⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 25, grifos no original.

⁸²⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 341.

⁸²⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 29.

⁸³⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 176; LONGO, Samantha Mendes. **Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado**, *Op. Cit.*, p. 331-344, 2011. Trimestral.

⁸³¹ Nesse sentido, a doutrina da conta de que a Corte de Arbitragem da CCI decidiu no caso *Cekobanka*, julgado em 1986, que trocas de *telex* não eram suficientes para constituir uma convenção de arbitragem, o que levou à recusa de instauração da arbitragem. O caso então foi levado ao Tribunal de Grande Instância de Paris, que entendeu que caberia à CCI decidir a questão, dentro de sua discricionariedade, e não ao árbitro. Ao comentar o caso, Sigvard Jarvin e Alexander Leventhal pontuaram, contudo, que “The ICC Court’s decision in *Cekobanka* was relatively restrictive, and in other analogous cases the Court has allowed the arbitration to proceed, leaving it

Há quem considere, ainda, como vícios que atingem o plano da existência do negócio jurídico (v) os casos de incorporação de cláusula compromissória por referência⁸³²; e (vi) as hipóteses em que há controvérsia sobre o objeto da arbitragem⁸³³ ou sobre a vinculação de terceiros não-signatários^{834_835}.

Trata-se, como se pode ver, em sua maioria, de casos em que se coloca em dúvida a própria existência de uma declaração de vontade das partes no sentido de submeter determinada disputa à arbitragem. É dizer: os vícios em questão são todos direcionados à declaração de vontade em si, na medida em que, caso sejam verificados, eliminam a existência dessa declaração e, via de consequência, do negócio jurídico como um todo.

Afinal, como assevera a doutrina “a declaração de vontade é elemento essencial, intrínseco ou estrutural do negócio jurídico, constituindo mesmo o seu suporte básico ou fundamental”⁸³⁶. Logo, inexistindo declaração de vontade, inexistente negócio jurídico.

Nesse contexto, cumpre analisar, sob as várias perspectivas possíveis, o impacto da ocorrência de vícios de existência na convenção de arbitragem, bem como os reflexos desses vícios na definição da jurisdição do árbitro.

to the arbitral tribunal to decide whether an arbitration agreement existed. In light of the trend in ICC Court decisions since 1985 and the modification of the relevant provision under the 1998 Rules, it is likely that a case presenting the facts of the *Cekobanka* case would be decided differently today” (JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 521). Ainda sobre o assunto, tratando da inexistência de convenção de arbitragem escrita, ver: BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 171-179.

⁸³² GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 278. Ainda sobre o assunto, tratando da incorporação de cláusula compromissória por referência, ver: BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 174-175.

⁸³³ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 341.

⁸³⁴ LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 141.

⁸³⁵ É comum a utilização de fundamentos jurídicos e teorias (cessão de contrato, agência, *alter ego*, teoria da aparência, grupo de empresas, etc.) para tentar vincular determinada parte não-signatária a um procedimento arbitral. Nesse sentido, ao analisarem a prática arbitral da CCI, Sigvard Jarvin e Alexander Leventhal asseveram que: “The ICC Court will not attempt to resolve all the factual and legal issues that may arise in this context, but it will require at least a plausible theory showing why the non-signatory could enforce or be bound by the relevant arbitration agreement, and some factual support for such theory, preferably evidenced by documents. The mere allegation of facts is likely to be insufficient to convince the ICC Court of the *prima facie* existence of an arbitration agreement, or its binding character regarding a party that has not signed it. But where the ICC Court has found that a *prima facie* case exists, the final determination should be left to the arbitrator” (JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. **Objections to jurisdiction**, *Op. Cit.*, p. 521).

⁸³⁶ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 51.

Ao tratar do tema, Giovanni Ettore Nanni afirma que, nos casos em que haja um vício no plano da existência, notadamente a ausência de manifestação de vontade “o efeito negativo do princípio da competência-competência não se concretiza”⁸³⁷.

Isso porque, na visão do autor, “na hipótese de cláusula compromissória inexistente, pela carência de seu elemento indispensável que é a declaração negocial, não se vislumbra tal efeito” já que “nessa situação, os árbitros não detêm jurisdição, competindo ao Poder Judiciário decidir a matéria”⁸³⁸.

Surge, nesse particular, novamente, o questionamento já tratado acima sobre quem – se árbitro ou juiz togado – deve decidir sobre vícios de inexistência da convenção de arbitragem arguidos por uma das partes.

Essa discussão, que é mais facilmente resolvida quando se trata de vícios de validade e eficácia, parece ser mais difícil de se superar quando se trata de vícios que acometam o plano da existência, justamente com base na ponderação segundo a qual, nesses casos, inexistiria qualquer vontade no sentido de arbitrar.

Em resposta a esse questionamento, como já se teve a oportunidade de expor no subcapítulo 2.5 acima, a doutrina entende que o poder do árbitro para analisar sua própria jurisdição, mesmo nos casos em que haja arguição de um vício de existência do contrato principal e/ou da convenção de arbitragem, não decorre da autonomia das partes ou da convenção de arbitragem em si, mas sim da lei (vide, por exemplo, o artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem).

Nesse contexto, ganha palco, novamente, o já suscitado embate entre a legitimidade e a eficácia da arbitragem. Afinal, ao mesmo tempo em que forçar uma parte a arbitrar sem que esta tenha concordado com isso põe em xeque a legitimidade da arbitragem, permitir que uma simples alegação de inexistência de convenção de arbitragem baste para retirar do árbitro o poder de decidir sobre a questão prejudica a eficácia do instituto.

A questão, vale lembrar, possui natureza eminentemente política, na medida em que a escolha final sobre qual valor (*i.e.*, legitimidade ou eficácia da arbitragem) deve prevalecer, fica a cargo do legislador da sede da arbitragem.

⁸³⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 32-32.

⁸³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 32-32.

De todo modo, nos parece acertada, como medida de balanceamento desses dois valores caríssimos à arbitragem, a possibilidade de intervenção prematura do Poder Judiciário nesses casos, desde que dentro dos critérios cognitivos e temporais já esmiuçados acima, os quais devem ser encarados como fator limitador da atuação do Poder Judiciário antes da prolação da sentença arbitral.

Para que fique claro como essa proposição se materializa, valemo-nos do exemplo clássico e amplamente reverberado pela doutrina em termos de vício de inexistência, qual seja o caso de falsificação de assinatura.

Se for possível aferir, de plano (*i.e.*, em caráter *prima facie*) e sem a necessidade de dilação probatória, a falsidade de uma assinatura aposta em uma convenção de arbitragem, então o Poder Judiciário poderá desconsiderar a alegação de convenção de arbitragem e prosseguir com a demanda judicial da qual esteja diante.

Se por outro lado, for necessária a realização de dilação probatória para aferir o vício, notadamente a realização de uma perícia grafotécnica, então a questão há de ser resguardada à apreciação primária dos árbitros.

É de se frisar, por fim, que nesse caso específico, se houver elementos outros, pré-constituídos, que permitam atestar a falsidade das assinaturas, como por exemplo a produção de prova pericial em outra disputa envolvendo as mesmas partes, seria possível considerá-los como elementos suficientes para concluir-se, de plano, pela desconsideração da arguição de exceção de convenção de arbitragem.

5.5.1.2 Os requisitos de validade da convenção de arbitragem

Uma vez verificada a presença dos elementos que compõem o plano da existência, o próximo passo para a análise da higidez de um negócio jurídico deve ser o estudo do plano da validade, o qual, grosso modo, diz respeito à qualidade desses elementos de existência. A propósito, Antônio Junqueira de Azevedo ensina que:

“A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas”⁸³⁹.

⁸³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 42.

Os requisitos de validade são os caracteres que a lei exige nos elementos de existência do negócio jurídico para que este seja considerado válido. Afinal, “não basta que um negócio jurídico exista para começar a produzir seus efeitos. É necessário, além disso, que ele satisfaça aos requisitos que a lei exige para que o negócio seja válido”⁸⁴⁰.

Diante disso, é natural que haja, como de fato há, um paralelismo, isto é, uma correspondência lógica, entre os elementos de existência e os requisitos de validade. Em outras palavras, é como se os requisitos de validade fossem adjetivos dos elementos de existência⁸⁴¹.

Assim, quanto aos elementos de existência gerais intrínsecos (forma, objeto e circunstâncias negociais), tem-se, no plano da validade, que a *forma* deve ser a prescrita ou não defesa em lei (artigos 104, III e 166, IV e V, do CC) e o *objeto* deve ser lícito, possível, determinado ou determinável (artigos 104, II, e 166, II, do CC). As *circunstâncias negociais*, por seu turno, que são o *quid* que qualifica uma manifestação transformando-a em declaração, não possuem requisitos exclusivamente seus⁸⁴².

No que toca aos elementos existenciais gerais extrínsecos (agente, lugar e tempo), tem-se, no plano da validade, que: (i) o *agente* deve ser *capaz* (artigos 104, I, e 166, I, do CC) e em geral legitimado para o negócio, quando se fizer necessária a representação; (ii) o *tempo* deve ser *útil*, caso o ordenamento imponha que o negócio se faça em determinado momento; e (iii) o *lugar* deve ser *apropriado*, caso haja algum requisito específico nesse sentido⁸⁴³.

Em se tratando dos elementos categoriais, tem-se que apenas os inderrogáveis possuem requisitos de validade, na medida em que os derogáveis, por serem determinados pela própria ordem jurídica, ficam implícitos por disposição do próprio direito, não havendo, para eles, exigência de caracteres. Os inderrogáveis, por seu turno, devem ser necessariamente observados, pois integram o regime jurídico do negócio em questão⁸⁴⁴.

Por fim, há ainda de se ter em mente que a declaração de vontade, vista como um todo, deve resultar de um processo volitivo e ser querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé⁸⁴⁵.

⁸⁴⁰ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 58.

⁸⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 42.

⁸⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 42-43.

⁸⁴³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 43.

⁸⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 43-44.

⁸⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 43.

Transportando essas considerações para o prisma da convenção de arbitragem, tem-se que esta deve ser celebrada por agentes capazes, possuir objeto lícito, possível, determinado ou determinável, tal como previsto no artigo 104 do CC, bem como ser fruto de manifestação de vontade livre, isenta de vício de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, sob pena de ter sua invalidade reconhecida (artigo 171, II, do CC)⁸⁴⁶.

Abstratamente, a convenção de arbitragem preenche o requisito da licitude, na medida em que possui previsão legal (artigos 853 do CC e 4º da Lei nº. 9.307/1996), o que se preserva naturalmente desde que as partes não estipulem nada que ofenda a ordem pública nem os bons costumes⁸⁴⁷.

Demais disso, o requisito da possibilidade, jurídica e fática, do objeto da convenção de arbitragem, também se concretiza desde que a consecução do seu fim – qual seja a resolução de certas disputas por meio da arbitragem – se afigure possível.

Nesse ponto, pactos arbitrais que submetam ao árbitro matérias inarbitráveis do ponto de vista objetivo esbarrarão no requisito da possibilidade, inclusive à luz do disposto no artigo 852 do CC⁸⁴⁸ e no artigo 1º da Lei nº. 9.307/1996. Assim, “a arbitrabilidade objetiva impõe que somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de arbitragem” na medida em que “quando se cuidar de direitos indisponíveis, é indispensável a atuação estatal, objetivando preservar interesse maior da sociedade em questão reputada como de extrema relevância para os interesses do Estado e da coletividade”⁸⁴⁹.

A propósito, Luis Fernando Guerrero assevera que, em matéria de arbitragem, o objeto é limitado pelo artigo 1º da Lei de Arbitragem, pois se restringe o conteúdo do negócio jurídico, na medida em que as prestações ou comportamentos das partes só podem estar ligados a direitos patrimoniais disponíveis. Não se trata, pois, de “uma limitação aos bens materiais, mas uma limitação aos bens jurídicos, que devem ser patrimoniais e passíveis de disposição”⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 35-36.

⁸⁴⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 36.

⁸⁴⁸ “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

⁸⁴⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial, *Op. Cit.*, p. 158.

⁸⁵⁰ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 35.

No que toca ao requisito da determinabilidade, tem-se que o objeto da convenção de arbitragem pode ser determinado no momento de sua celebração ou vir a ser individualmente determinado de acordo com critérios contratuais ou legais.

Não se trata, aqui, do objeto da disputa arbitral em si, mas sim do objeto da própria convenção de arbitragem, qual seja o afastamento da jurisdição estatal e a submissão de determinadas disputas ao juízo arbitral.

Nesse sentido, haverá objeto determinado quando se tratar de cláusula compromissória cheia (já que serão estipulados todos os elementos necessários à instauração da arbitragem), ao passo que haverá objeto determinável quando se tratar de cláusula compromissória vazia (na medida em que será necessário consenso posterior, com base nas diretrizes já pré-determinadas, para o estabelecimento de elementos essenciais à instauração da arbitragem)⁸⁵¹.

No que toca à forma, a convenção de arbitragem foge à regra geral de liberdade formal prevista no artigo 107 do CC, constituindo-se em um negócio jurídico solene, por força do artigo 4º, §1º da Lei nº. 9.307/1996, o qual determina, em redação materialmente semelhante à do artigo II(1) da Convenção de Nova York⁸⁵², que “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”. Em assim sendo, reputa-se inválida a convenção de arbitragem que desrespeite essa forma prescrita em lei, por força dos artigos 104, III e 166, IV e V, todos do CC.

Essa questão, sobretudo com o desenvolvimento cada vez maior do comércio eletrônico, tem gerado diversas discussões sobre o que basta para o cumprimento da formalidade legalmente prevista, isto é, sobre o que basta para se considerar que uma convenção de arbitragem foi estipulada por escrito.

Sem a pretensão de esgotar o tema, destaca-se que a doutrina e a jurisprudência⁸⁵³ têm tratado de diversos aspectos correlatos, como por exemplo (i) a viabilidade de uma cláusula

⁸⁵¹ Nesse sentido, Giovanni Ettore Nanni assevera que “no evento de cláusula compromissória cheia, em geral, o seu objeto é determinado, porém, se vazia, em regra, é determinável, ainda que em parte” (NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 37).

⁸⁵² “Artigo II. 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem”.

⁸⁵³ Para uma análise mais aprofundada sobre o assunto, ver: NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 50; GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 53-60.

compromissória pluridocumental, com declarações das partes constantes de documentos distintos; (ii) a pactuação de convenção de arbitragem por via eletrônica (*e.g.*, por trocas de e-mail, mediante certificação digital, etc.); (iii) a manifestação de vontade expressa, tácita ou presumida no sentido de arbitrar (como por exemplo pela ausência de objeção ao prosseguimento do procedimento arbitral; pela arguição de exceção de arbitragem por uma parte não signatária inserida no polo passivo de uma ação judicial juntamente com uma parte signatária; ou pela adoção de um comportamento concludente no sentido de resolver controvérsias por meio de arbitragem); e (iv) a possibilidade de incorporação por referência de uma cláusula compromissória.

Independentemente de toda a discussão que cerca esse tema específico, o fato é que, para todos os fins “não se chega ao ponto de entender que a cláusula compromissória é admitida na forma verbal, nem pactuada por telefone”, sendo certo que isso “contraria o espírito da Lei de Arbitragem, assim como propicia inaceitável insegurança jurídica”, podendo-se resumir a questão da forma da convenção de arbitragem afirmando que esta “exige forma solene, por intermédio do consentimento escrito, admitida a concordância tácita mediante evidências de comportamento concludente”⁸⁵⁴.

