

37

jan / fev / mar 2013

Revista Brasileira de

# ARBITRAGEM



Comitê Brasileiro de Arbitragem

**SINTESE**  
Autoridade em Publicações Jurídicas

## Caso Jirau: Decisões na Inglaterra e no Brasil Ressaltam Métodos e Reações Distintas na Determinação da Lei Aplicável à Convenção de Arbitragem<sup>1,2</sup>

**LUIS ALBERTO SALTON PERETTI**

Advogado em São Paulo no Grupo de Arbitragem de Trench Rossi Watanabe Advogados, Diplomado do Instituto de Estudos Políticos de Paris, *Master* em Direito Econômico, *Master* em Direito e Globalização Econômica pela Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, *Master* em Direito Comparado pela Universidade de Paris II Panthéon-Assas.

**RESUMO:** Em 2012, cortes inglesas e brasileiras examinaram a validade de uma convenção de arbitragem firmada no Brasil. As decisões proferidas revelam abordagens distintas para a determinação do direito aplicável à validade da convenção de arbitragem. No Brasil, houve associação dessa lei aplicável à lei brasileira que regia as obrigações substanciais do contrato. Na Inglaterra, os julgados tomaram por base a doutrina da separação da convenção de arbitragem do contrato subjacente e entenderam que o direito mais estreitamente vinculado à convenção de arbitragem era o da sede da arbitragem – Londres. Foram proferidas ordens judiciais em vista das ações ajuizadas no Brasil e na Inglaterra. Enquanto as cortes brasileiras ordenaram a cessação da arbitragem em Londres, as cortes inglesas ordenaram que as partes se abstivessem de perseguir ações judiciais no Brasil, recordando as dificuldades que tais ordens surtem para o processamento de arbitragens internacionais, tanto de ponto de vista das prerrogativas reconhecidas aos árbitros quanto do ponto de vista do direito internacional.

**ABSTRACT:** In 2012, Brazilian and English courts examined the validity of an arbitration agreement executed in Brazil. The decisions rendered demonstrate different approaches as to the law that governs the arbitration agreement. In Brazil, this law was associated with the law governing the main contract, which was Brazilian law. In England, the decisions were based on the doctrine of the separability of the arbitration agreement differentiating it from the underlying contract and determined that the law most closely connected to the arbitration agreement was that of the arbitration seat, which was English law. Injunctions were sought in both jurisdictions in view of the lawsuits filed before the Brazilian and English courts. While Brazilian courts ordered the discontinuation of the arbitration in London, English courts enjoined the parties to abstain from pursuing court litigation in Brazil, reminding the difficulties that such orders create to the conduct of international arbitration, both from the standpoint of the arbitrators' prerogatives and as regards to international law.

**SUMÁRIO:** I – Introdução; A) Antecedentes; B) Histórico processual, lide e decisões; II – Comentário: a estática e a dinâmica da invalidade das convenções de arbitragem perante o juiz estatal; A) A estática da convenção de arbitragem perante o juiz estatal: o exame e a determinação da lei aplicável

1 Ambas as decisões inglesas encontram-se na jurisprudência internacional não comentada dessa edição.

2 Tanto o agravo quanto o despacho do Tribunal brasileiro encontram-se na jurisprudência nacional não comentada dessa edição.

para determinar sua validade; 1 A separação entre o direito aplicável à substância do negócio e o direito aplicável à convenção de arbitragem; 2 A determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem pelas cortes brasileiras e inglesas; B) A dinâmica da convenção de arbitragem perante o juiz estatal: o princípio da competência-competência e o controle de validade da convenção de arbitragem; 1 O acórdão do TJSP e o controle judicial da validade da convenção de arbitragem; 2 A *anti-arbitration injunction* proferida no Brasil e a *anti-suit injunction* proferida na Inglaterra; III – Conclusão.

## I – INTRODUÇÃO

Por séculos, inexistindo referencial horário a permitir a sua determinação, os navegadores lidaram com o problema das longitudes. Em 1714, o Parlamento britânico ofereceu um prêmio para o inventor que produzisse um cronômetro apto a indicar a longitude em alto mar. Séculos depois, a instalação de cabos telegráficos submarinos estendeu a hora de Londres (Greenwich) ao mundo<sup>3</sup>.

Em se tratando da validade de convenções de arbitragem, ainda não se dispõe de um referencial global, haja vista as distintas sensibilidades dos legisladores nacionais<sup>4</sup>. Ante a diversidade de critérios esparsos, a validade das convenções de arbitragem fica sujeita a obstáculos inesperados.

No ano de 2012, juízes brasileiros e ingleses foram confrontados com uma mesma convenção de arbitragem e chamados a se pronunciarem sobre a sua validade. Ambas jurisdições tiveram de resolver, expressa ou implicitamente, a questão do direito aplicável às cláusulas compromissórias inseridas em contrato e de reagir em conformidade com essa apreciação.

Essas decisões não apenas contrastaram os critérios de validade e os requisitos formais aplicáveis às convenções de arbitragem nessas jurisdições, como também salientaram abordagens diferentes com relação à reação judicial perante uma convenção arbitral cuja validade se discute.

- i. *High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, Commercial Court* (“*Commercial Court*”), decisão (*judgment*) proferida em 19.01.2012, [2012] EWHC 42 (Comm) (“*decisão da Commercial Court*”);
- ii. Agravo de Instrumento nº 0304979-49.2011.8.26.0000, interposto perante a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Paulo Alcides, julgado em 13.01.2013 (“*acórdão do TJSP*”);

3 GALISSON, Peter. *L'Empire du Temps: Les horloges d'Einstein et les cartes de Poincaré*. Paris: Gallimard, 2006.

4 KENNEDY, Duncan. The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law. *European Review of Private Law*, 1: 7-28, 2001. Disponível em: <<http://duncankennedy.net/documents/The%20Political%20Stakes%20in%20Merely%20Technical%20Issues%20of%20Contract%20Law.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2013.

- iii. *Court of Appeal of England and Wales (“Court of Appeal”)*, decisão (*judgment*) proferida em 16.05.2012, [2012] EWCA Civ 638 (“decisão da *Court of Appeal*”).

#### A) ANTECEDENTES

As decisões comentadas relacionam-se com duas apólices de seguros (“Apólices”), mediante as quais três sociedades brasileiras (“Seguradas”) contrataram com seis “Seguradoras” a cobertura dos riscos envolvidos na construção da Usina Hidrelétrica de Jirau, localizada no Rio Madeira, a 120 km de Porto Velho, em Rondônia.

As Apólices continham três disposições relativas à resolução de disputas, tratando, respectivamente, da escolha de lei e foro, da previsão de mediação e, por fim, de uma convenção de arbitragem. A relevância dessas disposições justifica a sua transcrição a seguir:

##### 7. Lei e Foro

Fica estabelecido que esta Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil.

Qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos Tribunais do Brasil.

##### 11. Mediação

No caso de qualquer disputa ou divergência de qualquer natureza em decorrência de ou relativa a esta Apólice, incluindo qualquer questão referente a sua existência, vigência ou término, doravante denominada a disputa, ficam obrigadas as partes a procurarem uma resolução amigável da disputa através de mediação, antes de partir para um processo de arbitragem.

