

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

FELIPE VOLLBRECHT SPERANDIO

Advogado. Mestre em Resoluções de Disputas Internacionais pela Queen Mary University of London. Leciona Arbitragem Comercial Internacional e Comparada na mesma Instituição.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. As características da convenção de arbitragem. 2.1. Convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional. 3. Os efeitos da convenção de arbitragem. 3.1. Autonomia da cláusula arbitral. 3.2. O princípio da competência-competência. 3.2.1. Competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria jurisdição. 3.2.2. Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a validade do contrato que contém cláusula arbitral. 4. Cláusula arbitral. 4.1. Resolução de disputas futuras. 4.2. Disputas originadas de relação jurídica definida. 4.3. Matéria passível de submissão à arbitragem. 4.4. Acordo na forma escrita. 4.4.1. Acordo na forma escrita sob a ótica da Convenção de Nova Iorque. 4.5. A cláusula arbitral deve ser válida de acordo com o direito contratual brasileiro. 4.6. Cláusula arbitral cheia, vazia (ou em branco) ou patológica. 5. Requisitos adicionais de forma ou consentimento para determinadas cláusulas arbitrais. 5.1. Contratos de adesão. 5.2. Relações de consumo. 6. Compromisso arbitral. 7. Considerações finais. 8. Bibliografia.

Este capítulo discute os principais atributos da convenção de arbitragem regida pelo direito brasileiro, com especial atenção aos princípios da autonomia da cláusula arbitral e da competência-competência¹, propulsores essenciais do bom funcionamento do processo arbitral.

A convenção de arbitragem é, em regra, o instrumento utilizado pelas partes para registrar o consentimento para arbitrar. É o alicerce da arbitragem comercial. É o acordo de vontades que legitima a jurisdição do tribunal arbitral e derroga a jurisdição estatal. É a expressão máxima da autonomia da vontade no direito brasileiro², porque afasta as obsoletas regras de conflito de

1. Vide Cap. 1.

2. “Entre os princípios consagrados no art. 2º da nova lei, temos a possibilidade de as partes escolherem livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, além da utilização de princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio. Através desses dispositivos, a nova lei institui, afinal, a autonomia da vontade, não só nos contratos internacionais como também nos contratos de direito interno submetidos à arbitragem, promovendo verdadeira revolução no direito brasileiro, que sempre se mostrou reticente a esta teoria” (ARAUJO, Nadia de. *A nova lei de arbitragem brasileira e os princípios uniformes dos contratos internacionais elaborados pelo Unidroit. Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional*. São

leis previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e permite que as partes moldem o processo de resolução de disputas de acordo com as peculiaridades de cada contrato.

O decurso harmonioso do processo arbitral está diretamente relacionado com a boa redação da convenção de arbitragem. Se a convenção de arbitragem não observar requisitos legais, ao final, todo o processo arbitral pode desabar.

Com isso em mente, não se pode subestimar a importância da convenção de arbitragem no estudo da arbitragem comercial.

No Brasil, a arbitragem tem evoluído em ritmo vertiginoso. Em duas décadas, o país saiu da estaca zero para se tornar um dos principais e mais respeitados mercados de arbitragem no mundo. Tudo isso graças ao esforço do STJ³, do Poder Legislativo e da comunidade arbitral. A jurisprudência do STJ sobre convenção de arbitragem é sólida e consistente, com pouquíssimas áreas que pedem harmonização⁴.

Em 2015, a atualização da Lei de Arbitragem abrandou qualquer discussão sobre arbitrabilidade subjetiva no Brasil⁵. Mais do que isso, foi um verdadeiro incentivo ao uso da arbitragem, ao permitir expressamente que a administração pública direta e indireta celebre convenção de arbitragem⁶⁻⁷.