No que toca à capacidade do agente, a Lei nº. 9.307/1996 estabelece em seu artigo 1º, assim como o CC estabeleceu em seu artigo 851, que somente as pessoas capazes de contratar podem escolher a arbitragem como meio de solução de controvérsias oriundas de um determinado negócio jurídico.

Se a questão do objeto da convenção de arbitragem, acima aludida, diz com a arbitrabilidade objetiva da celeuma, o requisito de capacidade do agente, ora esmiuçado, diz com a arbitrabilidade subjetiva da disputa⁸⁵⁵.

Não se trata aqui, vale dizer, da capacidade de direitos e deveres prevista no artigo 1º do CC, e sim da capacidade de fato⁸⁵⁶, a qual consiste na aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem⁸⁵⁷, o que leva à conclusão de que os incapazes (artigos 3º e 4º do CC)

⁸⁵⁴ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 38-52. Para uma análise mais aprofundada sobre o assunto, inclusive à luz da jurisprudência pátria, além do autor, ver: BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 171-179; e MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 344-349.

⁸⁵⁵ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 50.

⁸⁵⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 53.

⁸⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2 ed. Campinas: Servanda, 2015, p. 84.

não estão autorizados a celebrar convenção de arbitragem, sob pena de invalidade, devendo a controvérsia ser decidida pelo Poder Judiciário⁸⁵⁸.

O mesmo vale para a pessoa jurídica, a qual, no exercício de sua capacidade de fato, pode firmar convenção de arbitragem, desde que representada na forma de seus atos constitutivos, respeitadas todas as eventuais limitações e necessidades de conferência de poderes especiais⁸⁵⁹.

Ainda no que toca aos elementos gerais extrínsecos, há que se destacar que o tempo útil e o lugar apropriado não apresentam maiores peculiaridades que tenham de ser ressaltadas no caso específico da convenção de arbitragem.

Por fim, no que toca aos elementos categoriais inderrogáveis, tem-se que a convenção de arbitragem deve inequivocamente declarar a vontade negocial das partes no sentido de renunciar à jurisdição estatal e de outorgar aos árbitros o poder de julgar as controvérsias decorrentes de determinado contrato, o que deve ser feito de forma livre, em obediência à ordem pública e em respeito aos princípios previstos no artigo 21, § 2º, da Lei nº. 9.307/1996, quais sejam o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento⁸⁶⁰.

Ao tratar do tema, Luis Fernando Guerrero analisa os principais vícios de declaração de vontade que podem fulminar a convenção de arbitragem. Para o autor, em relação à arbitragem, o *erro*⁸⁶¹ poderá ser alegado em face da própria escolha do método de solução de conflito, cabendo à parte que se fiar neste argumento justificar sua escusa para o desconhecimento da arbitragem e suas consequências como forma de solução de conflitos, o que eliminaria, no mais das vezes, a utilização dessa defesa por profissionais do comércio que tenham sido auxiliados

⁸⁵⁸ NANNI, Giovanni Ettore. Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial, *Op. Cit.*, p. 158.

⁸⁵⁹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 51.

⁸⁶⁰ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p 55-56.

⁸⁶¹ A respeito do conceito de erro, Clóvis Beviláqua o define, com base na lição de Riccardo Fubini, como “o estado da mente, que, por defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas, impede uma real manifestação da vontade”. O civilista brasileiro destaca, ademais, que “para que o erro seja considerado um princípio viciador da vontade, há de constituir uma opinião errada, que tenha sido causa determinar dela num ato jurídico, originando-se daí consequências não queridas pelo agente” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, *Op. Cit.*, p. 273).

por advogados na elaboração da avença⁸⁶². O *dolo*⁸⁶³, por seu turno, em matéria de arbitragem, poderia ocorrer quando uma das partes indica, por exemplo, uma câmara de arbitragem com nome semelhante ao de uma outra mais famosa ou respeitada, levando a parte contrária em erro⁸⁶⁴. Já a *coação*⁸⁶⁵, no âmbito da celebração de uma convenção de arbitragem, poderia ocorrer em diversas situações, como por exemplo nos casos em que uma das partes imponha determinada circunstância relativa ao negócio jurídico⁸⁶⁶. Por derradeiro, o *estado de perigo*⁸⁶⁷, no que toca à pactuação da arbitragem, encontra aplicabilidade bastante restrita e parece ser de difícil configuração prática, pois teria de envolver uma situação na qual uma das partes ameaçada por perigo iminente, anui em celebrar uma convenção de arbitragem e, posteriormente, busca sua anulação. Esta defesa, como destaca o autor, deve ser feita com muitas ressalvas e reservas, a fim de não deturpar situações fáticas apenas com o intuito de se furtao cumprimento de obrigações⁸⁶⁸.

Ao resumir os requisitos que devem ser verificados para que se ateste a validade de uma convenção de arbitragem, André Luís Quintas Monteiro assevera que esta precisa: “(i) ter sido celebrada por agentes capazes, (ii) possuir objeto lícito, possível, determinado ou determinável, (iii) adotar forma prescrita ou não defesa em lei, (iv) não ser fraudulenta e (v) não decorrer de simulação, erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão”⁸⁶⁹.

No mesmo esteio, embora tratando do assunto com enfoque no requisito “null and void” da Convenção de Nova York, Pedro Batista Martins afirma que:

“Pode-se dizer que a dicção *nula e sem efeitos (null and void)* encerra os vícios atinentes à declaração de vontade manifestada pela parte em prol da resolução das disputas contratuais por arbitragem. São os casos, basicamente, de falta de consenso por incapacidade do agente, fraude, coação, declaração falsa ou uso impróprio do

⁸⁶² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 35.

⁸⁶³ A respeito do conceito de dolo, Clóvis Beviláqua o define como “o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico, que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, *Op. Cit.*, p. 275-276).

⁸⁶⁴ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 36.

⁸⁶⁵ A respeito do conceito de coação, Clóvis Beviláqua o define como “um estado de espírito, em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o ato, que lhe é exigido” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**, *Op. Cit.*, p. 278).

⁸⁶⁶ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 36.

⁸⁶⁷ A respeito do conceito de estado de perigo, figura introduzida pelo CC, Clóvis Beviláqua o define como “um estado de premência ou de necessidade, designado na lei como estado de perigo, sob o qual a pessoa contrai uma obrigação excessivamente onerosa, sendo esse estado causado por um fato natural ou por uma ação humana” (MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 223).

⁸⁶⁸ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 36.

⁸⁶⁹ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 344-345.

titular de um poder em prejuízo alheio. São situações jurídicas que se fundam em vícios que afetam a cláusula já no seu nascedouro⁸⁷⁰.

Na mesma linha, ao comentar o artigo 8 da Lei Modelo da UNCITRAL, que possui redação semelhante ao texto da Convenção, a doutrina estrangeira pontua que:

“One of the most relied-upon grounds to resist a referral to arbitration is that there was no consent or no valid consent to arbitrate. Such challenges often involve the court having to become a trier of facts regarding whether consent to arbitrate was established. These may involve issues of incorporation of arbitration clauses found in another document on which one of the parties seeks to rely. Sometimes a non-signatory to the agreement may seek to show that it is nevertheless a party to the agreement, or a signatory may challenge the contract containing the arbitration clause in order to extricate itself from the arbitration. Where the agreement to arbitrate is properly documented, questions of fraud and deceit could well operate as vitiating factors to undermine any apparent consent given. Issues of validity may also arise in situations where the arbitration clause itself is so unclear, ambiguous, or uncertain that it becomes pathological (incurable), this nullifying its effectiveness as evidence of consent to arbitrate”⁸⁷¹

Como regra geral, e já se teve a oportunidade de dizer, a perquirição sobre esses requisitos deve ser feita pelo árbitro, por força da regra da competência-competência, a qual pode, contudo, ser flexibilizada nos casos em que o Poder Judiciário seja capaz de aferir, ainda em estágio prematuro, mediante análise *prima facie* e sem necessidade de dilação probatória, a ocorrência desses vícios.

É o caso, por exemplo, de casos de manifesta inarbitrabilidade objetiva da matéria submetida ao juízo arbitral pela convenção de arbitragem, o que, como se viu acima, integra o plano da validade do negócio jurídico, na medida em que atine justamente às exigências de agente capaz e objeto lícito e possível, respectivamente, como bem ressalta a doutrina⁸⁷².

Imagine-se, por exemplo, que determinado contrato eleja a arbitragem para dirimir controvérsias que claramente se enquadram na qualificação “direito pessoal de família” inserta no artigo 852 do CC.

Nesse caso, não seria razoável ter que obrigar as partes a iniciarem um procedimento arbitral para ver decretada a nulidade da aludida previsão, sendo plenamente viável que o Poder Judiciário deixe de remeter as partes à arbitragem e prossiga com a análise da controvérsia.

⁸⁷⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque**, *Op. Cit.*, p. 136, grifos no original.

⁸⁷¹ BOO, Lawrence. **The Enforcement of Arbitration Agreements under Article 8 of the Model Law**, *Op. Cit.*, p. 40-41.

⁸⁷² MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 175-177; e NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 35-37, 53-55.

Por outro lado, em casos nos quais haja uma zona cinzenta com relação à questão da arbitrabilidade, não sendo possível, *prima facie*, atingir a conclusão de que se trata de matéria inarbitrável, caberá ao juiz togado acatar a arguição de convenção de arbitragem e, bem assim, remeter as partes ao juízo arbitral.

Em assim sendo, o árbitro dará a primeira palavra sobre a arbitrabilidade da disputa, em decisão que poderá ser posteriormente controlada por ação anulatória, com fundamento no artigo 32, I, da Lei de Arbitragem.

5.5.1.3 Os fatores de eficácia da convenção de arbitragem

O terceiro e último plano que deve ser estudado quando se avalia o negócio jurídico é o plano da eficácia, cuja análise consiste não em aferir toda e qualquer eficácia prática do negócio jurídico, mas sim a sua eficácia jurídica, ou mais especificamente, sua eficácia própria, isto é, a eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos⁸⁷³.

De fato, muitos negócios jurídicos, para a produção de seus efeitos, necessitam de fatores de eficácia, os quais são extrínsecos ao negócio, ou seja, dele não participam, embora contribuam para a obtenção do resultado visado⁸⁷⁴.

Esses fatores de eficácia são classificados por Antônio Junqueira de Azevedo em três espécies distintas, quais sejam (i) os fatores de atribuição de eficácia em geral, sem os quais o negócio praticamente não produzirá efeitos, como é o caso de atos sob condição suspensiva; (ii) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, quais sejam aqueles indispensáveis para que um negócio com alguma eficácia venha a produzir exatamente os efeitos visados pelas partes; e (iii) fatores de atribuição de eficácia mais extensa, verificados em casos nos quais o negócio já possui eficácia plena, mas há o intuito de ampliar o seu campo de atuação, tornando-o oponível a terceiros ou mesmo *erga omnes*⁸⁷⁵.

Transpondo esses conceitos para a convenção de arbitragem, Giovanni Ettore Nanni, se valendo da lição de Antônio Junqueira de Azevedo, compara a cláusula compromissória ao testamento, afirmando que, ainda que seja existente e válido, somente adquirirá a sobredita eficácia própria se o testador mantiver sua declaração, sem revogação, até morrer⁸⁷⁶.

⁸⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 49.

⁸⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 55.

⁸⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**, *Op. Cit.*, p. 57.

⁸⁷⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 57.

Para o autor, é exatamente isso o que ocorre, em essência, com a convenção de arbitragem, a qual, uma vez pactuada, constitui um acordo de vontade apto a produzir efeitos, porém desprovido de eficácia. Trata-se, assim, de previsão contratual latente, que dependerá da deflagração de um conflito, o qual será o seu fator de atribuição de eficácia em geral⁸⁷⁷.

Há, pois, no caso da cláusula compromissória, diferentemente do compromisso arbitral, uma condição suspensiva que subordina a produção de efeitos a um evento futuro e incerto, nos termos do artigo 121 do CC, qual seja o surgimento do conflito. Em outras palavras, é possível que o negócio jurídico cláusula arbitral seja válido, mas sem gerar eficácia, bastando que o contrato seja cumprido sem qualquer desentendimento entre as partes⁸⁷⁸.

Além desse viés, a doutrina também explora a questão da ineficácia da convenção de arbitragem sobre outro prisma, qual seja, de situações nas quais a convenção de arbitragem possa ser considerada “sem efeito ou inoperante” ou, na dicção da Convenção de Nova York, “inoperative or incapable of being performed”.

Nos parece ser o caso da eficácia superveniente, a qual, segundo Orlando Gomes, com base na lição de Galvão Teles, se refere aos casos nos quais os efeitos produzidos desaparecem por força de fato ulterior, com alcance retroativo⁸⁷⁹.

Nesse tocante, André Luís Quintas Monteiro ressalta que há diversos exemplos debatidos na prática que podem se encaixar na noção de ineficácia da convenção de arbitragem, tais como (i) o transcurso do prazo para prolação da sentença final; (ii) a renúncia à via arbitral, que pode ocorrer quando o réu de ação judicial se abstém de suscitar a existência de convenção de arbitragem; (iii) a existência de prévia coisa julgada sobre a questão sujeita à convenção de arbitragem, ainda que parcialmente; e (iv) as convenções arbitrais patológicas⁸⁸⁰.

Ao analisar a Convenção de Nova York, mais especificamente o conceito daquilo que seria inoperante, Pedro Batista Martins assevera que:

“Inoperante (*inoperative*) é a cláusula compromissória que perde seu efeito por força de ato da parte ou da prática ou omissão de certo ato. Resulta, basicamente, da ocorrência de renúncia, expressa ou tácita, da(s) parte(s). Com efeito, a existência de ações judiciais instituídas pelas partes atinentes a questões oriundas do contrato em

⁸⁷⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p 57.

⁸⁷⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 139.

⁸⁷⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21 ed. Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 364.

⁸⁸⁰ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 175-177; e NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p 35-37, 53-55.

que se insere a cláusula de arbitragem pode torná-la inoperante. Outro modo de tornar inoperante a cláusula compromissória pode advir de aditamento ao contrato em que a opção original pela arbitragem reste superada, implícita ou explicitamente, por uma disposição de foro em geral”⁸⁸¹.

O mesmo autor, ao analisar o conceito de inexecuível, ou “incapable of being performed”, pontua que:

“Já a dicção *inexecuível* (*incapable of being performed*) diz com a impossibilidade de se dar curso ao procedimento de arbitragem, por exemplo, pela impossibilidade de o único árbitro indicado e aceito pelas partes não poder exercer a função ou não haver árbitro disponível, caso o regulamento da Câmara exija que todos ou o presidente do tribunal arbitral seja nomeado dentre aqueles listados em seu corpo de árbitros. Ou, ainda, a escolha das partes recaia, exclusivamente, sobre determinada instituição arbitral que não mais funciona no momento da erupção da controvérsia. No mesmo sentido, temos a situação em que o procedimento de nomeação do tribunal arbitral é falho ou a autoridade escolhida para nomear árbitros se recusa a fazê-lo. A cláusula compromissória também pode ser considerada inexecuível nos casos em que alterações políticas ou legais no local escolhido para sede da arbitragem tornem inviável ou impossível o curso do procedimento. Com efeito, mudanças radicais no governo do local da sede ou modificação legislativa que implique a redução das hipóteses de arbitrabilidade objetiva podem tornar impossível ou inviável a resolução da disputa por arbitragem. A inexecuibilidade surge, pois, da frustração na execução do objeto da cláusula compromissória”⁸⁸².