Serão mantidos em pleno vigor todos os direitos das partes em relação à disputa, e todo o processo de mediação, incluindo os documentos apresentados ou que sejam objeto de referência, bem como as deliberações apresentações orais serão estritamente confidenciais entre as partes, e será conduzido na mesma base como sem prejuízo as negociações, privilegiadas, inadmissíveis não sujeitos a divulgação em qualquer outro processo seja que for, e não constituirá renúncia da prerrogativa, seja entre as partes ou entre qualquer uma destas e um terceiro.

A mediação poderá ser terminada por qualquer parte mediante a notificação por escrito para o mediador nomeado e para a outra parte.

A notificação de término poderá ser apresentada a qualquer tempo após a primeira reunião ou deliberação relativa a mediação.

Caso a disputa não se resolva satisfatoriamente para ambas as partes no prazo de até 90 dias a contar da apresentação da notificação para o início da mediação, ou se qualquer das partes deixarem ou recusarem-se a participar na mediação, ou se qualquer parte apresentar a notificação por escrito a fim de terminar a mediação

sob esta cláusula, então qualquer parte poderá encaminhar a disputa para um processo de arbitragem.

Salvo acordo das partes em contrário, os honorários e as despesas do mediador, bem como todos os demais custos da mediação serão assumidos em proporções iguais entre as partes, e cada parte arcará com os respectivos custos incorridos com a mediação, independentemente do resultado da mediação.

## 12. Arbitragem

No caso do Segurado e a Seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob esta Apólice através de mediação conforme acima estabelecida, tal disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as regras de arbitragem de ARIAS. O Tribunal de Arbitragem será constituído por três árbitros sendo um a ser nomeado pelo Segurado, outro a ser nomeado pela Seguradora, e o terceiro a ser designado pelos dois árbitros nomeados. O terceiro membro do Tribunal deve ser nomeado assim que for praticável em prazo não superior a 28 dias após a nomeação dos representantes das duas partes. O Tribunal será constituído mediante a nomeação do terceiro árbitro.

Os árbitros serão pessoas, incluindo as pessoas aposentadas, que possuírem experiência mínima de dez anos dentro ad indústria do seguro ou resseguro, ou como advogados ou outros assessores profissionais que prestarem serviços à indústria.

Caso uma das partes deixar de nomear o seu árbitro em até 14 dias depois de solicitada, ou se os dois árbitros nomeados pelas partes não nomearem o terceiro árbitro em até 28 dias a contar de suas nomeações, então, mediante solicitação a ARIAS (UK) nomeará um árbitro para preencher a vaga. A qualquer momento antes da nomeação pela ARIAS (UK) a parte ou os árbitros em falta poderão efetuar tal nomeação.

Ao seu critério exclusivo, o Tribunal pode promover tais ordens ou diretrizes que o mesmo considera necessários para a resolução da s questões sob disputa. O Tribunal fará jus aos critérios mais abrangentes permitidos por lei no que concernem os procedimentos de arbitragem relativamente a promoção de tais ordens ou diretrizes.

A sede de arbitragem ficará em Londres, Inglaterra.

Com a ocorrência de sinistros em março de 2011, as Seguradas notificaram as Seguradoras, requerendo cobertura. As Seguradoras nomearam auditores para investigar as causas e avaliar o montante dos danos decorrentes do sinistro. Até setembro daquele ano, as Seguradoras aparentemente não haviam manifestado uma posição formal com relação à cobertura ou com relação ao *quantum* da garantia. Uma reunião posterior tampouco resultou em uma definição com relação à cobertura dos sinistros.

Os Segurados sinalizaram com a possibilidade de conduzir mediação, nos termos das Apólices, e, logo em seguida, um dos Segurados remeteu notifi-

cação formal do sinistro, iniciando o período mensal conferido pela legislação brasileira para uma resposta formal das Seguradoras.

Após mais algumas tentativas de mediação, as Seguradoras remeteram uma notificação para o início de procedimento arbitral, em 29.11.2011.

## B) HISTÓRICO PROCESSUAL, LIDE E DECISÕES

Em 12.12.2011, as Seguradas ajuizaram “ação cominatória com pedido de tutela antecipada” em face das Seguradoras, buscando a declaração da invalidade das convenções de arbitragem, de igual teor, inclusa nas Apólices, combinada com a antecipação de tutela *inaudita altera parte*, “consubstanciada em decisão determinando às requeridas que se abstenham da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias, por não estarem vinculadas a qualquer cláusula ou compromisso arbitral”<sup>5</sup>.

Na mesma data, o juízo de primeira instância rejeitou o pedido antecipatório deduzido pelas Seguradas, motivando a sua decisão no princípio da força obrigatória dos contratos, nos seguintes termos:

[A] preservação integral dos efeitos jurídicos das letras contratuais (com força de lei entre as partes contratantes, segundo os ditames do *pacta sunt servanda*) somente deve ceder passo a investidas modificadoras em situações extremamente excepcionais, de todo inesperadas, quando situações fáticas externas vierem de influenciar sobremaneira o efetivo equilíbrio econômico da própria avença.

O que não é o caso dos presentes autos, no bojo do qual, ainda em fase processual postulatória do feito e com base nos elementos de convicção que acompanham a petição inicial das autoras, depreende-se que as apólices de seguro estabelecidas entre as partes litigantes vêm de prever, de forma expressa, que, não havendo acordo entre ambas acerca do montante a ser pago a título de indenização securitária, tal pendência será encaminhada para um processo de arbitragem. (fl. 226)

Também na mesma data, as Seguradoras pleitearam, perante a *Commercial Court* de Londres, uma ordem judicial com efeito inverso ao pretendido pelas Seguradas em São Paulo. Buscavam elas uma *anti-suit injunction* inibindo as Seguradas de prosseguirem na ação ajuizada no Brasil. No dia seguinte, ordem judicial foi proferida nesse sentido, porém em caráter liminar. A justiça inglesa impôs, assim, uma ordem para que as Seguradoras se abstivessem de iniciar ou de dar seguimento a iniciativas judiciais no Brasil que tivessem relação com as Apólices.

5 A ação tramita perante a 9ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital em São Paulo (Processo nº 0223943-73.2011.8.26.0100), fls. 14 e 15.

Irresignadas com a decisão da corte inglesa e haja vista a decisão interlocutória do juiz paulistano, que indeferiu o pedido de liminar para que as Seguradoras se abstivessem de dar impulso à arbitragem em Londres, as Seguradoras interpuseram agravo de instrumento em 13.12.2013<sup>6</sup>. No mesmo dia, sobreveio decisão do desembargador relator concedendo a medida liminar pleiteada pelas Seguradoras e determinando “às agravadas que se abstenham da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias”<sup>7</sup>. Entre os argumentos empregados pelas Seguradoras para sustentar a invalidade do convênio arbitral estavam os requisitos impostos pelo § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem<sup>8</sup>, que regula as cláusulas de arbitragem inseridas em contratos de adesão e os requisitos de forma impostos pela Circular nº 256 da Susep<sup>9</sup>.