Paulo: LTr, 1999. p. 139). No mesmo sentido: “Quando as partes escolhem a lei que os árbitros deverão aplicar para solucionar a disputa, em regra, não há necessidade de que a lei escolhida tenha qualquer conexão com o objeto da controvérsia. Aquelles que geralmente defendem a necessidade de alguma conexão estão se referindo a questões submetidas ao judiciário nacional. Na arbitragem, que se situa além de qualquer ordenamento jurídico nacional, encontrando-se no domínio neutro do direito comercial transacional, as partes são inteiramente livres com relação à escolha da lei aplicável” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem: comentários à Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 48).

3. Ver JUSTIÇA FEDERAL. Conselho de Justiça Federal. *Jurisprudência do STJ consolidou arbitragem no Brasil, afirma corregedora nacional*. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/marco/jurisprudencia-do-stj-consolidou-arbitragem-no-brasil-afirma-corregedora]. Acesso em: 31.05.2018.

4. Sobre interações do Judiciário com a arbitragem, vide Cap. 9.

5. Art. 1º, LArb: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

6. “A atualização da lei em 2015 visou, dentre vários objetivos, ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem no Brasil” (STJ, 4ª T., REsp 1.189.050/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 14.03.2006, v.u.).

7. Vide Cap. 16.

Também é válido lembrar que a arbitragem deixou de ser mera alternativa ao Poder Judiciário para se tornar regra em contratos comerciais domésticos complexos e em contratos que envolvem elementos internacionais. Isso, claro, sem esquecer que o sucesso da arbitragem em um país se dá na exata medida da confiança e do suporte conferido por seu Poder Judiciário.

1. Considerações iniciais

Para melhor compreender os argumentos que serão aqui discutidos, importa, de forma preliminar, definir a terminologia utilizada, assim como estabelecer algumas premissas legais.

“Convenção de arbitragem” é o gênero ao qual pertencem duas espécies: a cláusula arbitral e o compromisso arbitral. Quanto à primeira, a doutrina e a jurisprudência utilizam as expressões “cláusula arbitral”, “cláusula compromissória” e “cláusula de arbitragem” como expressões sinônimas. Este capítulo utiliza o termo cláusula arbitral.

A distinção entre cláusula arbitral e compromisso arbitral perdeu força após a Lei de Arbitragem⁸. A maior parte das jurisdições estrangeiras sequer diferencia essas duas categorias. Este capítulo minimiza as diferenças e dedica maior atenção à cláusula arbitral, pois a experiência comprova que elas são imensamente mais frequentes do que os compromissos arbitrais.

Ao discutir o princípio da competência-competência na arbitragem brasileira, a doutrina e a jurisprudência tratam os termos “competência” e “jurisdição” de maneira indistinta⁹. Este capítulo prefere o termo jurisdição, ao discorrer sobre o poder do tribunal arbitral para decidir quaisquer questões relacionadas à higidez e à aplicação da convenção de arbitragem. Afinal, a convenção de arbitragem, ao ser a gênese do poder de um terceiro de dizer

8. “Segundo a sistemática adotada, tanto a cláusula quanto o compromisso excluem a jurisdição estatal, efeito que até o advento da Lei 9.307/96 só era produzido pelo compromisso arbitral, *ex vi* do art. 301, IX, do Código de Processo Civil, em sua redação original. Tal efeito unificado da cláusula e do compromisso é condição *sine qua non* para o regular funcionamento da arbitragem. Desta forma, a cláusula compromissória – pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica – passou a ser apta a afastar a competência do juiz estatal” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79).

9. Para uma explicação detalhada sobre a diferença entre competência e jurisdição, ver ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

o direito e proferir uma decisão final, definitiva e vinculante às partes, não emana uma competência, mas uma *jurisdictio*.

Ainda de forma introdutória, vale notar que a autonomia da vontade das partes para escolher o direito aplicável à convenção de arbitragem está prevista no 2º, da LArb¹⁰, e já foi reconhecida pela jurisprudência¹¹.