Ainda sobre o tema e também à luz da Convenção de Nova York, Stefan Kröll traz interessante ponderação no sentido de que há uma escala gradual de vícios, sendo mais grave o vício que torna a convenção de arbitragem “nula e sem efeitos” do que os vícios que a tornam “inoperante e inexecuível”, na medida em que no primeiro caso não há a possibilidade de ser futuramente sanada a irregularidade, ao passo que, nos demais casos, não se exclui, de plano, a possibilidade de a convenção de arbitragem vir a ser tornar efetiva em disputas posteriores:

“According to the prevailing understanding, the scheme inherent in Article II (3) of the New York Convention is that there is a sliding scale from the most serious defects of the arbitration agreement, covered by the notion of “null and void” up to the least serious and perhaps surmountable defects falling within the notion of “incapable of being performed. (...) As a consequence, in all cases covered by the first two grounds it can be positively excluded that the arbitration agreement at issue may become relevant in the future disputes arising from the same contractual relationship. By contrast, the finding that an arbitration agreement is “merely” incapable of being performed does not exclude *ipso iure* that the agreement may become relevant in future disputes”⁸⁸³.

⁸⁸¹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque**, *Op. Cit.*, p. 136-137, grifos no original.

⁸⁸² MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque**, *Op. Cit.*, p. 136-137, grifos no original.

⁸⁸³ KRÖLL, Stefan. The “incapable of being performed” exception in article II (3) of the New York Convention. In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. **Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice**. Londres: Cameron May, 2008, p. 328.

Os exemplos trazidos pelos autores acima citados, notadamente por André Luís Quintas Monteiro e Pedro Batista Martins, já evidenciam uma diversidade de casos nos quais pode ser colocada em questão a eficácia da convenção de arbitragem.

Esses exemplos, nos parece, se aproximam em sua maioria ao conceito de cláusula arbitral patológica⁸⁸⁴, assim entendida a cláusula “com redação contraditória, incongruente, confusa, ambígua ou de difícil interpretação” cuja imprecisão “pode comprometer a certeza quanto à vontade das partes, e enseja dificuldade na sua efetivação”⁸⁸⁵, podendo, ainda, ser aquela cláusula que contem “erros, impropriedades ou falhas capazes de afetar a sua própria eficácia, e até impedir a realização do projetado inicialmente pelos contratantes”⁸⁸⁶.

Nesses casos, não é possível, de plano, instaurar o procedimento arbitral, sendo necessário ou (i) o acordo prévio das partes para sanar a irregularidade; ou (ii) a intervenção judicial por meio, no caso do ordenamento pátrio, da ação do artigo 7º da Lei de Arbitragem.

Nessa hipótese, como já se teve a oportunidade de expor acima, caberá ao Poder Judiciário perquirir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, em sede de cognição sumária.

A decisão final a ser atingida dependerá diretamente das circunstâncias de cada caso concreto. Em alguns casos, será possível suprir a patologia verificada. Em outros, por outro lado, isso poderá simplesmente não se afigurar viável, podendo ser a convenção de arbitragem declarada inoperante ou inexecutável, ante a impossibilidade de se instaurar a arbitragem.

Conforme se colhe da doutrina, o principal critério disponível ao julgador é possibilidade de se extrair do pacto arbitral a convicção dos contraentes pela arbitragem, sendo necessário “mergulhar profundamente na pesquisa da real intenção das partes” analisando-se “as circunstâncias que gravitaram em torno da contratação, bem como questões periféricas ao contrato, além da qualidade das partes, objeto do negócio, condições estabelecidas, influência do conteúdo econômico-financeiro quando das tratativas, equilíbrio entre os envolvidos etc.”⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 175-177; e NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 35-37 e 53-55.

⁸⁸⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 133.

⁸⁸⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 133.

⁸⁸⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, *Op. cit.*, p. 135-136.

Essa análise, em sede judicial prematura, deve ser feita “com base apenas nas provas documentais trazidas pelas partes na petição inicial, contestação, réplica e tréplica”⁸⁸⁸.

Caso o resultado obtido seja no sentido de que as patologias em questão efetivamente tornam a convenção de arbitragem inoperante e inexecutável, não será possível a instauração da arbitragem. Essa análise, no entanto, deve sempre levar em consideração a interpretação da convenção de arbitragem de acordo com seu efeito útil, conforme exposto no item 2.10.1 acima.

Há casos, por exemplo, em que pode ser conferida efetividade à convenção de arbitragem, como por exemplo as hipóteses nas quais há a indicação de uma câmara arbitral inexistente, ou um simples erro material na indicação do nome da instituição. Nesses casos, havendo resistência de uma das partes à instauração da arbitragem e sendo proposta a ação do artigo 7º da Lei nº. 9.307/1996, o Poder Judiciário poderia instituir a arbitragem, indicando outra instituição arbitral ou determinando qual seria a instituição correta⁸⁸⁹.

Hipótese distinta, contudo, nos parece ser o caso de as partes escolherem uma instituição arbitral que deixa de existir após a celebração do contrato. Nesse caso, se for possível verificar, pelas circunstâncias da avença e de acordo com as limitações cognitivas acima aludidas, que uma das partes não concordaria em arbitrar se não fosse perante a instituição originalmente escolhida, nos parece que não seria o caso de compeli-la a arbitrar em outra câmara arbitral.

Isso porquê, diferentemente do caso em que ambas as partes indicaram uma instituição inexistente ou cometem mero lapso com relação ao nome da instituição arbitral, nesse caso específico a vontade de arbitrar foi declarada por uma das partes condicionada ao fato de que a arbitragem fosse administrada por determinada instituição, não sendo possível obrigar a parte que assim optou a se submeter a um procedimento arbitral administrado por instituição distinta.

Outro exemplo semelhante nos parece ser a hipótese em que as partes estabelecem, na convenção de arbitragem, características do árbitro a ser futuramente escolhido que sejam tão peculiares a ponto de impedir a escolha de um profissional, pela simples inexistência de pessoas que congreguem cumulativamente esses requisitos (e.g., um árbitro nascido no Japão, com formação jurídica no Japão e no Brasil e mais de 15 anos de experiência em determinado

⁸⁸⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

⁸⁸⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, *Op. Cit.*, p. 170.

segmento de mercado). O mesmo vale para os casos em que as partes elejam, como condição fundamental de sua escolha pela arbitragem, um determinado árbitro que venha a falecer.

Nesses casos – e repita-se, a depender da prova a ser produzida em sede de cognição sumária – nos parece que não seria possível se valer das já tratadas interpretações favoráveis à arbitragem, na medida em que, sob o pretexto de se dar exequibilidade à convenção de arbitragem, acabar-se-ia pondo em cheque os termos da própria declaração de vontade das partes ao concordarem em arbitrar, na medida em que o fizeram de acordo com determinadas circunstâncias que não podem ser verificadas no mundo fenomênico.

Justamente por se tratar de questão casuística, a solução final atingida pode levar a resultados diversos, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas aplicáveis.

A jurisprudência estrangeira é farta em exemplos desses casos.

A título de exemplo, tem-se a disputa *Dalimpex Ltd. vs. Janicki*, a qual envolvia um órgão arbitral (“College of Arbitrators” da “Polish Chamber of Foreign Trade” de Varsóvia) que deixou de existir após a celebração do contrato no qual estava contida a cláusula compromissória que o havia selecionado, sobrevivendo discussão sobre se órgão de outro nome (“Court of Arbitration” da “Chamber of Commerce” de Varsóvia) seria ou não seu sucessor legal. Diante das circunstâncias do caso, notadamente o entendimento de que a análise a ser feita deveria ser apenas *prima facie*, entendeu-se que caberia ao próprio órgão (no caso, a “Court of Arbitration”) decidir sobre a questão, suspendendo-se a demanda judicial até a resolução da questão final por arbitragem⁸⁹⁰.

Ao comentar o caso, Lawrence Boo faz referência a diversos outros precedentes similares, julgados pelas cortes da Alemanha, Hong Kong, Singapura e Estados Unidos, nos quais teria sido adotado racional semelhante, tendo os julgadores ficado satisfeitos com o fato de que “the intention to arbitrate was clear and unambiguous, and each did so either by substituting the institution in question with one that bore the closest resemblance to the wrongly named institution or by allowing the parties to proceed ad hoc without an institution”⁸⁹¹.

⁸⁹⁰ *Dalimpex Ltd. vs. Janicki* (CANADÁ. Ontario Court of Appeal. **Clout Case n° 509**. Relator: Louise Charron. Ontario, 21 de março de 2003).

⁸⁹¹ BOO, Lawrence. **The Enforcement of Arbitration Agreements under Article 8 of the Model Law**, *Op. Cit.*, p. 43.

Em outro caso semelhante, porém com elementos um pouco mais complexos, *Insignia Tech Co. vs. Alstom Tech Ltd.*, a Corte de Apelação de Singapura decidiu, com base na ideia de interpretação útil da cláusula arbitral, que a escolha pelas partes de um procedimento arbitral híbrido regido pela Singapore International Arbitration Centre (SIAC) com as regras de arbitragem da CCI, embora não fosse aconselhável ou eficiente, não bastava para afastar a cláusula compromissória, especialmente porque havia clareza quanto ao intento das partes de levarem sua disputa à arbitragem e não ao judiciário⁸⁹².

Esses casos, frise-se, diferem do primeiro exemplo acima delineado, com relação ao qual defendemos a possibilidade de uma decisão judicial prematura, justamente porque, em todos eles, havia elementos capazes de aferir a intenção clara e inequívoca das partes no sentido de arbitrar.

Outro exemplo de situação controversa bastante interessante é o *Clout Case n° 557*, julgado pela Alta Corte Regional da Baviera, no qual a cláusula arbitral previa que as disputas seriam resolvidas pelo “arbitral tribunal of the chamber of handicrafts”. Uma das partes (autora da demanda judicial), iniciou dois procedimentos arbitrais paralelos, perante a Munich Chamber of Handicrafts e a Chamber of Commerce of Schwaben, tendo ambas as câmaras se recusado a administrar o procedimento. A contraparte (ré da demanda judicial), por outro lado, negou-se a indicar um árbitro e, ao mesmo tempo, opôs-se ao julgamento da questão de fundo pelas cortes estatais, haja vista a existência de cláusula arbitral, o que levou o autor a requerer a indicação de árbitro pelo Poder Judiciário, ou, subsidiariamente, o reconhecimento da inadmissibilidade da arbitragem no caso concreto, o que foi deferido sob o argumento de que seria impossível determinar qual o tribunal arbitral competente, na medida em que a convenção de arbitragem seria “void for uncertainty”⁸⁹³.

Em sentido parecido, também se registra um caso julgado pela Alta Corte de Singapura, no qual foi indeferido pedido de remessa das partes ao juízo arbitral, tendo em vista que a instituição arbitral eleita pela cláusula compromissória se recusou a administrar o procedimento arbitral, uma vez que as partes envolvidas não figuravam entre os seus membros⁸⁹⁴.

⁸⁹² *Insignia Tech Co. vs. Alstom Tech Ltd.* (SINGAPURA. Court of Appeal of Singapore. [2009] 3 SLR 936; [2009] SGCA 24. Relator: Chan Sek Keong, 2 de junho de 2009.

⁸⁹³ ALEMANHA. Bayerisches Oberstes Landesgericht. **Clout Case n° 557**. Relator: Não Disponível. Munique, 28 de fevereiro de 2000.

⁸⁹⁴ *Teck Guan Sdn Bhd vs. Beow Guan Enterprises Pte* (SINGAPURA. High Court of Singapore. [2003] SGHC 203. Relator: Tan Lee Meng, 10 de setembro de 2003.

Esses dois últimos casos diferem dos demais exemplos na medida em que houve uma manifestação preliminar de instituições arbitrais no sentido de se recusarem a administrar a disputa, o que, se não cumpre propriamente a regra de prioridade em favor da arbitragem (já que as instituições arbitrais teriam exercido um juízo *prima facie* sobre a questão em sentido contrário à instauração da arbitragem), ao menos confere mais elementos para que o Poder Judiciário possa entender, seguramente, pela ineficácia, inexecutabilidade ou inoperabilidade da convenção de arbitragem.

Em conclusão, tem-se que os exemplos desse tipo de situação podem ser os mais diversos, não sendo possível tentar exauri-los. O que importa ter em mente, destarte, é que a ineficácia da convenção de arbitragem somente pode ser declarada pelo Poder Judiciário quando o vício em questão possa ser aferido dentro dos limites cognitivos acima aludidos.

5.5.2 EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Como se viu acima, a análise da jurisdição do árbitro perpassa diretamente pelo escrutínio da convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico, em seus planos da existência, validade e eficácia.

Além desse aspecto, também se faz premente analisar a convenção de arbitragem pela ótica de sua extensão, tanto do ponto de vista objetivo, quanto do ponto de vista subjetivo, na medida em que tais elementos também são integrantes do escrutínio sobre a jurisdição arbitral.

É forçoso, pois, verificar quais são as matérias e relações jurídicas cujas disputas estão sujeitas à resolução por meio de arbitragem (extensão objetiva), bem como quem e quais são os sujeitos que devem estar vinculados a determinado pacto arbitral (extensão subjetiva).

A discussão ganha ainda mais relevância quando se tem em mente que, muitas vezes, há disputas de alta complexidade (seja no plano objetivo ou subjetivo) que podem envolver a resolução de disputas, no todo ou em parte, por meio de arbitragem.

Nesse tocante, a doutrina destaca que, atualmente, é cada vez mais comum a existência de disputas arbitrais que não se enquadram na típica estrutura de contraposição entre

demandante e demandado⁸⁹⁵ ou que envolvem uma multiplicidade de instrumentos contratuais, com cláusulas de resolução de disputas que podem inclusive ser conflitantes entre si.

É o caso, por exemplo (i) de contratos entre partes distintas que contenham convenção de arbitragem idêntica, ou, ao menos, convenções de arbitragem compatíveis entre si; (ii) de contratos entre partes distintas que contenham convenções de arbitragem não idênticas, ou, ao menos, convenções idênticas em uma parcela deles e não idênticas em outra; e (iii) de contratos entre partes idênticas que contenham, em uma parcela deles, convenção de arbitragem e, em outra parcela, cláusula de eleição de foro ou outra previsão incompatível com a arbitragem⁸⁹⁶.

Em todos esses casos, sejam eles de maior ou menor complexidade, entra em questão, como se adiantou, a discussão sobre a extensão da convenção de arbitragem.

Do ponto de vista objetivo, analisar a extensão da convenção de arbitragem significa, grosso modo, perquirir quantos e quais contratos, bem como quais disputas dentro de um mesmo contrato, estão sujeitas à resolução por meio de arbitragem. Trata-se, pois, de problemas afetos às matérias e relações jurídicas que tenham sido submetidas pelas partes ao juízo arbitral.

É possível, por exemplo, que no âmbito de um determinado contrato, as partes tenham escolhido submeter à arbitragem apenas determinados tipos de disputa, ficando excluídas da jurisdição arbitral disputas de outra natureza que não aquela especificada.