Em seguida, as Seguradoras requereram a confirmação da *anti-suit injunction* liminarmente proferida pela *Commercial Court* em Londres. Em 19.01.2012<sup>10</sup>, após manifestações das partes, sobreveio decisão analisando, entre outros argumentos, quatro questões relevantes para a validade da convenção de arbitragem inserida nas Apólices: (i) a determinação do direito aplicável à convenção de arbitragem inserida nas Apólices; (ii) a validade do convênio arbitral pactuado nas Apólices de acordo com essa lei (¶ 16); (iii) a vinculação das partes à convenção arbitral em vista de sua redação permissiva, e não ex-

6 Trata-se do Agravo de Instrumento nº 0304979-49.2011.8.26.0000, interposto perante a 6ª Câmara de Direito Privado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Paulo Alcides.

7 Decisão monocrática proferida em 15.12.2011 pelo Desembargador Paulo Alcides no Agravo de Instrumento nº 0304979-49.2011.8.26.0000:

“Vistos. Tendo em vista a complexidade da causa e considerando que há expressa menção no contrato (item 7, fl. 118) de que ‘a Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil’ e que ‘qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil’, e, ainda, diante da aparente ausência de concordância expressa das agravantes com a instituição de solução arbitral em Londres, exigida no art. 4º, § 2º, da Lei Federal nº 9.307/1996, para se evitar prejuízo às agravantes, concedo a liminar requerida, determinando-se ‘às agravadas que se abstenham da instituição da pretendida arbitragem em Londres enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias’ (fl. 15). Comunique-se, com urgência. Intimem-se as agravadas, por Oficial de Justiça, para, querendo, responderem ao recurso. Cumpra-se, com urgência. Int.”

8 Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, art. 4º:

“Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. [...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

9 Circular da Superintendência de Seguros Privados (“Susep”) nº 256, de 16 de junho de 2004:

“Art. 44. A Cláusula Compromissória de Arbitragem, quando inserida no contrato de seguro, deverá obedecer às seguintes disposições: I – estar redigida em negrito e conter a assinatura do segurado, na própria cláusula ou em documento específico, concordando expressamente com a sua aplicação; II – conter as seguintes informações: a) que é facultativamente aderida pelo segurado; b) que ao concordar com a aplicação desta cláusula, o segurado estará se comprometendo a resolver todos os seus litígios com a sociedade seguradora por meio de Juízo Arbitral, cujas sentenças têm o mesmo efeito que as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário; c) que é regida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

10 Reino Unido, High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Commercial Court, decisão (*judgment*) proferido em 19.01.2012, [2012] EWHC 42 (Comm).

pressamente vinculante; e (iv) o alcance de uma cláusula prevendo a mediação de conflitos anteriormente à instauração da arbitragem.

A *Commercial Court* entendeu que a validade da convenção de arbitragem era determinada pelo Direito inglês, mantendo a *anti-suit injunction* que vedava o requerimento de medidas judiciais no Brasil em favor do prosseguimento da arbitragem na Inglaterra.

Em sua motivação, a *Commercial Court* traçou uma distinção entre a lei que rege o contrato (*proper law*) e a lei que rege a condução do procedimento arbitral (*curial law*) (¶ 12). Em seu raciocínio, o juiz levou em conta a doutrina da separação do convênio arbitral do contrato em que está inserido e revisitou precedentes, seguindo os quais “*it would be rare for the law of the separable arbitration agreement to be different from the law of the seat of the arbitration.*”

Em sua conclusão sobre este ponto, o juiz aduz que “*the law with which the agreement to arbitrate has its closest and most real connection is the law of the seat of arbitration, namely the law of England*” (¶ 15). Por entender que a convenção de arbitragem estivesse submetida à lei inglesa, o juiz concluiu pela validade das convenções de arbitragem, afastando os vícios apontados pelas Seguradas, com base em elementos de Direito brasileiro (¶ 16).

O juízo inglês ainda enfrentou o argumento das Seguradas (¶ 20), no sentido de que o mecanismo de resolução de disputas dependeria de recurso à mediação como condição prévia de instauração da arbitragem. Revisitando precedentes e considerando os fatos do caso, a *Commercial Court* julgou que a mediação, tal qual prevista no contrato, carecia da definição necessária para uma execução forçada (¶ 27) e concluiu que a Cláusula 11 das Apólices “*does not give rise to a binding obligation to mediate and the court would not be able to determine whether or not a party had complied with the ‘obligations’ allegedly imposed*” (¶ 28).

Em 19.04.2012, a 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP deu provimento ao agravo de instrumento. Em termos gerais, o voto vencedor reconheceu que (i) as partes aceitaram a competência do Poder Judiciário brasileiro sem limitações (fl. 8), concluindo que (ii) o convênio arbitral poderia prevalecer apenas com a anuência das Seguradas, por força do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem e do art. 44 da Circular Susep nº 256/2004 (fl. 6), que (iii) a *anti-suit injunction* proferida pela justiça inglesa importaria, no caso, em violação da soberania nacional (fl. 9), por se tratar de contrato entre partes brasileiras a ser executado no Brasil. Nesse sentido, a Câmara confirma a decisão monocrática, impondo às Seguradoras a hipótese de descumprimento, multa diária no valor de R\$ 400 mil (fl. 10).

Ao julgar que as partes aceitaram expressamente a competência do Poder Judiciário brasileiro, o voto vencedor não considera a noção de separação da cláusula compromissória com o contrato subjacente, tampouco distinguindo

a lei aplicável ao contrato (*lex contractus*) da lei que rege o procedimento arbitral (*lex arbitri*) ou a lei aplicável ao contrato e a lei aplicável à convenção de arbitragem. O voto não se estende sobre a qualificação das Apólices como contratos de adesão, aplicando diretamente as disposições do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, combinado com o art. 44 da Circular Susep nº 256/2004. O voto também restringe a aplicabilidade da arbitragem à definição do “montante a ser pago sob esta Apólice”, cristalizando as principais bases do entendimento prevalecente na Câmara, *in verbis*:

Contudo, bem analisada e avaliada a questão, constata-se que a Cláusula 12, contra tudo o que foi dito pelas agravadas, não pode e não deve prevalecer em virtude de relevante motivo: não goza da anuência expressa de uma das partes, como exige o § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/1996. No mesmo sentido, o art. 44 da Circular Susep nº 256/2004, que expressamente dispõe que a cláusula deverá “estar redigida em negrito e conter a assinatura do segurado, na própria cláusula ou em documento específico, concordando expressamente com sua aplicação” (inciso I) e conter a informação de que “é facultativamente aderida pelo segurado” (inciso II, alínea a). E também, por que sua razão de ser (a mediação e a arbitragem) está de mãos atadas com a previsão nela contida, ou seja, ela se justificaria na hipótese de divergência em torno do “montante a ser pago sob esta Apólice”.<sup>11</sup>

Em 16.05.2012, a *Court of Appeal*, em Londres, julgou a apelação interposta contra a decisão que confirmou a *anti-suit injunction* proferida liminarmente<sup>12</sup>. Na decisão foram abordados os mesmos quatro temas discutidos na decisão da *Commercial Court*. A discussão relativa à determinação do direito aplicável à convenção de arbitragem foi aprofundada e maior consideração foi oferecida à estreita vinculação das Apólices com o Direito brasileiro. A conclusão, porém, seguiu o mesmo raciocínio da *Commercial Court*.