Nesse sentido, o presente capítulo discute as (i) características, (ii) os efeitos (iii) e os requisitos legais aplicáveis à convenção de arbitragem regida pela lei brasileira, defendendo a distinção legal entre convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional.

2. As características da convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem tem caráter híbrido porque, de forma simultânea e indissociável, tem características contratuais e jurisdicionais¹². É um acordo de vontade livremente celebrado pelos contratantes, traz consigo características de obrigação contratual e concede jurisdição ao tribunal privado para resolver o mérito de certas disputas, removendo a jurisdição estatal e materializando o elemento jurisdicional em favor dos árbitros. Esse entendimento é confirmado pela doutrina¹³ e pela jurisprudência do STJ¹⁴.

O caráter híbrido da convenção de arbitragem é relevante em casos de transmissão de direitos e obrigações. Há quem defenda que a sub-rogação legal

10. Art. 2º, LArb: 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.

11. O STJ reconheceu a autonomia das partes para selecionar a lei aplicável à convenção de arbitragem. STJ, Corte Especial, SEC 5.828/EX, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 26.06.2013, v.u.; STJ, Corte Especial, SEC 11.106/EX, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 21.06.2017, v.u.

12. LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 130.

13. "Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79).

14. STJ, 2ª T., REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.09.2006, v.u.; STJ, 2ª T., REsp 606.345/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 08.06.2007, v.u.

só transmite direitos e obrigações de ordem material¹⁵. Como a convenção de arbitragem tem caráter híbrido, ficaria difícil defender que ela não se transmite por força de sub-rogação legal¹⁶.

A convenção de arbitragem afasta a jurisdição estatal para analisar o mérito de disputas, futuras ou existentes, relacionadas a determinada relação contratual ou extracontratual. Não é possível que uma parte se arrependa da celebração da convenção de arbitragem sem a anuência dos demais contratantes, conforme já confirmado pelo STJ¹⁷. A convenção de arbitragem é irretroatável e obrigatória, criando o direito e a obrigação de submeter certas disputas à jurisdição do tribunal arbitral¹⁸.

Quando houver cláusula de eleição de foro e cláusula arbitral, ambas contidas no mesmo contrato, a última prevalece. A jurisprudência resolve o aparente antagonismo em favor da arbitragem¹⁹. É preciso dar sentido à vontade específica das partes, ou seja, arbitrar as disputas relacionadas ao contrato, delegando ao Poder Judiciário o papel subsidiário de auxiliar e supervisionar a arbitragem²⁰.

15. FERNANDES, Júlio César; MELRO, Melina Martins. Arbitragem Ação de regresso. Sub-rogação de obrigação sujeita à cláusula compromissória. Arbitrabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Privado. Recurso de Apelação 0149349-88.2011.8.26.0100. Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 11.02.2015. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, ano 12, n. 47, 2015, p. 148-162.

16. Sobre o tema, vide Cap. 18.

17. “A cláusula compromissória obriga as partes e não pode ser alterada ou desfeita por vontade de uma delas. Como afirmado aqui, essa cláusula afasta a jurisdição ordinária em benefício da justiça privada e, conseqüentemente, o julgamento da questão pelo poder estatal” (STJ, 4ª T., REsp 1.331.100/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 22.02.2016, v.m.).

18. “A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal” (STJ, 4ª T., REsp 1.465.535/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 22.08.2016, v.u.; STJ, 3ª T., REsp 791.260/RS, rel. Min. Paulo Furtado, DJ 01.07.2010, v.u.; STJ, 3ª T., REsp 1.389.763/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.11.2013, v.u.).

19. “A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do poder judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução de sentença arbitral; instituição de arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável” (STJ, 3ª T., REsp 904.813/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 28.02.2012, v.u.).