Seria o caso, por exemplo, de as partes pactuarem que em um contrato de franquia com compra e venda de equipamentos os conflitos decorrentes da compra e venda de equipamentos serão resolvidos por arbitragem, ao passo que as disputas sobre a relação franqueado-franqueador sejam resolvidas pela via judicial⁸⁹⁷.

Outra hipótese que também se encaixa no âmbito da extensão objetiva da convenção é o caso de as partes, ciosas dos custos envolvidos na condução de um procedimento arbitral, estabelecerem que apenas disputas com valor inicial superior a uma determinada quantia serão submetidas a arbitragem, ao passo que as demais disputas, de valor inferior ao patamar pré-estabelecido, deverão ser discutidas pelo Poder Judiciário.

⁸⁹⁵ GAGLIARDI, Rafael Villar. O avesso da forma: contribuição do direito material à disciplina dos terceiros na arbitragem (uma análise a partir de casos emblemáticos da jurisprudência brasileira). In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 203.

⁸⁹⁶ HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitrations**: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions. Haia: Kluwer Law International, 2005, p. 108-139.

⁸⁹⁷ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 109.

Essa seletividade com relação ao escopo da convenção de arbitragem, embora seja possível, já que cabe em última análise às partes decidirem quais disputas querem submeter à arbitragem⁸⁹⁸, se mostra no mais das vezes pouco aconselhável, já que as partes deveriam preferencialmente submeter a integralidade das disputas decorrentes de um mesmo contrato ao juízo arbitral⁸⁹⁹.

Afinal, caso não o façam, haverá o inevitável risco de procedimentos paralelos, envolvendo disputas distintas atinentes à mesma relação jurídica sendo decididas em parte pelo Poder Judiciário e em parte pelo árbitro⁹⁰⁰.

Essas discussões, vale ressaltar, também podem ocorrer quando, a despeito de as partes terem previsto que todas as disputas decorrentes de um determinado contrato sejam submetidas à arbitragem, surja uma disputa cuja própria subordinação ao contrato esteja em questão, como pode ocorrer com disputas de natureza extracontratual.

Em todos esses casos, é possível que haja discussões, desde o começo do litígio, sobre qual seria a jurisdição competente – judicial ou arbitral – para decidir a questão. Isso porque, “a intenção manifestada pelas partes e o arranjo contratual criado é indispensável para a correta interpretação da manifestação volitiva e, por conseguinte, para a identificação da existência ou não de competência (jurisdição) do árbitro para julgar determinado caso”⁹⁰¹.

Cumprе analisar, pois, se essas questões podem ou não ser decididas pelo Poder Judiciário antes do árbitro. Ao nosso ver, isso somente poderá ocorrer, pelas razões já expostas ao longo do presente capítulo, quando se tratar de situação incontestе, isto é, aferível de plano, em caráter *prima facie*, pelo Poder Judiciário.

Por exemplo, se determinada convenção de arbitragem afirma que disputas com valor superior a cem mil reais deverão ser resolvidas por arbitragem e uma das partes ajuíza ação

⁸⁹⁸ Nesse sentido: “Alternatively, the parties may agree that only contract claims that clearly arise under the express terms of the parties’ contract or, alternatively, under only specified provisions of that contract, are to be arbitrated; similarly, the parties may agree that particular types of claims are to be excluded from an otherwise broad arbitration agreement” (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 205).

⁸⁹⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**, *Op. Cit.*, p. 92-93; LEW, Julian D. M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 168-169; BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 205-206.

⁹⁰⁰ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**, *Op. cit.*, p. 205-206.

⁹⁰¹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 111.

judicial pugnando pelo pagamento total de cinquenta mil reais, não nos parece que haverá dúvida acerca da existência de jurisdição estatal sobre a matéria

Se, por outro lado, existir dúvida razoável acerca da abrangência de determinada matéria pela convenção de arbitragem (como pode ocorrer, pelo exemplo acima, caso o valor em disputa seja incerto), nos parece que a questão deverá ser decidida, em primeiro lugar, pelo próprio árbitro, por força da interpretação segundo o *favor arbitralis*, sem prejuízo do controle judicial posterior.

Além das questões atinentes à extensão objetiva da convenção de arbitragem, é possível que surjam, também, problemas com relação à extensão subjetiva da convenção de arbitragem, isto é, sobre quais sujeitos estão vinculados a um determinado pacto arbitral.

É com relação ao aspecto subjetivo, nos parece, que surge o maior número ou ao menos a maior diversidade de controvérsias acerca da extensão da cláusula compromissória.

É possível, por exemplo, que em determinada relação contratual com uma empresa pertencente a um grupo de sociedades surjam discussões sobre a vinculação subjetiva, à cláusula compromissória, de empresas do grupo que não figuram como signatárias do contrato com relação ao qual tenha surgido a disputa⁹⁰².

Há casos, ademais, nos quais partes não signatárias de determinado contrato participam ativamente de sua negociação, celebração e execução, caso em que poderá ser questionada a sua vinculação também à convenção de arbitragem, na hipótese de surgir um conflito, ante a existência de uma relação jurídica de fato.

Outros exemplos bastante corriqueiros envolvem a discussão sobre a vinculação, ou não, de acionistas a uma cláusula arbitral inserta no estatuto social de determinada companhia ou no contrato social de determinada sociedade, bem como a vinculação de garantidores e intervenientes-anuentes⁹⁰³.

⁹⁰² Acerca dessas disputas, ver: WALD, Arnoldo. A Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, p. 31-59, 2004. Trimestral; HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitrations**, *Op. Cit.*, p. 55-100.

⁹⁰³ Acerca dessas disputas, ver: MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012; FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 279-385.

Há, ademais, que se mencionar as hipóteses de cessão de posição contratual, evento que se verifica com frequência nas hipóteses de incorporações, cisões e fusões societárias e pode igualmente gerar relevantes problemas do ponto de vista de vinculação ao pacto arbitral.

Em todas essas hipóteses, tem-se, como denominador comum, a existência de uma discussão sobre quais indivíduos ou empresas estão ou não estão vinculadas a uma determinada convenção de arbitragem.

Trata-se, novamente, de uma questão de consentimento das partes de uma relação jurídica com a escolha da arbitragem enquanto método de resolução de controvérsias advindas de determinada relação contratual⁹⁰⁴. Inexistindo o consentimento, verdadeira pedra fundamental da arbitragem, não haverá a delegação, pelas partes, em favor do julgador privado, da jurisdição sobre a disputa que esteja em questão.

Esse consentimento, vale destacar, pode inclusive ser implícito, como bem destaca a doutrina⁹⁰⁵, o qual decorre da análise da intenção e do comportamento dos envolvidos em determinada avença de modo geral, preservando-se a boa-fé contratual.

Tem-se, ademais, que no âmbito da arbitragem, a questão se coloca também sob o espectro da legitimidade a qual deve ser enxergada de acordo com uma dupla acepção, devendo-se indagar sobre “a legitimidade (titularidade/responsabilidade) do direito de fundo discutido e sobre a *legitimidade para ser parte no processo arbitral*”⁹⁰⁶.

Nesse contexto de possibilidade de extensão da convenção de arbitragem a sujeitos outros que não os seus signatários, também surge discussão sobre quem é dotado de jurisdição para julgar essas questões, especialmente se o Poder Judiciário pode fazê-lo antes do árbitro.

Assim como no caso da extensão objetiva da convenção de arbitragem, nos parece que, em sendo necessário aprofundar o conhecimento sobre a matéria em termos probatórios, caberá ao árbitro fazê-lo.

Por outro lado, em se tratando de questão aferível *prima facie*, a questão caberá ao Poder Judiciário, como pode ocorrer em casos nos quais, de plano, seja possível verificar que uma

⁹⁰⁴ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 112.

⁹⁰⁵ HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitrations**, *Op. Cit.*, p. 32-39; NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 39-49.

⁹⁰⁶ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 111.

parte não possui qualquer relação com o contrato ou as partes dele signatárias para justificar sua vinculação ao pacto arbitral.

Ao tratar do tema, Felipe Sripes Wladeck pondera que, ao seu ver, a regra da competência-competência “não se aplica em relação a quem não tenha assinado a convenção e, a despeito disso, venha a ser juridicamente prejudicado por ato praticado na arbitragem”. Segundo o autor, ao terceiro prejudicado é dado, na medida em que possua interesse e legitimidade, questionar a questão em qualquer momento perante o Poder Judiciário, não sendo sequer necessário aguardar a prolação da sentença arbitral ou o encerramento da arbitragem⁹⁰⁷.

A ponderação do autor não nos parece, de todo, equivocada. Com efeito, entendemos, como se viu no item 5.4.7 acima, ser cabível o mandado de segurança “nos casos de decisões teratológicas que se apliquem a terceiros que não participaram do processo arbitral (nem dele deveriam participar)”⁹⁰⁸. Por outro lado, é certo que esse remédio “deve ser analisado com extrema cautela” devendo ficar “reservado apenas para situações absolutamente extraordinárias”⁹⁰⁹.

A parte desses casos específicos, marcados pela excepcionalidade e envolvendo terceiros claramente não vinculados à convenção de arbitragem, nos parece que a intervenção judicial somente poderá ocorrer quando a ausência de vinculação à convenção de arbitragem realmente seja patente e passível de verificação em caráter *prima facie*.

Vale destacar, nesses casos, que há uma infinidade de teorias jurídicas complexas que se aplicam à questão, para vincular terceiros não signatários ao pacto arbitral. Em sendo esse o caso, isto é, em sendo travada essa discussão, que dificilmente poderá ser superada com base em uma análise feita em sede de cognição sumária, caberá, em regra, ao próprio árbitro tratar da matéria, em caráter de prioridade com relação ao juiz togado.

⁹⁰⁷ WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**. 2013. 445 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 66.

⁹⁰⁸ WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O mandado de segurança e a arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 875-876 (Coleção doutrinas essenciais).

⁹⁰⁹ WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O mandado de segurança e a arbitragem**, *Op. Cit.*, p. 875-876 (Coleção doutrinas essenciais).

5.5.3 ARBITRABILIDADE

Entende-se por arbitrabilidade, grosso modo, a faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem⁹¹⁰. Trata-se, em outras palavras, da “possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas ou objetivas da disputa”⁹¹¹.

Como se adiantou, no direito brasileiro, a arbitrabilidade é definida precipuamente pelo artigo 1º da Lei de Arbitragem, o qual estipula que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Dessa previsão legal defluem, portanto, os conceitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, os quais constituem verdadeiros limites da autonomia privada para que as partes possam se valer da arbitragem enquanto método de solução de controvérsias⁹¹².

A arbitrabilidade subjetiva impõe que somente as pessoas capazes de contratar, vale dizer, as pessoas capazes para o exercício dos atos civis, podem celebrar convenção de arbitragem. Assim:

“Na arbitragem, a capacidade do agente se verifica na medida em que este, de acordo com a legislação aplicável à arbitragem, pode comprometer-se por si, ou em casos específicos, nas hipóteses em que possa se comprometer por terceiros, como nos mandatos, na representações e etc.”⁹¹³.

A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, implica que somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de solução por meio de arbitragem. Nesse sentido:

“Verifica-se a interpretação da lei com base na patrimonialidade dos direitos, quando estes possuírem expressão patrimonial, e na disponibilidade destes direitos, isto é, quando for possível a transmissão ou atribuição a outrem destes direitos por ato de vontade. Embora possa ser questionada a padronização destes conceitos, estes são os critérios mais objetivos existentes no nosso ordenamento”⁹¹⁴.

⁹¹⁰ GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**, *Op. Cit.*, p. 8.

⁹¹¹ FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**, *Op. Cit.*, 223.

⁹¹² NANNI, Giovanni Ettore. **Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial**, *Op. Cit.*, p. 158.

⁹¹³ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 53.

⁹¹⁴ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, *Op. Cit.*, p. 46.

Como dito acima ao tratamos dos requisitos de validade da convenção de arbitragem, embora exista opinião em contrário⁹¹⁵, concordamos com a proposição de que a arbitrabilidade, seja em sua feição subjetiva ou objetiva, diz com o plano da validade do negócio jurídico⁹¹⁶.

Destarte, será inválido o pacto arbitral se celebrado por pessoa incapaz ou se prever a arbitragem para resolução de disputas que versem sobre direitos que não sejam dotados de patrimonialidade e disponibilidade, na medida em que se trata de questões afetas, respectivamente, aos requisitos de validade de agente capaz e objeto lícito e possível.

Embora se trate de uma imposição de limites à autonomia privada, que afeta o negócio jurídico em seu plano da validade, o fato é que as barreiras criadas pela arbitrabilidade objetiva e subjetiva vêm sendo gradativamente superadas, seja no plano legislativo seja no plano jurisprudencial.

Após analisar várias áreas do direito substantivo nas quais a arbitrabilidade ainda se mostra um assunto controverso (como por exemplo arbitragens envolvendo entes públicos, arbitragem em matéria tributária, arbitragem no direito do trabalho, arbitragem envolvendo propriedade intelectual e arbitragem no direito da concorrência), Bernardo Lima, em obra destinada especificamente à análise da arbitrabilidade do dano ambiental, conclui que “em muitos dos casos, o acesso à arbitragem tem sido cada vez mais – e com mais força – flexibilizado”⁹¹⁷.

No mesmo sentido, João Luiz Lessa Neto pondera, com esteio na lição de Bernard Hanotiau, que “há uma tendência de expansão das matérias consideradas como arbitráveis, enquanto se observa uma retração da ordem pública interna enquanto fator limitador da arbitragem”⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Nesse sentido: “A inarbitrabilidade objetiva ou subjetiva implicam a ineficácia da convenção de arbitragem. Não há invalidade na convenção de arbitragem como decorrência da inarbitrabilidade: ou o contrato é ineficaz por uma parte não poder se submeter à arbitragem ou é ineficaz em relação à determinada matéria. A inarbitrabilidade é uma questão externa ao contrato. Ela é uma questão jurisdicional, e não uma questão propriamente contratual” (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 116).

⁹¹⁶ FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**, *Op. Cit.*, 231.

⁹¹⁷ LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 100.

⁹¹⁸ Nesse sentido: “A inarbitrabilidade objetiva ou subjetiva implicam a ineficácia da convenção de arbitragem. Não há invalidade na convenção de arbitragem como decorrência da inarbitrabilidade: ou o contrato é ineficaz por uma parte não poder se submeter à arbitragem ou é ineficaz em relação à determinada matéria. A inarbitrabilidade é uma questão externa ao contrato. Ela é uma questão jurisdicional, e não uma questão propriamente contratual” (LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**, *Op. Cit.*, p. 116).

Ao tratar do ente dotado de jurisdição para analisar a arbitrabilidade da disputa (i.e., se árbitro ou Poder Judiciário), Eduardo Damiano Gonçalves defende que todas e quaisquer questões referentes ao tema sejam resolvidas, em primeiro lugar, pelo árbitro⁹¹⁹.

O autor pondera, no entanto, que essa prioridade cronológica não é absoluta, sendo certo que “diversos direitos nacionais e a própria Convenção de Nova York de 1958 flexibilizam o princípio”⁹²⁰, o que se aplica inclusive a casos de inarbitrabilidade⁹²¹.