No entanto, o raciocínio da *Commercial Court* foi aprofundado pela *Court of Appeal*. Enquanto que aquela aplicou de forma mais resolva a lei da sede do procedimento arbitral para verificar a validade da convenção de arbitragem, essa última considerou com maior vagar o vínculo existente entre as Apólices e o Direito brasileiro. Em ambos os casos, as cortes inglesas procederam à escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem, adotando um raciocínio de três etapas, que verifica: (i) se as partes haviam expressamente escolhido uma lei aplicável à convenção de arbitragem, (ii) se existia escolha implícita dessa lei e, (iii) ausente uma escolha explícita ou implícita, qual sistema jurídico guarda vínculos mais estreitos com a convenção de arbitragem.

Na análise de qual lei estaria em vínculo mais estreito com a convenção de arbitragem das Apólices, a *Court of Appeal* considerou que, nos termos da

11 Acórdão do TJSP, fl. 6.

12 *Court of Appeal of England and Wales*, decisão (*judgment*) proferida em 16.05.2012 na apelação interposta por Sulamérica Nacional de Seguros S.A. et al. c. Enesa Engenharia S.A. et al.

Convenção de Nova York, pode existir uma presunção *juris tantum* de que a lei da sede do procedimento arbitral deve ser aplicada para determinar a validade da convenção de arbitragem:

*The starting point is to determine the proper law of the contract in which the arbitration is embedded. As a general rule the arbitration agreement will be governed by the same law, since it is part of the substance of the underlying contract. But this is not an absolute rule, since other factors may point clearly to some other system of law. Thus if the arbitration is to be held in the territory of a state which is party to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Awards, section 5(2)(b) of the Arbitration Act 1975 [now section 103(2)(b) of the Arbitration Act 1996] appears to give rise to a rebuttable presumption that the law governing the validity of the arbitration agreement is the law where the award is to be made. The presumption would we submit readily be rebutted in favour of the proper law of the underlying contract.<sup>13</sup>*

Assim, o voto vencedor partiu da premissa de que as partes, ao escolherem a lei aplicável ao contrato, poderiam ter implicitamente escolhido a lei brasileira para reger a convenção de arbitragem. No entanto, a *Court of Appeal* entendeu que dois fatores apontavam para outra solução. Em primeiro lugar, a escolha da sede da arbitragem em Londres sugere que *“the parties intended English law to govern all aspects of the arbitration agreement, including matters touching on the formal validity of the agreement and the jurisdiction of the arbitrators”* (§ 29). Em segundo lugar, a *Court of Appeal* entendeu que a eventual escolha do Direito brasileiro pelas partes reduziria a efetividade da cláusula compromissória, pois permitiria a instauração da arbitragem apenas a critério das Seguradas. Isso seria um indicativo de que as partes não tencionavam submeter essa cláusula à lei brasileira, ou, em outras palavras: *“The possible existence of a rule of Brazilian law which would undermine that position tends to suggest that the parties did not intend the arbitration agreement to be governed by that system of law”* (§ 30).

Por fim, nesse ponto, a corte entendeu que a convenção de arbitragem *“has its closest and most real connection with the law of the place where the arbitration is to be held and which will exercise the supporting and supervisory jurisdiction necessary to ensure that the procedure is effective. Its closest and most real connection is with English law”* (§ 32). Submetido à lei inglesa, a convenção de arbitragem permanecia válida (§ 40).

Com relação à obrigatoriedade da mediação prévia, a corte entendeu que não havia suficiente detalhamento na cláusula de mediação (§ 35), concluindo, portanto, que *“mediation is not defined with sufficient certainty, the conditions cannot constitute a legally effective precondition to arbitration”* (§ 37).

---

13 Decisão da *Court of Appeal*, § 17.

## II – COMENTÁRIO: A ESTÁTICA E A DINÂMICA DA INVALIDADE DAS CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM PERANTE O JUIZ ESTATAL

Ao analisarem os critérios para a determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem, as decisões delinearão os contornos da norma em sua dimensão estática, declarando o direito (A).

Porém, a determinação do direito aplicável à convenção de arbitragem traria consequências diretas. A apreciação da higidez da convenção de arbitragem, do ponto de vista das cortes inglesas, ou da invalidade da avença, do ponto de vista do TJSP, causaram reações por meio de ordens judiciais inibitórias que salientam a dimensão dinâmica da atuação do juízo estatal em apoio à arbitragem (B).

### A) A ESTÁTICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM PERANTE O JUIZ ESTATAL: O EXAME E A DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL PARA DETERMINAR SUA VALIDADE

Na série de decisões comentadas, as cortes brasileiras e as cortes inglesas produziram visões contrapostas. Enquanto que o raciocínio exposto no acórdão do TJSP coloca ênfase na escolha da lei substantiva e das cortes brasileiras para a resolução de disputas; as cortes inglesas, por sua vez, partiram da noção de separação da convenção de arbitragem do contrato subjacente, associando a validade da convenção de arbitragem ao direito da sede do procedimento arbitral (1).

Além disso, ao adotar o critério do vínculo mais estreito com a convenção de arbitragem, as cortes inglesas aplicaram o método unilateral de escolha de lei aplicável, que apresenta vantagens com relação ao método conflitual tradicional (2).

#### 1 A separação entre o direito aplicável à substância do negócio e o direito aplicável à convenção de arbitragem

Se o acórdão do TJSP pôde fundamentar a aplicabilidade na estipulação do Direito brasileiro como lei aplicável ao contrato, as cortes inglesas operaram uma distinção tripartite entre (i) a lei aplicável às obrigações contratuais (*lex contractus* ou *proper law*), (ii) a lei que governa o procedimento arbitral (*lex arbitri* ou *curial law*) e, ainda, (iii) a lei que governa a validade da convenção de arbitragem.

Essa distinção reflete a doutrina fundamental da separação da convenção de arbitragem do contrato em que se encontra arraigada<sup>14</sup>. A convenção de

14 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International, 2009. p. 311:

"The characteristics of an arbitration agreement [...] are in one sense independent of the underlying or substantive contract [and] have often led to the characterization of an arbitration agreement as a 'separate

arbitragem é um “negócio jurídico processual (a convenção de arbitragem) que retira a competência do juiz natural, estatal”<sup>15</sup>, deslocando essa competência aos árbitros. Ou seja: as partes no contrato não apenas se obrigam a trocar as suas prestações, executando o contrato, mas elas também convencionam, em negócio apartado, que as eventuais disputas sejam sujeitas ao juízo arbitral, como exceção à competência regular do Poder Judiciário.