20. “A inserção de cláusula de eleição de foro no ajuste, por si só, não tem o condão de desconstituir a convenção nele estabelecida em item específico relativo as perdas e

O pedido de tutela cautelar perante o Poder Judiciário não invalida ou tira eficácia da cláusula arbitral²¹. Antes da constituição do tribunal arbitral, as partes podem pleitear ao Judiciário medida de natureza cautelar²². Iniciada a arbitragem, o Poder Judiciário extingue o processo sem resolução do mérito, e o tribunal arbitral deve revisar qualquer medida cautelar previamente concedida em sede judicial, a fim de mantê-la, adaptá-la ou revogá-la.

Na sequência, é importante destacar que a convenção de arbitragem define as características do processo arbitral. As partes têm ampla liberdade para moldar o mecanismo de resolução de disputas, de acordo com suas preferências e com os atributos do contrato. Tais escolhas serão, em sua maioria, corporificadas no âmbito da convenção de arbitragem.

Um primeiro exemplo dessa autonomia é relativo à liberdade de escolha da lei aplicável. De fato, na arbitragem, as partes podem escolher: (i) a lei aplicável ao contrato; (ii) a lei aplicável ao processo arbitral; e (iii) a lei aplicável à

danos, por meio do qual as partes, expressamente, comprometeram-se, com renúncia a qualquer outro. Na verdade, a estipulação de cláusula compromissória, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não suprime, de forma absoluta, a intervenção do Poder Judiciário, que poderá ser chamado a pronunciar-se na hipótese prevista no artigo 6º, parágrafo único, e artigo 7º, da Lei 9.307/96, exatamente a aqui tratada, não sendo de todo despropositada a eleição de um foro no contrato” (STJ, AI 1.088.705/MG, decisão monocrática do rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 02.03.2010).

21. Vide Cap. 9.

22. “2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”. (STJ, 3ª T., REsp 1.297.974/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 19.06.2012, v.u.). No mesmo sentido: “1. O ajuizamento de ação cautelar perante a Justiça Estatal não afasta a eficácia da cláusula compromissória arbitral. Precedentes. 2. A ausência de iniciativa para a instauração do juízo arbitral extingue a cautelar, na forma do art. 808 do Código de Processo Civil de 1973” (STJ, 4ª T., REsp 1.244.401/SC, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 16.02.2017, v.u.). Vide também STJ, 3ª T., AgRg na MC 19.226/MS, rel. Min. Massami Uyeda, DJ 29.06.2012, v.m.

própria convenção de arbitragem²³. Essa autonomia foi uma grande conquista do direito brasileiro, pois permite afastar as regras de conflito de leis previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A autonomia da vontade ainda permite que as partes ajustem se a arbitragem será de direito ou por equidade²⁴. Também é possível acordar arbitragem realizada com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio²⁵.

A escolha da sede da arbitragem pelas partes pode exercer papel decisivo na efetividade e no caráter definitivo do processo arbitral. Afinal, o Poder Judiciário da sede da arbitragem tem jurisdição exclusiva para, entre outras questões, decidir ação de declaração de nulidade de sentença arbitral²⁶. Além disso, a escolha da sede da arbitragem pode trazer consigo, indiretamente, a escolha da lei processual aplicável ao processo arbitral. Por exemplo, as disposições mandatórias do *English Arbitration Act*, de 1996, necessariamente se aplicam à arbitragem com sede em Londres.

As partes podem convencionar arbitragem institucional ou *ad hoc*. A maioria dos processos arbitrais é de natureza institucional. Os regulamentos de instituições arbitrais preveem regras específicas para a constituição do tribunal arbitral e para a condução do processo. Mesmo quando a arbitragem for institucional, ainda assim, as partes podem afastar previsões contidas no regulamento de arbitragem e traçar, por exemplo, um mecanismo individualizado para a constituição do tribunal arbitral.

As instituições arbitrais, regra geral, disponibilizam cláusulas arbitrais modelo. A eficiência de tais cláusulas foi testada ao longo de décadas e em

23. “Segundo a Lei de Arbitragem, as partes têm liberdade de escolher o direito – material e processual – aplicável a solução de controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo, um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15).