Nos parece ser o caso, como já adiantado acima, apenas de casos de manifesta inarbitrabilidade objetiva da matéria submetida ao juízo arbitral pela convenção de arbitragem, como pode ocorrer na hipótese de um determinado contrato eleger a arbitragem para dirimir controvérsias que se enquadram na qualificação “direito pessoal de família” inserta no artigo 852 do CC.

O mesmo se aplica para a ocorrência de vícios de arbitrabilidade subjetiva, como é o caso de convenção de arbitragem assinada por incapaz, o que pode, no mais das vezes, ser facilmente verificado, mediante análise em sede de cognição sumária.

Nesses casos, não seria razoável ter que obrigar as partes a iniciarem um procedimento arbitral para ver decretada a inarbitrabilidade, sendo plenamente viável que o Poder Judiciário deixe de remeter as partes à arbitragem e prossiga com a análise da controvérsia.

Em hipóteses que não sejam verificáveis com base nesse restritivo grau de cognição, a análise da questão deverá obedecer à regra geral de prioridade instituída em favor do árbitro.

5.5.4 O CASO DOS CONTRATOS DE ADESÃO

A Lei de Arbitragem dispõe expressamente, em seu artigo 4º, § 2º, que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só será eficaz se “o aderente tomar a iniciativa de instituir

⁹¹⁹ GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**, *Op. Cit.*, p. 58-68.

⁹²⁰ GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**, *Op. Cit.*, p. 105.

⁹²¹ Nesse tocante, Eduardo Damiano assevera ainda que “em casos efetivamente gritantes em que a nulidade da convenção salte aos olhos é que o Poder Judiciário deve considerar nula a convenção de arbitragem e conhecer do mérito do litígio” até porque “o princípio da prioridade cronológica do árbitro para analisar sua própria competência comporta uma série de exceções, a começar pela própria Convenção de Nova York de 1958” o que enseja a conclusão de que “a análise sobre o acordo arbitral ser “nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável” implica obviamente a possibilidade de o juiz togado avaliar a arbitrabilidade do litígio neste momento inicial, isto é, antes que o árbitro o faça e, portanto, antes da prolação da sentença arbitral” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**, *Op. Cit.*, p. 114).

a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Trata-se de previsão por meio da qual “o legislador quis claramente favorecer o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar que a outra parte pudesse impor, nas condições gerais do contrato (às quais o oblato adere em bloco) também solução de eventual controvérsia através da arbitragem (cláusula compromissória)”⁹²².

Ao tratar do tema, Thiago Rodovalho⁹²³ aponta para a necessidade de se reinterpretar o dispositivo em questão, à luz da modernidade e complexidade das relações contratuais (sobretudo as de grande porte), de modo a readequá-lo à realidade do cotidiano da sociedade pós-moderna e prestigiar a boa-fé nas relações contratuais.

Para o autor, seria preciso diferenciar a aplicação deste dispositivo a depender do caso concreto, sendo necessário diferenciar entre si, como primeira medida, o contrato de adesão de consumo, o contrato de adesão civil e o contrato de adesão empresarial, bem como avaliar se, no âmbito desses contratos, há ou não disparidade de forças.

Assim, para o autor, seria possível identificar três situações distintas: (i) quando há um contrato de adesão de consumo; (ii) quando há um contrato de adesão civil ou comercial no qual haja disparidade de forças; e (iii) quando há um contrato de adesão civil ou comercial em que não haja disparidade de forças. Cada uma dessas situações, em sua visão, deve receber tratamento jurídico distinto⁹²⁴.

No primeiro caso, deve haver uma proteção rígida, incidindo, conjuntamente ao artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, o artigo 51, VII, do CDC, de modo que a cláusula compromissória será ineficaz (e não nula) em relação ao consumidor, que não pode ser obrigado a arbitrar (conforme será esmiuçado no item 5.5.5 abaixo).

No segundo caso, por haver disparidade de forças – a qual, por se tratar de relações jurídicas presumidamente simétricas, deve decorrer de abuso de poder econômico ou abuso de dependência econômica empresarial –, deve ser aplicar a regra do artigo 4º, § 2º, da Lei de

⁹²² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, *Op. Cit.*, p. 106.

⁹²³ RODOVALHO, Thiago. *Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 161-166.

⁹²⁴ RODOVALHO, Thiago. *Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão*, *Op. Cit.*, p. 165-166.

Arbitragem, de modo que a cláusula compromissória somente será válida se redigida por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para ela.

No terceiro caso, por não haver disparidade de forças, a única forma de anular ou modificar qualquer cláusula contratual pactuada seria mediante prova da existência de uma vantagem manifestamente intolerável, a ser aferida dentro do contexto global do contrato e dos costumes aplicáveis, de modo que, em regra, não incidirá a regra do artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, sendo a cláusula compromissória hígida independentemente do preenchimento dos requisitos insculpidos na lei.

Embora construa sofisticado raciocínio jurídico para a defesa de sua proposição, Thiago Rodovalho reconhece que, pela letra fria da lei, “a previsão contida na LArb 4º § 2º adota o modelo “ou tudo ou nada”. É dizer, independentemente do tipo de relação contratual e independentemente das especificidades do caso concreto, em se tratando de contrato de adesão, incidiria, *ipso facto*, a norma de natureza especialmente protetiva da LArb 4º 2º”⁹²⁵.

Tanto é assim, que o próprio autor faz proposta *de lege ferenda* para adequar a disciplina jurídica da matéria aos contornos acima delineados⁹²⁶ e ainda reconhece, em outro artigo, que “ainda que sejamos críticos da disciplina legal e tenhamos feito uma proposta de lege ferenda, o fato é que *legem habemus* e o seu rigor tem sido aplicado, para o bem ou para o mal, pelos Tribunais Superiores”⁹²⁷.

Em assim sendo, ao menos no ordenamento posto, o fato é que o descumprimento dos requisitos formais em questão vicia a convenção de arbitragem, no plano da eficácia, por expressa disposição do artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, o qual, lembre-se, determina que a cláusula compromissória “*só terá eficácia*” se forem cumpridos os requisitos em voga.

Trata-se, pois, como é fácil perceber, de um vício cuja aferição, de maneira geral, não demanda maiores dificuldades. É dizer: basta ao Poder Judiciário, caso seja instado a fazê-lo, verificar se o aderente (i) tomou a iniciativa de instituir a arbitragem; ou (ii) concordou expressamente com a sua instituição, desde que por documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula, tal como manda a lei.

⁹²⁵ RODOVALHO, Thiago. *Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão*, *Op. Cit.*, p. 164.

⁹²⁶ RODOVALHO, Thiago. *Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão*, *Op. Cit.*, p. 159-160.

⁹²⁷ RODOVALHO, Thiago. Parecer: cláusula arbitral abstrata. Impossibilidade. Nulidade da cláusula arbitral. Demais cláusulas arbitrais inseridas de forma abusiva em contrato de adesão. Nulidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 274, p. 579-599, 2017. Trimestral.

A verificação desses requisitos, por certo, pode ser feita em sede de cognição sumária, mediante prova pré-constituída ou produzida na petição inicial, contestação, réplica e tréplica de uma demanda, sem necessidade de dilação probatória. Há, pois, uma adequação, ao menos em tese, aos limites cognitivos acima delineados, sendo viável, assim, em regra, a mitigação da regra de prioridade em favor do árbitro para conhecer de vícios da convenção de arbitragem.

Foi esse, aliás, o entendimento do STJ em célebre julgado, objeto de amplos comentários por parte da doutrina⁹²⁸, qual seja o Recurso Especial nº **1550260/RS**, em cujo âmbito restou decidido que nos casos que “não atendam o requisito legal específico (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96)”, tal como ocorreu no caso em questão, a “apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral”.

No entender do STJ, trata-se de estabelecer “exceções que permitem uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral”, de modo que “o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem”.

A título de arremate, e esse é certamente o mais polêmico aspecto da decisão, o STJ ainda fez constar expressamente do julgado que essa análise *prima facie* da cláusula compromissória poderia ser feita “independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral”.

Tem-se, portanto, em suma, que a decisão em tela (i) reconhece a possibilidade de mitigação da regra da competência-competência, desde que respeitados os limites cognitivos aplicáveis, porém (ii) propõe que isso possa ser feito sem limitações temporais decorrentes do estágio em que se encontre o procedimento arbitral.

⁹²⁸ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 285-287; BRANCHER, Paulo M. R. **Ilegalidade prima facie como limitador do princípio da competência-competência**, *Op. Cit.*, p. 315-332; RODOVALHO, Thiago. **Parecer: cláusula arbitral abstrata. Impossibilidade. Nulidade da cláusula arbitral. Demais cláusulas arbitrais insertas de forma abusiva em contrato de adesão. Nulidade**, *Op. Cit.*, p. 579-599; FELIPPE, Juliana. Note: Odontologia Noroeste Ltda. v. GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda., Superior Court of Justice of Brazil, Case No. 1.602.076/SP (2016/0134010-1), 15 September 2016. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XIV, n. 53, p. 86-99, 2014. Trimestral.

A decisão, nos parece, acertou com relação ao primeiro ponto, porém agiu com desacerto com relação ao segundo, ao menos à luz do modelo de competência-competência que entendemos ter sido adotado no Brasil.

Afinal, embora corretamente reconheça que é possível a verificação, pelo Poder Judiciário, de vícios aferíveis *prima facie* que afetem a jurisdição do árbitro, o que está em linha com a melhor doutrina conforme já demonstramos acima, permitir que essa questão seja feita a qualquer tempo, inclusive depois de uma decisão do árbitro confirmando sua jurisdição nos termos do artigo 485, VII, do CPC/15, nos parece equivocado, haja vista que o dispositivo em questão estabelece pressuposto processual negativo, impondo a extinção da disputa sem resolução de mérito e inviabilizando a realização de controle prematuro, ainda que *prima facie*, restando postergada a análise para eventual ação anulatória de sentença arbitral, se for o caso.

5.5.5 ARBITRAGEM E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Outra hipótese que merece ser estudada, especificamente à luz da possibilidade de manifestação do juiz togado antes do árbitro sobre a competência deste, é o caso da arbitragem que decorre de relações jurídicas consumeristas⁹²⁹.

Para André Luís Quintas Monteiro⁹³⁰, o caso da arbitragem no âmbito das relações de consumo é uma exceção à regra de que a intervenção judicial prematura do Poder Judiciário na arbitragem somente pode ocorrer dentro dos limites cognitivos já aludidos (*prima facie review*).

Para o autor, nesses casos específicos, há uma restrição de ordem material, na medida em que não se trataria de uma arbitragem comercial e sim de uma arbitragem consumerista, sujeita, portanto, ao CDC e marcada pela manifesta desigualdade substancial entre as partes (ao menos na maior parte dos casos, sendo com relação a esses que se aplica a análise do autor).

Nesse contexto, o autor identifica três fundamentos distintos para sustentar que, no âmbito das relações de consumo, quando houver manifesta desigualdade substancial entre as

⁹²⁹ Para um panorama geral sobre a matéria, ver: LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Arbitragem em disputas consumeristas no Brasil: breve ensaio sobre a legislação projetada. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas Relações de Consumo: uma Proposta Concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, 2006, p. 13-21. Trimestral; HENRICI, Ricardo Loretto; e ARAUJO, Lucas Mayall M. de. Relações de consumo, contratos de adesão e arbitragem. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁹³⁰ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 360.

partes, é dado ao Poder Judiciário promover um escrutínio completo sobre a jurisdição do árbitro e a convenção de arbitragem, em cognição exauriente (*full review*).

O primeiro fundamento é de origem legal, calcado especialmente no estabelecimento da Política Nacional das Relações de Consumo pelo CDC, o qual reconhece, em seu artigo 4º, I, a “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. O Diploma prevê, ainda, em seus artigos 6º, VII⁹³¹ e 51, VII⁹³², respectivamente, que (a) o consumidor tem como direito básico “o acesso aos órgãos judiciários”; e (b) “são nulas de pleno direito” as cláusulas contratuais regidas pelo *codex* que “determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

O segundo fundamento, este de ordem prática, diz respeito ao fato de a arbitragem já ter sido utilizada no âmbito das relações de consumo como um instrumento abusivo para tentar privar o consumidor do acesso à justiça, bem como para implementar outros mecanismos abusivos, como por exemplo a inserção, por uma construtora, em todos os contratos de compra e venda de imóvel referentes ao seu empreendimento, de cláusulas arbitrais pré-determinando a escolha do mesmo árbitro.

O terceiro fundamento trazido pelo autor para defender que é possível a condução de um *full review* sobre a jurisdição arbitral nas arbitragens que envolvam questões consumeristas com uma das partes estando em situação de manifesta desigualdade – e apenas nessas arbitragens – é a necessidade de proteger a arbitragem comercial de uma eventual jurisprudência negativa formada em casos consumeristas.

Após fazer todas essas ponderações, o autor conclui que:

“Considerando, portanto, todos estes detalhes, entendemos que o Poder Judiciário brasileiro pode realizar controle prévio da convenção de arbitragem a partir de cognição exauriente (*full review*) em arbitragens consumeristas envolvendo partes em manifesta desigualdade substancial. Na prática, este entendimento servirá para que o Poder Judiciário possa atuar imediatamente sobre pactos arbitrais impostos por pessoas jurídicas a pessoas físicas em relações de consumo, como nos casos de compra-e-venda de unidades habitacionais. Quando se tratar de duas ou mais pessoas jurídicas, dificilmente esta exceção se aplicará, porque se presume que as partes atuam em igualdade substancial, como é o caso do seguro empresarial”⁹³³.

⁹³¹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

⁹³² “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

⁹³³ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial**, *Op. cit.*, p. 356-360.

Complementando a lição do autor, colhe-se o entendimento de Rizzato Nunes, para quem, em algumas hipóteses restritíssimas, seria possível a pactuação de arbitragem (voluntária e não obrigatória) em relações de consumo. É o caso em que:

“O consumidor pessoa jurídica de porte negocia, por meio de seu corpo jurídico ou seu consultor jurídico, as cláusulas contratuais instituidoras da arbitragem. Esse é o mínimo da equivalência necessária entre as partes para que se possa discutir de forma equilibrada e consciente as cláusulas contratuais relativas à arbitragem. Fora isso a hipótese se inviabiliza, pois não se pode esquecer que o consumidor é vulnerável e hipossuficiente”⁹³⁴.

Além desses casos, não se pode perder de vista que a arbitragem nas relações de consumo pode ser viabilizada desde que haja a anuência do consumidor após o surgimento de eventual litígio, como vêm entendendo o STJ ao interpretar o artigo 51, VII, do CDC⁹³⁵.

À luz de tudo o quanto se expôs, tem-se que, no âmbito das relações de consumo, não se mostra viável a pactuação de arbitragem obrigatória para o consumidor, o qual resguarda, contudo, a possibilidade de recorrer à arbitragem se assim entender.

No que toca à questão da possibilidade de declaração de nulidade de convenção de arbitragem que imponha ao consumidor a resolução de disputas por essa via, concordamos com a visão de André Luís Quintas Monteiro, pelas exatas razões expostas pelo autor, no sentido de que seria admitida uma revisão em sede de cognição exauriente.