Assim, as cortes inglesas entenderam que, embora o Direito brasileiro fosse aplicável às obrigações substanciais das Apólices, esse último não necessariamente seria aplicável para analisar a validade da convenção de arbitragem nela inclusa.

Dessa separação surgem dois corolários: por um lado, a separação da convenção de arbitragem do contrato subjacente implica que a convenção de arbitragem possa ser regida por uma lei distinta daquela que rege o contrato principal<sup>16</sup>; por outro lado, a transferência aos árbitros da competência para resolver as disputas permite que sejam os próprios árbitros os julgadores competentes para examinar as oposições a sua jurisdição baseadas na invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem<sup>17</sup>, o princípio da competência-competência. Esses dois princípios estão consagrado no *caput* e no parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem<sup>18</sup>.

Nesse contexto, como se pode determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem? Três construções prevalecem para esse fim.

A aplicação direta de normas materiais de direito internacional predomina na França, onde a doutrina da “*délocalisation*”<sup>19</sup> dos acordos de arbitragem constantemente produz decisões inovadoras. Essa abordagem elimina a dificuldade da aplicação de uma norma de sobredireito para apontar o direito aplicável, podendo o juiz aplicar diretamente a regra material de direito internacional

---

*contract.* [An arbitration agreement] is ancillary to the underlying contract for its only function is to provide machinery to resolve disputes as to the primary and secondary obligations arising under that contract.”

15 CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, a. VI, n. 24, p. 7, out./nov./dez. 2009.

16 BORN, Gary. Gary B. Born. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2009. p. 410.

17 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertrand. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 213.

18 Lei de Arbitragem, 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.”

19 BORN, Gary. Gary B. Born. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2009. p. 504: “French courts have for nearly two decades held that international arbitration agreements are ‘autonomous’ from any national legal system, and are instead directly subject to general principles of international law”.

privado. Exemplo dessa aplicação é o célebre acórdão Galakis<sup>20</sup>, no qual a *Cour de Cassation* francesa impediu uma pessoa jurídica de direito público de alegar a sua incapacidade para celebrar uma convenção de arbitragem com base em argumentos de seu direito interno. Da mesma forma, no acórdão Dalico<sup>21</sup>, a *Cour de Cassation* julgou que a validade de uma convenção de arbitragem não se apreciava por referência a uma norma de direito interno, fincando raízes diretamente no direito internacional, pois que “*son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*”.

Aos antípodas da abordagem deslocalizada encontra-se o método conflitual tradicional, no qual uma regra de sobredireito aponta a norma aplicável mediante o exame de certos elementos de conexão ou de estraneidade<sup>22</sup>.

Como atitude mediana, encontra-se o sistema unilateral, de acordo com o qual a determinação da lei aplicável em situações de conflito de leis se dá pela investigação daquela que apresenta o “vínculo mais estreito” com a relação jurídica analisada<sup>23</sup>. Ao utilizar um método unilateral de escolha de lei, o juiz considera a oportunidade dessa escolha e sopesa a importância da aplicação dessa lei em confronto com as leis oriundas de outros sistemas jurídicos que pudessem ser aplicadas no caso, podendo adotar uma solução pragmática em vista dos problemas do caso concreto. É nesse contexto que o Regulamento Roma I sobre a lei aplicável aos contratos convida os juízes a “dar prevalência” a normas de aplicação imediata, nos seguintes termos:

20 Cass., Civ. 1, 2.05.1966. ANCEL, Bertrand; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Paris: Dalloz, p. 391:

“L’arrêt Galakis introduit en effet le principe d’une répartition en deux classes des relations internationales; il invite à distinguer, d’une part, celles qui, participant à la vie sociale de plusieurs ordres internes, ne sont pas indépendantes des milieux nationaux que s’efforcent d’organiser les lois étatiques et, d’autre part, celles qui, pour ainsi dire matériellement délocalisées, se développent en dehors de ces ordres et sociétés étatiques.”

21 Cass. Civ. 1, 20.12.1993, 91-16.828. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

22 BUREAU, Dominique; MUIR WATT, Horatia. *Droit International Privé: Partie Générale*. Paris: PUF, t. I, 2007. p. 334:

“La méthode repose d’abord sur la classification, ou la recherche de la nature du rapport de droit (ex.: dans la catégorie délits), pour procéder ensuite, en considération des besoins spécifiques induits de cette nature, à sa localisation selon son élément le plus caractéristique (ex.: lieu de survenance du délit) dans le ressort d’un législateur donné.”

SYMEONIDES, Symeon C. The American Revolution and the European Evolution: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Review*, p. 1741 (82 Tul. L. Rev. 1741), maio 2008.

23 ARAUJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47:

“Uma metodologia unilateralista, pela qual determinava-se, por um lado, o alcance espacial das regras e, por outro, uma análise orientada pelo resultado final substantivo. Sugeria como *modus operandi* que se fizesse uma análise pormenorizada da situação *sub judice*: a comparação dos resultados obtidos pela aplicação em concreto das leis em contato com a situação e, afinal, a avaliação dos resultados, em função das considerações de justiça social, para então se decidir qual das leis em contato aplicar à situação concreta. Muito empregado, desde então, na doutrina e jurisprudência americana.”

Pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação.<sup>24</sup>

Importa notar, entretanto, que juízes estatais e árbitros se encontram em situações distintas no que tange à decisão sobre a lei aplicável a uma convenção de arbitragem na ausência de escolha pelas partes. Os juízes estatais estão vinculados às normas de direito internacional privado, ou de conflito de leis, de suas respectivas jurisdições. Já os árbitros não estão vinculados à regra de conflito de alguma jurisdição em particular, pois que “*l’arbitre n’a pas de loi*”, não estando obrigado a seguir a regra de conflito de leis de uma jurisdição determinada, nem mesmo da sede da arbitragem<sup>25</sup>.

As decisões comentadas ilustram a aplicação do método conflitual e do sistema unilateral, como se descreve a seguir.

## **2 A determinação da lei aplicável à convenção de arbitragem pelas cortes brasileiras e inglesas**

Na ação proposta no Brasil, as Seguradas recorreram a duas normas de Direito brasileiro para alegar que não estavam vinculadas à convenção de arbitragem. Tratam-se do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem e do art. 256 da Circular Susep nº 256/2004. Como estabelece a Cláusula 7, a “Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil”. As objeções à validade da convenção de arbitragem expostas na primeira instância e em sede de agravo decorriam exatamente da aplicação dos pressupostos de validade inseridos no Direito brasileiro.

O recurso ao § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem visa a caracterizar as Apólices como contratos de adesão. Ainda que tais contratos sejam precípuos das relações de consumo, essa classificação incide sempre que as cláusulas contratuais venham predispostas por uma parte, sendo que o aderente “somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato”<sup>26</sup>, podendo também abarcar negócios sofisticados. Em um contrato de adesão, a eficácia da convenção de arbitragem depende (i) da iniciativa do aderente de instituir a arbitragem ou (ii) da inserção em destaque da cláusula, com a inclusão de assinatura específica para a mesma. Ausentes essas condições, não está o aderente vinculado

24 Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17.06.2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

25 LEE, João Bosco. Le nouveau régime de l’arbitrage au Brésil. *Revue de l’Arbitrage*, v. 2, p. 216, 1997; FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertrand. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 877.