Trata-se, pois, de uma exceção bastante específica à regra de que apenas se admite a cognição sumária como critério para mitigação da prioridade estabelecida em favor do árbitro, a qual somente é permitida em razão do sistema específico da tutela das relações de consumo no Brasil, bem como pelo fato de, a rigor, não se tratar propriamente de arbitragem comercial e sim, como bem pondera o autor, de arbitragem consumerista.

⁹³⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 752-753.

⁹³⁵ Nesse sentido, por todos os julgados existentes sobre a matéria, veja-se: “O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1628819/MG**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 27 de fevereiro de 2018). Outrossim: “Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1189050/SP**. Relator: Luis Felipe Salomão, 01 de março de 2016). No mesmo sentido, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1169841/RJ**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 06 de novembro de 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **819519/PE**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 09 de outubro de 2007.

Por outro lado, se ausentes os específicos condicionamentos referidos pelo autor, tem-se que a regra geral estabelecida neste trabalho deve se aplicar, permitindo-se a intervenção judicial prematura apenas e tão somente para constatar eventuais vícios aferíveis *prima facie*.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade de controle da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário antes da prolação da sentença arbitral no direito brasileiro, propondo a sistematização do objeto de estudo com vistas a solidificar suas bases e permitir seu melhor desenvolvimento em nosso ordenamento jurídico.

Diante de tudo o quanto examinado nos capítulos precedentes, foi possível confirmar, de plano, que a análise da possibilidade de controle judicial prematuro da jurisdição arbitral é uma questão intrinsecamente relacionada à regra da competência-competência.

Em termos gerais, a competência-competência é uma regra instituída por lei que atribui ao árbitro poder para decidir a respeito de sua própria jurisdição, o qual pode ser exercido de forma concorrente ou em caráter de prioridade (seja condicionada ou incondicionada) em relação ao Poder Judiciário, a depender do modelo que seja adotado por cada ordem jurídica.

A fonte do poder do árbitro para decidir sobre questões afetas à sua própria jurisdição é a lei. Embora seja possível considerar a convenção de arbitragem como uma fonte secundária, é a lei que confere esse poder ao árbitro, bem como que delimita sua extensão, contornos e forma de seu exercício.

A lei aplicável à regra da competência-competência é a lei da sede da arbitragem. É essa a lei que determina qual é o modelo de competência-competência adotado por cada ordem jurídica, ou seja, disciplina quais efeitos da competência-competência serão admitidos em arbitragens conduzidas perante aquela sede.

A regra da competência-competência pode contemplar, a depender da lei da sede da arbitragem, dois efeitos, quais sejam o efeito positivo e o efeito negativo.

O primeiro confere ao árbitro poderes para decidir questões afetas à sua própria jurisdição, ou seja, questões concernentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, assim como outras questões que possam acarretar extinção prematura do procedimento arbitral.

O efeito positivo não impede, contudo, que o Poder Judiciário também decida concomitantemente sobre a jurisdição do árbitro. Isso cabe ao efeito negativo, cujo reconhecimento pleno, em linhas gerais, implica impedir que o Poder Judiciário analise questões atinentes à convenção de arbitragem até que o árbitro tenha tido a oportunidade de fazê-lo. Há, portanto, o estabelecimento de uma regra de prioridade.

Em suma, enquanto o efeito positivo promove uma atribuição de poder ao árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição, o efeito negativo acarreta uma retirada de poder das cortes estatais para decidir sobre a competência do árbitro.

Essa retirada de poder em função do efeito negativo não é integral, tampouco perpétua, cabendo ao Poder Judiciário controlar a jurisdição do árbitro, como regra, após a prolação da sentença arbitral, em sede de ação anulatória, impugnação ao cumprimento de sentença arbitral ou homologação de sentença arbitral estrangeira.

A adoção da regra da competência-competência em seu duplo efeito não é unânime, seja no direito comparado, na doutrina ou jurisprudência. Ao passo que o efeito positivo é amplamente aceito, o efeito negativo não o é, o que se deve principalmente ao fato de que o segundo afasta, ainda que temporariamente, a jurisdição estatal para controlar vícios de jurisdição.

No direito comparado existem, grosso modo, embora sejam admitidas outras classificações, três modelos distintos de competência-competência, quais sejam (i) a competência concorrente entre árbitro e Poder Judiciário; (ii) a competência prioritária incondicionada do árbitro; e (iii) a competência prioritária condicionada do árbitro.

O primeiro modelo, que tem como principal expoente os direito norte-americano, confere a possibilidade ao Poder Judiciário de decidir, concomitantemente ao árbitro, sobre vícios atinentes à jurisdição deste, salvo se restar claro, pela intenção das partes, que essa decisão deve ser tomada pelo árbitro em caráter de prioridade, sendo que, na dúvida, interpreta-se a favor do juiz togado. Há, pois, uma competência concorrente.

O segundo modelo, verificado no direito francês, tem como características uma forte preservação do efeito negativo, na medida em que (i) se houver árbitro constituído, o juiz togado deverá, sem qualquer exceção, declinar de sua jurisdição em favor deste; e (ii) se o árbitro não estiver constituído, ainda assim o juiz togado deverá declinar de sua jurisdição, salvo se verificar que a convenção de arbitragem é manifestamente nula ou inaplicável. Há, pois, uma prioridade incondicionada.

O terceiro modelo, por seu turno, é verificado em ordenamentos jurídicos que adotaram posições intermediárias entre os modelos francês e estadunidense, como é o caso dos modelos suíço, alemão e inglês, bem como dos modelos encampados pela Convenção de Nova York e Lei Modelo da UNCITRAL, os quais estabelecem de alguma forma a prioridade em favor do

árbitro, embora permitam uma intervenção judicial mais ampla, em termos temporais ou cognitivos. Há, pois, uma prioridade condicionada.

No direito brasileiro, existem, em suma, três correntes sobre o modelo de competência-competência. A primeira propõe a ausência de limitações cronológicas e cognitivas à solução de questões relacionadas à jurisdição do árbitro (aproximando-se do modelo de competência concorrente). A segunda propugna uma admissão condicionada da apreciação de questões jurisdicionais pelo Poder Judiciário antes do árbitro (ficando em um meio termo entre o modelo de prioridade condicionada e incondicionada). A terceira, por sua vez, defende a impossibilidade de interferência judicial na análise da jurisdição do árbitro antes da prolação da sentença arbitral (ficando entre o modelo de prioridade incondicionada e um modelo, não contemplado dentre os anteriormente analisados, de prioridade absoluta, ainda mais protetivo ao efeito negativo).

À luz das mudanças trazidas pelo CPC/15, entendemos que o modelo brasileiro de competência-competência se posiciona na segunda corrente, se aproximando mais claramente do modelo francês, porém sem ter atingido a mesma amplitude conferida por aquele ordenamento à regra de prioridade em favor do árbitro. Trata-se, assim, seguindo a expressão cunhada por André Luís Quintas Monteiro, de um modelo “quase francês”⁹³⁶.

Isso porque o direito brasileiro passou a estabelecer com clareza a ocorrência de um evento determinado para a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, qual seja a existência de uma decisão pelo árbitro sobre sua própria jurisdição.

Nesses termos, o juiz togado pode analisar prematuramente vícios que afetem a jurisdição do árbitro, desde que respeitados os limites cognitivos abaixo referidos, até que o árbitro profira uma decisão confirmando sua jurisdição. Por outro lado, uma vez proferida essa decisão, estará impedido de controlar a jurisdição arbitral, ainda que dentro dos limites aplicáveis, ficando obrigado a extinguir o processo judicial sem resolução de mérito.

Embora os modelos se aproximem, nos parece haver duas diferenças relevantes.

A primeira diz respeito ao momento temporal em que o Poder Judiciário passa a estar impedido de decidir prematuramente sobre a jurisdição do árbitro, o qual é mais elástico no

⁹³⁶ MONTEIRO, André Luís Quintas. **Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP**, *Op. Cit.*, p. 57-98.

direito pátrio (decisão do árbitro sobre sua própria jurisdição) do que no francês (instauração da arbitragem).

A segunda diz respeito ao critério material limitador da intervenção, o qual não é expressamente fixado pelo direito brasileiro, diferentemente do direito francês, que limita a possibilidade de intervenção judicial prematura aos casos de manifesta nulidade ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem.

Em assim sendo, confirma-se a premissa fixada na introdução deste trabalho, no sentido de que o direito brasileiro encampa o efeito negativo da competência-competência, na medida em que confere ao árbitro a prioridade para decidir sobre sua própria jurisdição, relegando o controle judicial, em regra, para o momento posterior.

Da mesma forma, também se confirma a premissa de que é admissível o controle judicial da jurisdição do árbitro antes da prolação da sentença arbitral final pelo árbitro, em caráter excepcional e em hipóteses restritas.

O critério que deve pautar a análise da possibilidade de intervenção judicial prematura na definição da jurisdição do árbitro é um critério de direito processual.

Somente se admite o reconhecimento de questões que sejam aferíveis de plano, mediante uma análise *prima facie*, sem necessidade de dilação probatória, portanto apenas com base nos documentos apresentados em inicial, contestação, réplica e tréplica. Trata-se, assim, de questões que sejam verificáveis em sede cognição sumária.

No que toca aos mecanismos processuais cabíveis, entendemos que o controle prematuro da jurisdição do árbitro pelo Poder Judiciário, sujeito às peculiaridades expostas ao longo deste trabalho, pode ocorrer em sede de medidas de urgência pré-arbitrais; no âmbito da ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem; no bojo de medidas de apoio à instauração da arbitragem; no âmbito de ações judiciais cujo objeto esteja englobado por convenção de arbitragem; e em sede de ação direta contra a convenção de arbitragem, em casos restritos e específicos.

Ao nosso ver, por outro lado, esse controle restará impossibilitado no caso das medidas antiarbitragem e no caso do conflito de competência, cujo cabimento entendemos inapropriado. Em sede de mandado de segurança, admitimos a possibilidade de controle apenas e tão somente em favor de terceiros que não participaram do processo arbitral e dele não deveriam participar.

Vale lembrar que, em todos esses casos, cessa a possibilidade de controle judicial prematuro tão logo seja proferida uma decisão pelo árbitro confirmando sua jurisdição sobre a disputa, salvo no caso de medidas de apoio à arbitragem, já que nesses casos o Poder Judiciário ainda poderá negar o cumprimento da medida de auxílio, embora não declarar a existência de eventual vício de jurisdição.

Por fim, no que toca ao objeto do controle, tem-se que a análise judicial compreenderá, dentro dos limites cognitivos e temporais acima aludidos, o escrutínio de questões afetas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem; extensão objetiva e subjetiva da convenção de arbitragem; e arbitrabilidade da disputa.

A título de arremate, é importante retomar a premissa estabelecida na introdução deste trabalho segundo a qual a defesa da possibilidade de controle judicial prematuro da jurisdição do árbitro não teve, de forma alguma, o intuito ou a pretensão de enfraquecer o instituto da arbitragem. O que se pretendeu, repise-se, foi justamente o contrário.

O objetivo, que se espera ter alcançado, é sistematizar a possibilidade de controle prematuro de modo a atingir o pretendido “meio-termo entre o hiperarbitralismo e o hiperestatismo”⁹³⁷ e, bem assim, a promoção da já referida busca pelo equilíbrio ideal entre a eficácia e a legitimidade da arbitragem.

⁹³⁷ BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de Arbitragem no Novo CPC, p. 287. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 291.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Bayerisches Oberstes Landesgericht. **Clout Case nº 557**. Relator: Não Disponível. Munique, 28 de fevereiro de 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ALMOMANI, Mohammad A. Court's role in deciding the arbitrator's jurisdiction: is Kompetenz-Kompetenz exclusive? **Uniform Law Review**, Oxford, v. 20, n. 2-3, 2015.

ALVAREZ, Guillermo Aguilar. To What Extent Do Arbitrators in International Cases Disregard the Bag and Baggage of National Systems? In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture**. Haia: Kluwer Law International, 1998 (ICCA Congress Series).

ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVIM, Arruda. Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a lei de arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Ltr, 2002.

_____. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ANCEL, Bertrand. O controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da “Competência-Competência”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. II, n. 6, 2016. Trimestral.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas Relações de Consumo: uma Proposta Concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, 2006. Trimestral;

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula compromissória: aspectos contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 116, p. 176-177, jul. 2012.

ARAÚJO, José Aurélio de. **Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ARMELIN, Donaldo. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 18, 2008, p. 274-300. Trimestral;

ARROYO, Diego P. Fernández. Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. II, n. 5, 2016. Trimestral.

ARROYO, Manuel (ed). **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2018.

ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2 ed. Huntington: JurisNet, 2014.

ASSIS, João Afonso de. A nulidade de cláusula arbitral, os princípios da autonomia da cláusula compromissória e da Kompetenz-Kompetenz. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 4, p. 231-245, 2005. Trimestral.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Obrigações e contratos: contratos em espécie: serviços e circulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção doutrinas essenciais).

_____. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

_____. Sentença parcial em arbitragem. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 17, 2008, p. 173-195. Trimestral;

BARCELÓ III, John J. Who decides the Arbitrator's Jurisdiction – Separability and Competence-Competence. In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 36, 2003.

BARLETTA, Bruna. **Remédios de Terceiros em Face da Sentença Arbitral: Aspectos Relevantes Sob a Ótica do Consentimento no Instituto da Arbitragem**. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

BARROS, Octávio Fragata Martins de. **A Oposição Judicial à Arbitragem: a quem cabe decidir a jurisdição**. 2007. 198 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de. A força vinculante da cláusula compromissória e o princípio da competência-competência – comentários ao AgIn 644.204-4/2. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 25, p. 269-285, 2010. Trimestral.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

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**, São Paulo, v. 2, 2004. Trimestral.

_____ ; FONTES, André R.C; Notas Introdutórias sobre a Natureza Jurídica da Arbitragem In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BATISTA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 6 ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BDINE JR., Hamid Charaf. Arts. 233 a 420 – Obrigações. In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 11 ed. Barueri: Manole, 2017.

BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de Arbitragem no Novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BERALDO, Leonardo de Faria. A ação do art. 7º da Lei 9.307/1996 e a inexistência de efeito suspensivo *Ope Legis* da Apelação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016

_____. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BERGER, Klaus Peter. **Private Dispute Resolution in International Business**: negotiation, mediation, arbitration. 2. ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2009.

BERMANN, George A. The Gateway Problem in International Commercial Arbitration. **The Yale Journal Of International Law**, New Haven, v. 37, 2012.

_____. The Role of National Courts at the Threshold of Arbitration. **The American Review of International Arbitration**, Huntington, v. 28, n. 3, 2017.

BESSON, Sébastien. Is There a Real Need for Transcending National Legal Orders in International Arbitration? Some Reflections Concerning Abusive Interference from the Courts at the Seat of the Arbitration. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration: The Coming of a New Age?** Haia: Kluwer Law International, 2013 (ICCA Congress Series).

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2 ed. Campinas: Servanda, 2015.

BINDER, Peter. International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions. 3 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2010.

BOISSESON, Mathieu de. As anti-suit injunction e o princípio da competência-competência. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 7, 2005. Trimestral

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**, Curitiba, v. XI, n. 43, 2014. Trimestral.

BOO, Lawrence. The Enforcement of Arbitration Agreements under Article 8 of the Model Law. In: BACHAND, Frédéric. GÉLINAS, FABIEN (eds.). **The UNCITRAL Model Law after 25 years: global perspectives on international commercial arbitration**. Huntington: JurisNet, 2013.

BORN, Gary B. **International Arbitration and Forum Selection Agreements: drafting and enforcing**. 5 ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2016.

_____. **International Commercial Arbitration**. 2 ed. Países Baixos: Kluwer Law International, 2014.

BOUCARON-NARDETTO, Magali. **Le principe compétence-competence em droit de l'arbitrage**. 2011. 678 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Univeridade Nice Sophia Antipolis, Nice, 2011.

BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRANCHER, Paulo M. R. Ilegalidade prima facie como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 53, 2017. Trimestral.

BRASIL. 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n. **053.10.017261-2**. Juíza: Maria Gabriella Pavlóoulos Spaolonzi, 07 de junho de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC n. **153498/RJ**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. 23 de maio de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no CC n. **156133/BA**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. 22 de agosto de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **111230/DF**. Relator: Ministra Nancy Andrichi. 08 de maio de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **113260/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Relator para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. 08 de setembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **139519**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Ministra Regina Helena Costa, 11 de outubro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **146939/PA**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 23 de novembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC n. **150830/PA**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. 10 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. **139519/RJ**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Ministra Regina Helena Costa, 11 de outubro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. **1602076/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrichi, 15 de setembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1169841/RJ**. Relator: Ministra Nancy Andrichi, 06 de novembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1189050/SP**. Relator: Luis Felipe Salomão, 01 de março de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1278852/MG**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 21 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1288251/MG**. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 09 de outubro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1302900/MG**. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 09 de outubro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1355831/SP**. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 19 de março de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1519041/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 1 de setembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1543564/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 25 de setembro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1550260/RS**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 12 de dezembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1602076/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 15 de setembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1628819/MG**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 27 de fevereiro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **819519/PE**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 09 de outubro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. SEC n. **5782/EX**. Relator: Ministro Jorge Mussi, 16 de dezembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. SE n. **5206-7 AgR**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n° **2.0000.00.410533-5/000**. Relator: Juiz Alvimar de Ávila, 27 de agosto de 2003.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. **2120017-41.2017.8.26.0000**. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi, 18 de agosto de 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. **0284191-48.2010.8.26.0000**. Relator: Franco Cocuzza, 14 de março de 2011.

BRAY, Devin. BRAY, Heather L. (eds). **International Arbitration and the courts**. Huntington: JurisNet, 2014.

BREKOULAKIS, Stavros. The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict Has to Be Negative. In: **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 22/2009**. Londres: Queen Mary, University of London, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. Vol. 5. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso sistematizado de processo civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva Emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2009.

_____. Das relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. II, n. 6, 2016. Trimestral.

CANADÁ. Ontario Court of Appeal. **Clout Case nº 509**. Relator: Louise Charron. Ontario, 21 de março de 2003.

CARAMELO, Antônio Sampaio. **Direito da arbitragem: ensaios**. Coimbra: Almedina, 2017

CARBONE, Giulia. The Interference of the Court of the Seat with International Arbitration. **Journal of Dispute Resolution**, v. 2012, n. 1, 2012.

CARDOSO, Christiana Beyrodt; COELHO, Leonardo de Castro; RODOVALHO, Thiago. Poderes, deveres e Jurisdição de um Tribunal Arbitral. In: BASSO, Maristela. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos. A prática no CAM-CCBC**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

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

_____. Árbitros e Juízes: guerra ou paz? In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Considerações sobre a Cláusula Compromissória e a Eleição de Foro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 51, out. 1997;

_____. Ensaio sobre a Sentença Arbitral Parcial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. V, n. 18, 2008, p. 7-26. Trimestral;

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de Urgência e Processo Arbitral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CASADO FILHO, Napoleão; LONGO, Bryan Simoni. Resistência à Instituição da Arbitragem: Quando a Intervenção do Judiciário é Realmente Necessária? In: HOLANDA, Flavia; SALLA, Ricardo Medina (Coord.). **A Nova Lei da Arbitragem Brasileira: Lei nº 13.129/2015**. São Paulo: IOB SAGE, 2015.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, 2006. Trimestral.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Eleonora. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. 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: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration 2006: Back to Basics?** Haia: Kluwer Law International, 2007 (ICCA Congress Series).

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

CORREIA FILHO, Antonio Carlos Nachif. The theories of international arbitration and related practical issues: the Brazilian approach (particularly the recent leading case on recognition of

annulled awards) vis-à-vis the “delocalization trend”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XIII, n. 52, 2016. Trimestral.

COSSÍO, Francisco González de. El principio competencia-competence revisitado. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: a arbitragem. introdução e histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção doutrinas essenciais).

CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.; PAULSSON Jan. **International Chamber of Commerce Arbitration**. 3 ed. Paris: Oceana Publications Inc., 2000.

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**, Curitiba, v. XIV, n. 53, 2017, Trimestral.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios processuais**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DA SILVA, Eduardo Silva. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. GUERRERO, Luis Fernando. NUNES, Thiago Marinho. **Regras da arbitragem brasileira: comentários aos regulamentos das câmaras de arbitragem**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DALL’AGNOL, Ana Carolina; MARTINI, Pedro C. de Castro. A sentença arbitral parcial: novos paradigmas? In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Aline Henriques. Os sistemas monista e dualista na arbitragem comercial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XIII, n. 50, 2016. Trimestral.

DIMOLITSA, Antonias. Separability and Kompetenz-Kompetenz. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **Improving Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. Haia: Kluwer Law International, 1999 (ICCA Congress Series).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Limites da Sentença Arbitral e de seu controle judicial. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a lei de arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Ltr, 2002.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONALDSON, Michael J. The Lesser Evil: how and why litigation over arbitration awards should have preclusive effects. **The American Review of International Arbitration**, Huntington, v. 28, n. 3, 2017.

DONOVAN, Donald Francis. International Arbitration in Brazil. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (Coleção doutrinas essenciais).

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ERK-KUBAT, Nadja. **Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective**. Haia: Kluwer Law International, 2014.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. **106 S.Ct. 1415**. Relator: Byron White, 7 de abril de 1986.

_____. Supreme Court of the United States. **115 S.Ct. 1920**. Relator: Stephen Breyer, 22 de março de 1995.

_____. Supreme Court of the United States. **126 S.Ct. 1204**. Relator: Antonin Scalia, 21 de fevereiro de 2006.

_____. Supreme Court of the United States. **130 S.Ct. 2772**. Relator: Antonin Scalia, 21 de junho de 2010.

_____. Supreme Court of the United States. **2019 WL 122164**. Relator: Brett Kavanaugh, 8 de janeiro de 2019.

_____. Supreme Court of the United States. **586 U. S. (2019)**. Relator: Neil Gorsuch, 15 de janeiro de 2019.

_____. Supreme Court of the United States. **87 S.Ct. 1801**. Relator: Abe Fortas, 12 de junho de 1967.

_____. U.S. District Court for the District of Columbia. **939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996)**. Relator: June Green, 31 de junho de 1996.

_____. United States Court of Appeals, Second Circuit. **293 F.3d 563, 568**. Relator: Barrington Daniels Parker Jr., 11 de junho de 2002.

_____. United States Court of Appeals, Second Circuit. **2002 WL 987280**. Relator: Ronald L. Ellis, 13 de maio de 2002.

_____. United States Court of Appeals, Second Circuit. **322 F.3d 115, 121-122**. Relator: Reena Raggi, 4 de março de 2003.

_____. United States Court of Appeals, Second Circuit. **81 F.3d 1193, 1200**. Relator: Dennis Jacobs, 19 de abril de 1996.

_____. United States Court of Appeals, Second Circuit. **C 06-4019 PJH**. Relator: Phyllis Hamilton, 20 de setembro de 2006.

_____. US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. **487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007)**. Relator: Harry Edwards, 25 de maio de 2007.

_____. US Court of Appeals, Second Circuit. **191 F.3d 194 (2d Cir. 1999)**. Relator: Pierre Leval, 12 de agosto de 1999.

_____. US District Court for the Southern District of New York. **77 F. Supp. 2d 405 (1999)**. Relator: Charles Haight Jr., 22 de outubro de 1999 e 29 de Setembro de 1999.

FELIPPE, Juliana. Note: Odontologia Noroeste Ltda. v. GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda., Superior Court of Justice of Brazil, Case No. 1.602.076/SP (2016/0134010-1), 15 September 2016. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XIV, n. 53, p. 86-99, 2014. Trimestral.

FERNANDES, Marcos Vinicius Tenório da Costa. **Anulação da Sentença Arbitral**. São Paulo: Atlas, 2007.

FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo código de processo civil. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: a arbitragem**. Introdução e histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção doutrinas essenciais).

_____. **Novos termos de arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

_____. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem na administração pública. **Revista Comercialista**, São Paulo, v. 7, n. 17, 2007. Trimestral.

_____. **Direito Internacional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. FINKELSTEIN, Maria Eugênia. ESCOBAR, Marcelo (et. al.). STJ determina a participação da União Federal em arbitragem envolvendo a Petrobras pela desvalorização das ações decorrente da operação Lava-Jato: Comentário à decisão no CC 151.130 que obsta a judicialização de decisões interlocutórias proferidas em arbitragens. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 58, p. 361-377, 2018.

_____; VIEIRA, Fabio Alonso; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. A função dos Tribunais Nacionais Estatais no Processo Arbitral. In: BASSO, Maristela. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos**. A prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 23, 2009.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, 2006. Trimestral.

FORBES, Carlos Suplicy de Figueiredo; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Carta arbitral: instrumento de cooperação jurisdicional. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

FRANÇA. Cour d'appel de Paris. **95-23025**. Relator: Anne-Lise Collomp, 14 de janeiro de 1997.

_____. Cour de Cassation. **05-18.053**. Relator: Jean-Pierre Ancel, 29 de junho de 2007.

_____. Cour de Cassation. **92-15137**. Relator: Jacques Lemontey, 23 de março de 1994.

_____. Cour de Cassation. **95-18402 95-18403**. Relator: Jacques Lemontey, 10 de junho de 1997.

_____. Cour de Cassation. **99-17.120**. Relator: Jean-Pierre Ancel, 26 de junho de 2001.

_____. Cour de Cassation. **99-19.319**. Relator: Jean-Pierre Ancel, 19 de outubro de 2001.

GAGLIARDI, Rafael Villar. O avesso da forma: contribuição do direito material à disciplina dos terceiros na arbitragem (uma análise a partir de casos emblemáticos da jurisprudência brasileira). In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GAILLARD, Emmanuel. Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration 2006: Back to Basics?** Haia: Kluwer Law International, 2007. (ICCA Congress Series).

_____. BANIFATEMI, Yas. 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**. Londres: Cameron May, 2008.

_____. O Efeito Negativo da Competência-Competência. Tradução de Clávio de Melo Valença Filho e Gisella Mation. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. VI, n. 24, 2009. (Trimestral).

_____. *Prima Facie* Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement. **New York Law Journal**, Nova York, 2005.

_____. Reflections on the use of anti-suit injunctions in international arbitration. In: LEW, Julian D. M; MISTELIS, Loukas A. (eds.). **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, 2006.

_____. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. Tradução de Natália Mizrahi Lamas.

_____. The Enforcement of Awards Set Aside In The Country Of Origin. In: **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, v. 14, 1999.

_____. Transcending National Legal Orders for International Arbitration. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration: The Coming of a New Age?** Haia: Kluwer Law International, 2013 (ICCA Congress Series).

_____; BERMANN, George A. (eds.). **The UNCITRAL Secretariat Guide on the New York Convention**. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.

GAMA JR., Lauro. Recusas Fundadas no Artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades da sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnaldo. LEMES, Selma Maria Ferreira (coords.). **Arbitragem Comercial e Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMBOA-MORALES, Nicolás. Remarks on the cooperation between the Latin American judiciary and arbitral tribunals with respect to the taking of evidence. **International Commercial Arbitration Brief**. Washington: American University Washington College of Law, v. 1, n° 1, 2011.

GEISINGER, Elliott; VOSER, Nathalie. **International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2013.

GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives**. 3 ed. Haia: Kluwer Law International, 2016.

GIUSTI, Gilberto; MARQUES, Ricardo Dalmaso. Sentenças arbitrais parciais: uma análise prática. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 26, 2010, p. 46-58. Trimestral;

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21 ed – Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Obrigações** 18 ed – Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado). Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. Breves considerações sobre as relações do poder judiciário com a arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral). In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a lei de arbitragem**: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Ltr, 2002.

GOODE, Roy. The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration. In: **Arbitration International**, Vol. 17, n. 1, 2001.

GRAVES, Jack; DAVYDAN, Yelena. Competence-Competence and Separability – American Style. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas A. *et al.* (eds). **International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution**. Haia: Kluwer Law International, 2011.

GREENBERG, Simon. Direct Review of Arbitral Jurisdiction under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. In: BACHAND, Frédéric. GÉLINAS, FABIEN (eds.). **The UNCITRAL Model Law after 25 years: global perspectives on international commercial arbitration**. Huntington: JurisNet, 2013.

GRION, Renato Stephan. Árbitro de emergência – perspectiva brasileira à luz da experiência internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem da revolução de 1996 a uma prática em consolidação. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (coords.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HAMLIN, James B. Contractual Alteration of the Scope of Judicial Review: The US Experience. In: **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 15, n. 4, 1998. Bimestral.

HANOTIAU, Bernard. **Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions**. Haia: Kluwer Law International, 2005.

HARRIS, Bruce. PLANTEROSE, Rowan. TECKS, Jonathan. **The Arbitration Act 1996: a commentary**. 5 ed. Chichester: Wiley Blackwell, 2014.

HENRICI, Ricardo Loretto; e ARAUJO, Lucas Mayall M. de. Relações de consumo, contratos de adesão e arbitragem. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HOLANDA. Corte de Apelação de Amsterdam. **200.005.269/01**. Relator: G.C. Makkink, 28 de abril de 2009.

HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph E. **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**. Haia: Kluwer Law International, 1989.

HUBER, Peter. BACH, Ivo. Arbitration Agreement, § 1032 – Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court. In: NACIMIENTO, Patricia; KRÖLL, Stefan M.;

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2015.

_____. Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction. In: NACIMIENTO, Patricia; KRÖLL, Stefan M.; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2015.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2009.

International Council for Commercial Arbitration - ICCA. **Guia do ICCA Sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes**. ICCA: 2012.

JARVIN, Sigvard. LEVENTHAL, Alexander G. Objections to jurisdiction. In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. (eds.). **The leading arbitrators' guide to international arbitration**. 3 ed. Huntington: JurisNet, 2014.

JEMIELNIAK, Joanna. Legal interpretation in international commercial arbitration. Burlington: Ashgate, 2014.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of Arbitral Procedure. In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 36, 2003.

_____. Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**. Haia: Kluwer Law International, 1999 (ICCA Congress Series).

_____. RIGOZZI, Antonio. **International arbitration: Law and Practice in Switzerland**. Nova York: Oxford University Press, 2015.

KENNEDY-GRANT, Tomás. The New Zealand Experience of the UNCITRAL Model Law. **Asian Dispute Review**, Hong Kong, v. 2003, n. 1, 2003.

KERR, Michael. Arbitration and the Courts: The Uncitral Model Law. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 34, n. 1, 1985.