26 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2012. p. 380.

à cláusula compromissória, bastando que o aderente, no caso as Seguradas, prefira “a via judicial para que não se instaure a arbitragem”<sup>27</sup>.

Por sua vez, o art. 44 da Circular nº 256/2004<sup>28</sup> inclui condições de validade para as cláusulas compromissórias inseridas em apólices de seguro. Assim fazendo, a Susep exerce a sua missão de regulador setorial, fixando “condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional”<sup>29</sup>.

A se considerar as Apólices como contratos de adesão, tratar-se-iam de dois argumentos válidos em teoria e cuja violação importaria na invalidade da cláusula compromissória.

Em se tratando de Apólices a serem executadas no Brasil, firmadas entre partes brasileiras e cujas obrigações as partes acordaram fossem regidas pelo Direito brasileiro, a pretensão de examinar a validade da convenção de arbitragem inserida em tal relação contratual, sob o prisma do Direito brasileiro, não parece destoar do restante das estipulações contratuais. De fato, o Acórdão do TJSP confere pouco destaque ao (possivelmente único) elemento de estraneidade que distingue as Apólices de contratos puramente domésticos: a referência à arbitragem com sede em Londres.

Na primeira decisão da série, a *Commercial Court* recorreu às regras inglesas de direito internacional privado para determinar qual a lei aplicável às Apólices. Segundo o Direito inglês, os elementos de conexão que poderiam apontar para a lei aplicável eram uma escolha de lei (i) expressa ou (ii) implícita ou, na ausência dessas, (iii) a verificação da lei com a qual a convenção de arbitragem nutrisse “its closest and most real connection”<sup>30</sup>.

Essa abordagem é diferente da regra geral vigente no Direito brasileiro, que desconhece a autonomia da vontade como elemento de conexão para a determinação da lei aplicável a contratos<sup>31</sup>. No entanto, no contexto da arbitragem, o § 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem estabelece que as partes “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem”. Essa é confirmada pela Convenção de Nova York (“CNY”)<sup>32</sup>, cujo art. V

27 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.

28 Circular da Superintendência de Seguros Privados (“SUSEP”) nº 256, de 16.06.2004, art. 44:

“A Cláusula Compromissória de Arbitragem, quando inserida no contrato de seguro, deverá obedecer às seguintes disposições: I – estar redigida em negrito e conter a assinatura do segurado, na própria cláusula ou em documento específico, concordando expressamente com a sua aplicação; II – conter as seguintes informações: a) que é facultativamente aderida pelo segurado; b) que ao concordar com a aplicação desta cláusula, o segurado estará se comprometendo a resolver todos os seus litígios com a sociedade seguradora por meio de Juízo Arbitral, cujas sentenças têm o mesmo efeito que as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário; c) que é regida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

29 Decreto-Lei nº 73, de 21.11.1966, art. 36, c.

30 Decisão da *Commercial Court*, ¶ 5.

31 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 9º.

32 Convenção sobre Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras dita de Nova York, ratificada mediante o Decreto nº 4.311, de 23.07.2002:

(1) (a) prevê a possibilidade de as partes estipularem a lei aplicável à convenção de arbitragem.

O raciocínio das cortes inglesas não procede automaticamente da identificação de um elemento de conexão que aponta para o direito aplicável a determinada relação jurídica. Ausente uma escolha de lei pelas partes, seja ela explícita ou implícita, a corte passa a investigar qual direito está mais estreitamente vinculado com a convenção de arbitragem.

Citando precedentes<sup>33</sup>, o juízo inglês se apoia na escolha da sede da arbitragem como indicativo de um vínculo estreito da lei inglesa com a convenção de arbitragem. Essa escolha é confrontada com a escolha do Direito brasileiro para reger as obrigações substanciais do contrato, entendendo a *Court of Appeal* que se tratam de situações apartadas:

*Although [it was] submitted that the agreement has a close and real connection with the law of Brazil, being the law governing the substantive contract in which the arbitration agreement itself is embedded, I think his argument fails adequately to distinguish between the substantive contract and the system of law by which it is governed. No doubt the arbitration agreement has a close and real connection with the contract of which it forms part, but its nature and purpose are very different. In my view an agreement to resolve disputes by arbitration in London, and therefore in accordance with English arbitral law, does not have a close juridical connection with the system of law governing the policy of insurance, whose purpose is unrelated to that of dispute resolution; rather, it has its closest and most real connection with the law of the place where the arbitration is to be held and which will exercise the supporting and supervisory jurisdiction necessary to ensure that the procedure is effective. Its closest and most real connection is with English law.<sup>34</sup>*

Essa posição está em consonância com a melhor doutrina. Sobre o tema, consideram Fouchard, Gaillard e Goldman, que *“the seat of the arbitration is undoubtedly considered to be the most significant factor in the determination of the applicable law. That, after all, is the place where the arbitration agreement is to be performed”*<sup>35</sup>. Da mesma forma concorda Born: *“Particularly in more recent decades, a number of jurisdictions, both common and civil law, have applied the substantive law of the arbitral seat to the validity of interna-*

“Art. 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 art. 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.”

33 Decisão da *Commercial Court*, ¶ 13: *“The law with which that agreement had its closest and most real connection was more likely to be the law of the seat of arbitration than the law of the underlying contract”*.

34 Decisão da *Court of Appeal*, ¶ 32.

35 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertrand. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 224, ¶ 429.

*tional arbitration agreements (again, absent agreement by the parties on the law applicable to the arbitration agreement)*<sup>36</sup>.

No entanto, a abordagem das cortes inglesas não se resume à aplicação da regra de conflito de leis: a aplicação do método unilateral permite a consulta de uma gama mais ampla de situações. Por exemplo, essa abordagem permite que a corte considere as consequências da escolha de determinada lei aplicável. Assim fazendo, a *Court of Appeal* considerou na motivação do voto vencedor que a escolha do Direito brasileiro tornaria a convenção de arbitragem ineficaz sem a anuência das Seguradas. Nesse sentido, a corte observou que, como a convenção de arbitragem não continha qualquer adaptação a fim de viabilizar a anuência das Seguradas, ela não podia haver sido pactuada com base no Direito brasileiro, como segue: *"The possible existence of a rule of Brazilian law which would undermine that position tends to suggest that the parties did not intend the arbitration agreement to be governed by that system of law"*<sup>37</sup>.

Assim, o método unilateral, no qual o juiz considera os vínculos mais estreitos com a relação jurídica em exame, permite a avaliação dos resultados da aplicação de determinada lei, aplicando-se normas cogentes, quando necessário, e assim evitando vícios que pudessem acarretar em nulidades, obtendo-se um resultado eficiente.