KIDANE, Won L. **The Culture of International Arbitration**. Nova York: Oxford University Press, 2017.

KREINDLER, Richard. Competence-competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements. Haia: Ail-Pocket, 2013.

KRÖLL, Stefan. Party Autonomy in relation to Competence-Competence. In: FERRARI, Franco. **Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration**. Huntington: JurisNet, 2016.

_____. Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction. **Arbitration International**, Londres, v. 20, n. 1, 2004.

_____. The “incapable of being performed” exception in article II (3) of the New York Convention. In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. **Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice**. Londres: Cameron May, 2008.

LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 20, p. 243-276, 2016.

LANDOLT, Phillip. The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz. **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 30, n. 5, 2013. Bimestral.

LEE, João Bosco. Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Parecer: Eficácia da Cláusula Arbitral. Aplicação da Lei de Arbitragem no Tempo. Transmissão da Cláusula Compromissória. Anti-suit Injunction. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. III, n. 11, 2006. Trimestral.

_____; VALENÇA FILHO, Clávio. Note - MBV Commercial and Export Management Establishment v. Resil Indústria e Comércio Ltda., Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira No. 5.206-7, 12 December 2001. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. I, n. 3, 2004. Trimestral.

LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). **Reflexões sobre a lei de arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima**. São Paulo: Ltr, 2002.

_____. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 51, out. 1997.

LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XII, n. 48, 2015. Trimestral.

_____. **Arbitragem e Poder Judiciário**: a definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Arbitragem em disputas consumeristas no Brasil: breve ensaio sobre a legislação projetada. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEW, Julian D.M. Achieving the Dream: Autonomous Arbitration. In: **Arbitration International**, Vol. 22, n. 2, 2006.

_____; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**. Países Baixos: Kluwer Law International, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Bernardo. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010.

LONGO, Samantha Mendes. **Cláusula compromissória inserida em contrato não assinado**. Art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, p. 331-344, 2011. Trimestral.

_____. Mitigação do princípio da Kompetenz-Kompetenz - art. 8.º, parágrafo único e art. 20 da lei 9.307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 35, p. 359-380, 2012. Trimestral;

LY, Filip De. Forum Shopping and the Determination of the Place of Arbitration. In: FERRARI, Franco. **Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context**. Regensburg: Sellier European Law Publishers, 2013.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAGNUSSON, Annette. Prima facie decisions on jurisdiction. In: JARVIN, Sigvard (ed). **Stockholm Arbitration Report**, v. 2, Huntington: JurisNet, 2000.

- _____ ; LARSSON, Hanna. Recent Practice of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: Prima Facie Decisions on Jurisdiction and Challenges of Arbitrators. In: JARVIN, Sigvard (ed). **Stockholm Arbitration Report**, v. 2, Huntington: JurisNet, 2004.
- MAIA NETO, Francisco. Carta arbitral. In: HOLANDA, Flavia; SALLA, Ricardo Medina (coords.). **A Nova Lei da Arbitragem Brasileira: Lei nº 13.129/2015**. São Paulo: IOB SAGE, 2015.
- MANGE, Flávia foz. **Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais: reconhecimento pelos Tribunais Superiores de medidas proferidas por tribunais arbitrais e judiciais no exterior**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- MANN, Francis A. Lex Facit Arbitrum. In: SANDERS, Pieter (ed). **International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke**. Haia: Martinus Nijhoff, 1976.
- MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Arbitrabilidade e as Ressalvas Constantes do Artigo II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo. LEMES, Selma Maria Ferreira (coords.). **Arbitragem Comercial e Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____ ; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Coleção Fora de Série).
- MAYER, Pierre. Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?: (II. – L'arbitrage, Deuxième Séance). **Revue de L'arbitrage**, França, n. 2, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MEJIAS, Lucas Britto. **Controle da Atividade do Árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. Malheiros: São Paulo, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 1ª Parte. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENNA, Fabio de Vasconcellos. **Limites da Arbitragem.** 2010. 193 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MERCHÁN, José F. Merino; MEDINA, José María Chillón. **Tratado de Derecho Arbitral.** 4 ed. Navarra: Thomson Reuters, 2014.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MISTELIS, Loukas. **Applicable laws and procedures in international commercial arbitration: Section C: Jurisdictional issues in arbitration.** Londres: University of London Press, 2005.

_____. Delocalization and its Relevance in Post-award Review. In: BACHAND, Frédéric. GÉLINAS, FABIEN (eds.). **The UNCITRAL Model Law after 25 years: global perspectives on international commercial arbitration.** Huntington: JurisNet, 2013.

MOLOO, Rahim. Arbitrators Granting Antisuit Orders: When Should They and on What Authority? **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 26, n. 5, 2009. Bimestral.

MONTEIRO, André Luís Quintas. Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 57, 2018.

_____. **Princípio da competência-competência na arbitragem comercial: visão a partir do Brasil.** 2017. 291 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

MOSES, Margaret L. Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards. **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 20, n. 3, 2003.

_____. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration.** 2 ed. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

NACIMIENTO, Patricia; KRÖLL, Stefan M.; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice.** 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2015.

NAGAO, Paulo Issamu. **Do controle judicial da sentença arbitral.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NANNI, Giovanni Ettore. Convenção de arbitragem: negócio jurídico processual ou material?. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Leticia; LESSA NETO, João Luiz. (Org.). **Negócios jurídicos processuais na arbitragem**. 1ed. São Paulo: CIESP, 2017, v. 1.

_____. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Efeito Vinculante de Convenção de Arbitragem Estipulada no Curso de Processo Judicial – Impossibilidade de Revisão da Sentença Arbitral – Viabilidade da Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. I, n. 3, 2004. Trimestral.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; FINKELSTEIN, Claudio. Carta arbitral: possíveis situações de não cooperação do juízo estatal. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 54, p. 125-150, 2017. Trimestral.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. II, n. 5, 2005.

_____. **Arbitragem e Prescrição**. São Paulo: Atlas, 2014.

OSTROVE, Michael; SALOMON, Claudia; SHIFMAN, Better (eds.). **Choice of Venue in International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras v. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI and Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência nº 139.519/RJ, 9 April 2015. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XII, n. 47, 2015. Trimestral.

_____. **Processo Arbitral e Sistema**. São Paulo: Atlas, 2012.

PARK, William W. **Arbitration of International Business Disputes: studies in Law and Practice**. 2 ed. Croydon: Oxford University Press, 2012,

_____. Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law. In: **Nevada Law Journal**, Vol. 8, n. 1, 2008.

_____. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: processo arbitral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção doutrinas essenciais).

_____. The arbitrability dicta in *First Options v. Kaplan*: what sort of Kompetenz-Kompetenz has crossed the atlantic? In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 11, 2006. Trimestral.

_____. The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction. In: VAN DER BERG, Albert Jan. **International Arbitration 2006: Back to Basics?** Haia: Kluwer Law International, 2007, p. 58-90. (ICCA Congress Series).

_____. The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 32, n. 1, 1983.

PAULSSON, Jan. Arbitragem nacional não é arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. XI, n. 42, 2014.

_____. Arbitration in Three Dimensions. **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 60, 2011.

_____. Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 30, n 2, 1981.

_____. Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters. In: **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 32, n. 1, 1983.

_____. Interference by national courts. In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. (eds.). **The leading arbitrators' guide to international arbitration**. 3 ed. Huntington: JurisNet, 2014.

_____. **The idea of arbitration**. Nova York: Oxford University Press, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil**. Teoria geral de direito civil. Vol. I. 29ª ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. Vol. II. 28ª ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do código civil. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (Coleção doutrinas essenciais).

PLATT, Rowan. The Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality? **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 30, n. 5, 2013. Bimestral.

POUDRET, Jean-françois. Critères d'extranéité de l'arbitrage international et droit communautaire. **Asa Bulletin**, Suíça, v. 16, n. 1, p. 22-42, 1998. Trimestral.

_____ ; BESSON, Sébastien. **Comparative Law of International Arbitration**. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à Arbitragem. São Paulo: Ltr, 1997.

RAMOS, Caio Pazinato Gregório. Os efeitos e implicações da anulação da sentença arbitral estrangeira na sede da arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio (coord.). **Direito e Arbitragem**: estudos acadêmicos. v 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016 (Série Trabalhos Premiados).

RANZOLIN, Ricardo. **Coexistência do juízo arbitral e do juízo estatal**: o enfoque constitucional. 2008. 201 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

RAU, Allan Scott. Arbitrating arbitrability. In: BRAY, Devin. BRAY, Heather L. (eds). **International Arbitration and the courts**. Huntington: JurisNet, 2014.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *et al.* **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6 ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2015.

REINO UNIDO, High Court of Justice, Queen`s Bench Division. **2 All ER**. Relator: Timothy Walker J., 24 de maio de 1999.

_____. High Court of England and Wales, Queen's Bench Division. **EWHC 2188 (Comm)**. Relator: Simon Picken, 03 de julho de 2014.

_____. High Court of England and Wales, Queen's Bench Division. **[1999] 1 All ER (Comm) 315**. Relator: Colman Treacy, 20 de janeiro de 1999.

_____. United Kingdom Supreme Court. [2010] UKSC 46. Relator: Lord Mance, 03 de novembro de 2010.

REISMAN, W. Michael; IRAVANI, Heide. The changing relation of national courts and international commercial arbitration **The American Review of International Arbitration**, Huntington, v. 21, n. 1-4, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**: oito anos de reflexão. Questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIZO, Vicente Bañuelos. **Arbitraje Comercial Internacional**: comentarios a la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional. Balderas: Limusa, 2010.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Conflito positivo de competência entre árbitro e magistrado. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 34, 2012.

_____; VAUGHN, Gustavo Fávero. Preliminar de Arbitragem no CPC/2015: nova lei, antiga celeuma. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 52, p. 71-97, 2017.

RODOVALHO, Thiago. **Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão**. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Parecer: cláusula arbitral abstrata. Impossibilidade. Nulidade da cláusula arbitral. Demais cláusulas arbitrais inseridas de forma abusiva em contrato de adesão. Nulidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 274, 2017.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. **Direito Aplicável e Arbitragem Internacional**. Curitiba: Juruá, 2015.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International arbitration law and practice**. 3 ed. Huntington: JurisNet, 2014.

_____. The Fall of a Taboo. **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 20, n. 4, 2003, p. 387-392. Bimestral.

SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?** Sixty years of Arbitration Practice. Haia: Kluwer Law International, 1999.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SATTAR, Sameer. National Courts and International Arbitration: A Double-edged Sword? **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 27, n. 1, 2010. Bimestral.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 3, 2014.

SCHRAMM, Dorothée. GEISINGER, Elliott. PINSOLLE, Philippe. Article II. In: KRONKE, Herbert. NACIMIENTO, Patricia. PORT, Nicola Christine (Eds.). **Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**. Haia: Kluwer Law International. 2010.

SHANY, Yuval. *The Competing Jurisdictions of Interational Courts and Tribunals*. Nova York: Oxford University Press, 2003.

SINGAPURA. Court of Appeal of Singapore. [2009] 3 SLR 936; [2009] SGCA 24. Relator: Chan Sek Keong, 2 de junho de 2009.

_____. High Court of Singapore. [2003] SGHC 203. Relator: Tan Lee Meng, 10 de setembro de 2003.

SMILGIN, André. Ação judicial para instituição de arbitragem com base no art. 7.º da lei 9.307/96. Oposição do réu quanto à arbitrabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes. Extensão da análise da matéria pelo poder judiciário. Competência-competência, **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 18, 2008. Trimestral.

SMIT, Robert H. Separability and Competence-Competence In International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come From Nothing? **The American Review of International Arbitration**, Huntington, v. 13, n. 1-4, 2017.

STRAUBE, Frederico Gustavo; SOUZA, Marcelo Junqueira Inglês de; GAGLIARDI, Rafael Villar. Leis aplicáveis à arbitragem. In: BASSO, Maristela. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). **Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos. A prática no CAM-CCBC**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

STRENGER, Irineu. Arbitragem Internacional - Conceitos Básicos. In: PUCCI, Adriana Noemi (Org.). **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: Ltr, 1998.

SYNKOVÁ, Sandra. **Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage: a comparative analysis of the English, German and Swiss Legal Order.** Cham: Springer International Publishing, 2013.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de convenção arbitral no projeto de novo código de processo civil. (exceção de arbitragem). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 40, p. 81-103, 2014. Trimestral.

_____. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, 2016.

TANG, Zheng Sophia. **Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law.** Nova York: Routledge, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Invalidade da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: JOBIM, Eduardo. MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.** v 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 1. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TIBURCIO, Carmen. A Arbitragem Internacional. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção doutrinas essenciais).

_____. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, 2015. Trimestral.

TRIPODI, Leandro. A arbitragem doméstica e internacional: o que significam monismo e dualismo no terreno da arbitragem? In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015.** São Paulo: Saraiva, 2016.

TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. **Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice.** Reino Unido: Oxford University Press, 2015.

UNCITRAL. Report of the Secretary-General: Study on the Application and Interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/168. In: **X Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law**, 106, 1979.

_____. **UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)**: 2016 Edition. Nova York: United Nations Publication, 2016.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 15, p. 134-190, 2007. Trimestral.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem em juízo**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

_____, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. O árbitro, o juiz e a distribuição da tutela de urgência. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Org.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**. v. 19. Haia: Kluwer Law International, 1994.

_____. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 20. Haia: Kluwer Law International, 1995.

_____. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 21. Haia: Kluwer Law International, 1996.

_____. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 22. Haia: Kluwer Law International, 1997.

_____. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 24. Haia: Kluwer Law International, 1999.

_____. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 32. Haia: Kluwer Law International, 2007.

_____. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 33. Haia: Kluwer Law International, 2008.

_____. (ed). **Yearbook of Commercial Arbitration**, v. 34. Haia: Kluwer Law International, 2009.

_____. Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 27, n. 2, 2010. Bimestral.

_____. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Haia: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.

VASCONCELLOS, Luis Antunes. **O princípio da competência-competência no direito arbitral brasileiro**. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, 2010.

VERÇOSA, Fabiane. **A aplicação errônea do direito pelo árbitro: uma análise à luz do Direito Brasileiro e Estrangeiro**. Curitiba, Editora CRV, 2015.

VIDAL, Gustavo Pane. **Convenção de Arbitragem**. 2016. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

VISCONTE, Débora. **A jurisdição dos árbitros e seus efeitos**. 2009. 414 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VISHNEVSKAYA, Olga. Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil? **Journal of International Arbitration**, Países Baixos, v. 32, n. 2, 2015. Bimestral;

_____. A Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, p. 31-59, 2004. Trimestral.

_____. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: arbitragem internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Coleção doutrinas essenciais).

_____. A sentença arbitral parcial no direito comparado e no direito brasileiro. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 51, 2016, p. 87-94. Trimestral;

_____. As anti-suit injunctions no Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, 2006, p. 29-43. Trimestral.

_____. Descabimento do Mandado de Segurança Contra Decisão do Tribunal Arbitral - Comentários do AGRIN 990.10.284191-0. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 26, 2010. Trimestral.

WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Arbitragem e mediação: processo arbitral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (Coleção doutrinas essenciais).

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WEI, Shen. **Rethinking the New York Convention: a Law and Economics Approach**. Cambridge: Intersentia, 2013.

WLADECK, Felipe Sripes. **Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional**. 2013. 445 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.