A pletera de regras de conflito que podem ser utilizadas para a determinação da lei aplicável às convenções de arbitragem, que trazem consigo requisitos formais desconhecidos, pode gerar incertezas e comprometer o funcionamento da arbitragem. A abordagem unilateral, nesse sentido, traz como vantagem a escolha da lei que guarda uma relação mais estreita com a situação examinada.

Dito isso, os acórdãos em comento também tratam da reação possível quando as cortes estatais são chamadas a examinar uma convenção de arbitragem que se alega viciada.

#### **B) A DINÂMICA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM PERANTE O JUIZ ESTATAL: O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E O CONTROLE DE VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

Uma vez reconhecidos pelo acórdão do TJSP os vícios que acoimavam as convenções de arbitragem das Apólices, a reação da corte incluiu uma "flexibilização do princípio competência-competência".

36 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International, 2009. p. 422:

*"The existence of multiple choice of law rules has the potential to create unfortunate uncertainties about the substantive law applicable to arbitration agreements, and particularly the risk of inconsistent results in different forums. In turn, this leads to uncertainty about the extent to which international arbitration agreements can actually be relied upon to provide an effective means of resolving international disputes. The multiplicity of choice-of-law rules also leads to delays and expense, resulting from the need to engage in choice-of-law debates, before both arbitral tribunals and national courts, when disputes arise concerning the formation or validity of arbitration agreements. This is inconsistent with parties' expectations of an efficient, centralized dispute resolution mechanism in entering into international arbitration agreements."*

37 Acórdão da *Court of Appeal*, ¶ 30.

De fato, em vez de flexibilizar tal princípio, a decisão do TJSP adota uma interpretação mitigada do efeito negativo do princípio da competência-competência (1).

Por sua vez, a imposição de ordens inibitórias do prosseguimento de medidas judiciais ou da arbitragem impõe dificuldades do ponto de vista da competência internacional das cortes envolvidas, podendo ser preferível, de acordo com as circunstâncias, que o controle judicial da validade da convenção de arbitragem se realize *ex post* (2).

### 1 O acórdão do TJSP e o controle judicial da validade da convenção de arbitragem

Nesta revista, o conteúdo do princípio da competência-competência e os seus efeitos positivo e negativo dispensam longas apresentações. O primeiro se relaciona com a habilitação do árbitro para conhecer e julgar sobre a sua própria competência e o segundo se direciona ao Poder Judiciário, impondo a esse último o dever de “se abster de conhecer da questão da competência antes que o próprio árbitro se pronuncie sobre ela”<sup>38</sup>. Assim, esse princípio oferece ao árbitro uma prioridade temporal para que se pronuncie sobre a sua competência, sob reserva de um “controle jurisdicional posterior”<sup>39</sup>.

Ainda que o parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem estabeleça que “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”, essa disposição não corresponde a uma “competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem”<sup>40</sup>.

São notórias as exceções consagradas pela CNY, cujo art. II (3) estabelece que “o tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”. Dispositivo análogo também se encontra no art. 8º (1) da Lei Modelo da UNCITRAL, segundo o qual os tribunais estatais devem remeter as partes à

38 ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da competência competência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 6, p. 55.

39 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Bertrand. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 400, ¶ 660: “Le principe de compétence-compétence peut être défini comme la règle en conséquence de laquelle les arbitres doivent avoir la priorité pour entendre les oppositions à sa compétence, sous réserve d'un contrôle juridictionnel postérieur”.

40 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 176.

arbitragem, “a menos que constate[m] que referida convenção de arbitragem é nula, inoperante ou ineficaz”<sup>41</sup>.

Como o art. 2º (3) da CNY não restringe essa triagem às nulidades reconhecíveis mediante cognição sumária<sup>42</sup>, admite-se, em diversas jurisdições, a triagem das cláusulas cujo vício for reconhecível *prima facie*<sup>43</sup>, ou mesmo mediante uma cognição mais intensa. Por certo que existem jurisdições mais protetivas da arbitragem, como a França, cuja Lei de Arbitragem excepciona o princípio da competência-competência apenas quando a convenção de arbitragem é “*manifestement nulle ou manifestement inapplicable*”<sup>44</sup>, mas essa regra não é generalizada, como demonstram as normas referidas anteriormente.

Dito isso, importa que a intervenção judicial mantenha-se excepcional, sob pena de inviabilizar a evolução dos procedimentos arbitrais, ensejando prévias discussões sobre a convenção de arbitragem que melhor seriam dirimidas pelo árbitro. Além disso, essa intervenção judicial pode se realizar de forma preventiva (*ex ante*), mas também corretiva (*ex post*).

## 2 A *anti-arbitration injunction* proferida no Brasil e a *anti-suit injunction* proferida na Inglaterra

Segundo Gaillard, a *anti-suit injunction* pode ser definida como “uma ordem dada a uma das partes pela jurisdição de um Estado de não intentar uma determinada ação perante a jurisdição de outro Estado ou de um tribunal arbitral e, se já o fez, de desistir da referida ação”<sup>45</sup>.

41 Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional 1985 com as alterações adotadas em 2006. Disponível em: <[http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Lei\\_Modelo\\_Uncitral\\_traduzida\\_e\\_revisada\\_versao\\_final.pdf](http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf)>. Acesso em: 14 maio 2013.

42 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International, 2009. p. 858:

“*The Convention does not contain or suggest either a prima facie or a full review standard. As discussed below, interpreting the Convention as requiring prima facie review would be contrary to the general approach to competence-competence in the majority of jurisdictions (including many Model Law states, the United States, England and Switzerland).*”

SCHRAMM, Dorothée; GEISINGER, Elliott, et al. Article II. In: KRONKE, Herbert; NACIMIENTO, Patricia et al. (Ed.). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Haia: Kluwer Law International, 2010. p. 108:

“*Article II(3) does not state whether a court can examine the validity of the arbitration agreement with full powers of review or whether it is restricted to a prima facie examination. The scope of review of the national court depends on the extent to which the negative effect of ‘compétence-compétence’ is recognized in the forum state.*”

43 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.

44 Novo Código de Processo Civil francês, art. 1.448: “*Lorsqu’un litige relevant d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.*”

45 GAILLARD, Emmanuel. *Anti-suit injunctions em reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine*. *Journal du Droit International*, n. 4, p. 1.106, 2003. Apud WALD, Arnaldo. *As anti-suit injunctions no Direito brasileiro*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, p. 30, 2006.

Nos países de *common law*, de onde origina o instituto, *anti-suit injunctions* são proferidas, entre outras hipóteses autorizadoras, quando existe violação de uma obrigação contratual de escolher determinado foro (judicial ou arbitral) para o prosseguimento de uma ação<sup>46</sup>. O maior interesse a justificar este tipo de ordens é o de evitar os famosos “*torpedo actions*”, por meio dos quais uma das partes inicia procedimentos judiciais em outra jurisdição, a fim de tumultuar o processamento de um litígio que deveria ser conduzido no foro escolhido pelas partes.

Sem embargo, a emissão dessas ordens pode resultar em uma restrição da jurisdição de outros estados e implicar em violação de acordos internacionais, como a Convenção de Nova York. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia (“*TJUE*”) no julgamento do célebre caso *West Tankers*<sup>47</sup>, no qual a corte examinou uma *anti-suit injunction* proferida pela *Commercial Court*, impondo a desistência de ações judiciais iniciadas na Itália em favor de uma convenção de arbitragem. Em sua motivação, o TJUE não apenas entendeu que tal *anti-suit injunction* era contrária ao Regulamento (CE) nº 44/2001<sup>48</sup>, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, como afirmou que essa vedação está em consonância com a CNY, que permite o exame, pelas cortes estatais, da validade da convenção de arbitragem<sup>49</sup>.

Em vista da decisão do TJUE, as cortes inglesas se viram desautorizadas a emitir *anti-suit injunctions* com relação a processos em tramitação nos Estados-membros da União Europeia. Contudo, a aplicabilidade dessa decisão não se estende além dos limites da União Europeia, resultando em um casuismo dificilmente justificável. A diferença de tratamento resultante do precedente *West Tankers*, de acordo com o qual as *anti-suit injunctions* são inadmissíveis na Europa, mas aceitáveis alhures, foi considerado como “*odd and illogical*”, segundo Veeder<sup>50</sup>. De fato, as dificuldades decorrentes desse tipo de ordem ju-

46 BERMAN, Georges. *Transnational Litigation*. Saint Paul: Thomson West, p. 110 e ss.

47 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo nº 185/07, Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc., julgamento em 10.02.2009.

48 Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22.12.2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

49 Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo nº 185/07, Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc., julgamento em 10.02.2009:

“33. Esta conclusão encontra apoio no art. II, nº 3, da Convenção de Nova Iorque, segundo o qual é o tribunal de um Estado Contratante, solicitado a resolver um litígio sobre uma questão a respeito da qual as partes celebraram uma convenção de arbitragem, que remeterá as partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação.”

50 VEEDER, V. V. Strategic Management in Commencing an Arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *Arbitration Advocacy in Changing Times*. ICCA Congress Series, 2010 Rio, v. 15. Haia: Kluwer Law International, 2011, p. 33:

“[A]fter *West Tankers*, the English Court cannot impede, directly or indirectly, court proceedings in EU Member States brought and maintained in deliberate violation of an arbitration agreement – not even by declaration where London is the expressly chosen arbitral seat or *lex loci arbitri*. Yet the English Courts can

dicial podem ser ilustradas pelo emprego, no acórdão do TJSP, da noção de soberania nacional, para rechaçar a ordem proferida na Inglaterra<sup>51</sup>.

No Brasil, a imposição de uma ordem inibitória do prosseguimento de arbitragem (*anti-arbitration injunction*) relembra os criticados casos AES c. CEEE<sup>52</sup> e COPEL c. UEG<sup>53</sup>, exemplos de intervenção do Poder Judiciário no processamento da arbitragem. De fato, tirante circunstâncias excepcionais<sup>54</sup>, essa intervenção judicial revela-se pouco oportuna, sobretudo quando ela puder ser diferida para o momento do exame da sentença arbitral.

Caso a convenção de arbitragem padeça de algum vício ignorado na sentença arbitral, a sua validade pode ser examinada de forma corretiva por intermédio de ação anulatória ou durante o procedimento para o reconhecimento e a execução de sentença estrangeira. Essa possibilidade de o Poder Judiciário estender uma segunda mirada na validade convenção de arbitragem está prevista na CNY e encontra respaldo na doutrina do *second look*, desenvolvida pelas cortes americanas<sup>55</sup>. Segundo essa construção, as cortes não precisam intervir preventivamente na condução de procedimentos arbitrais, na medida em que sempre podem exercer esse controle posteriormente.

De fato, o interesse do diferimento desse exame para o momento da execução se revela na medida em que a convenção de arbitragem e a sentença dela resultante têm vocação a produzir efeitos em diversas jurisdições.

### III – CONCLUSÃO

A complexidade da teia de jurisdições envolvidas no contexto de uma relação internacional permite que a convenção de arbitragem faça contato com diversos ordenamentos. Como ensina Mayer, *“la source ultime de la juridicité*

---

*still issue anti-suit injunctions impeding anti-arbitration litigation outside the European Union, in support of transnational arbitration. To many, this split jurisdiction seems odd and illogical.”*

- 51 Acórdão do TJPS, fl. 9: “Questão de soberania, de independência, que em momento algum pode ser mitigada em nome de interesses outros sob pena de comprometermos a soberania nacional”.
- 52 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, Ação Cautelar nº 001/1.05.0271266-3, e Ação Ordinária nº 001/1.05.0271565-4. TJRS, 2ª Câmara Civil, Agravos de Instrumento nº 70003866258 e nº 70004506424, Companhia Estadual de Energia Elétrica c. AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia, julgado em 13.11.2002. STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 612.439/RS (2003/0212460-3), Companhia Estadual de Energia Elétrica c. AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia, julgado em 25.10.2005.
- 53 TJPR, Medida Cautelar Inominada nº 160213-7, decisão liminar concedida pelo Relator, Dr. Ruy Fernando de Oliveira em 01.06.2004.
- 54 Entre essas circunstâncias excepcionais, podem-se considerar os casos em que “houver manifesta incompetência, suspeição ou impedimento do árbitro, ou evidente nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, e existir fundado receio da parcialidade ou desqualificação do órgão arbitral que julgar a arguição” (MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*. Curitiba: CRV, 2012. p. 110).
- 55 Scherck c. Alberto-Culver Co (417 US 506, 1974) e Mitsubishi Motors Corp. c. Soler-Chrysler-Plymouth, Inc. (473 US 614, 1985). Por meio dos precedentes, *Bonny v. Society of Lloyd’s* (3 F.3d 156, 1993), por exemplo, ou *Society of Lloyd’s v. Ashenden* (233 F.3d 473, 2000), essa doutrina foi retomada na jurisprudência europeia, como demonstra o acórdão da TJUE *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton* (C-126/97, 1999).

*d'une relation internationale se trouve simultanément dans tous les Etats dont les tribunaux peuvent être appelés à émettre une décision à son égard, soit directement, soit à l'occasion de l'exequatur d'une sentence arbitrale*<sup>56</sup>.

Nesse contexto, o árbitro se encontra em posição privilegiada para cumprir a função de avaliação da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, missão que lhe é confiada pelo princípio da competência-competência.

Isso porque, ausente escolha das partes sobre a lei aplicável à convenção de arbitragem, ele não está limitado à aplicação de uma regra de conflito determinada, como facultado por bom número de regulamentos arbitrais. Da mesma forma, estando livre das limitações impostas pelo método conflitual, o árbitro pode considerar uma multiplicidade de fontes normativas, como, além da lei escolhida pelas partes ou da lei aplicável na sede do procedimento, pode ele tomar em conta as normas de aplicação imediata das demais jurisdições que estiverem estreitamente vinculadas à convenção de arbitragem.

---

56 MAYER, Pierre. Le droit des relations économiques internationales. *Études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982. p. 199.