24. Vide Cap. 8.

25. Em casos envolvendo a administração pública, pode haver restrições à ampla autonomia da vontade para selecionar as leis aplicáveis e moldar as características do processo arbitral. Por exemplo, o artigo 3º do Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, restringe a autonomia das partes para acordar arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário – ao impor a aplicação de lei brasileira e sede da arbitragem no Brasil. Vide Cap. 16.

26. TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AC 0014578-23.2004.8.26.0100, rel. Des. Francisco Loureiro, DJ 08.04.2014.

múltiplos casos. Então, se as partes optarem por arbitragem institucional, faz sentido utilizar ou, pelo menos, considerar os modelos durante a negociação e a redação de cláusulas arbitrais.

A convenção de arbitragem também é a oportunidade propícia para alocar a responsabilidade pelas custas da arbitragem, já que, depois de deflagrada a disputa, é improvável que as partes ajustem ponto algum²⁷. Não há espaço para sucumbência em arbitragem, uma vez que o CPC só se aplica ao processo arbitral quando existir expressa referência na Lei de Arbitragem²⁸.

Enfim, há inúmeros fatores que as partes podem considerar para moldar o mecanismo de resolução de disputas privado, como idioma da arbitragem (podendo ser bilíngue, em processos envolvendo a administração pública), prazo para proferir a sentença arbitral, qualificações e experiência dos árbitros²⁹, confidencialidade, regras para produção de documentos, apresentação de testemunhos escritos, e assim por diante.

Com isso, fica fácil perceber que a cláusula arbitral é um componente essencial à equação econômico-financeira do contrato. Um contrato, em regra, é um instrumento negociado e barganhado. As exigências ou concessões feitas pelas partes durante a negociação da cláusula arbitral impactam o preço do contrato.

Ao garantir a execução e a eficácia da cláusula arbitral, o Poder Judiciário brasileiro enaltece o princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*)³⁰, proporciona a segurança jurídica pretendida por investidores estrangeiros³¹ e atrai riquezas para o país.

Como a lei brasileira diferencia os requisitos de forma aplicáveis à cláusula arbitral e ao compromisso arbitral, essas espécies da convenção de

27. Regulamentos de arbitragem geralmente concedem ampla discricionariedade ao tribunal arbitral para alocar as custas da arbitragem. Vide Cap. 7.

28. Vide Cap. 4.

29. Vide Cap. 3.

30. “A obrigação das partes de submeterem-se ao juízo arbitral, nascida de uma cláusula de arbitragem, é fruto do princípio da *pacta sunt servanda*, ou seja, de que o contrato é a lei entre as partes. O princípio da força obrigatória dos contratos é traduzido em regras do direito positivo, figurando de modo expresso na legislação de muitos países, e estando implícito na dos demais. Esse princípio visa assegurar a ordem na economia e permitir que negócios possam ser feitos e dívidas sejam recobradas”. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 134).

31. NASCIMENTO, Barbara. Para investir, alemães querem mais segurança jurídica. *O Globo*. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/economia/para-investir-alemaes-querem-mais-seguranca-juridica-17246971>]. Acesso em: 18.06.2018.

arbitragem são discutidas no decorrer do capítulo, separadamente. Contudo, para fins didáticos, a principal diferença entre cláusula arbitral e compromisso arbitral é que a primeira visa resolver eventuais e futuras disputas e já se encontra inserida no contrato *ab initio*; o segundo só é elaborado quando surgida a disputa, *a posteriori*, já em vistas do conflito específico³². Antes, todavia, vale mencionar outra importante diferença, entre a convenção de arbitragem doméstica e a internacional.

2.1. *Convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional*

O presente capítulo discorre sobre convenção de arbitragem regida pela lei brasileira. A convenção de arbitragem doméstica deve ser interpretada de acordo com o direito contratual brasileiro³³ e os requisitos previstos na Lei de Arbitragem. O mesmo é verdade quanto à convenção de arbitragem internacional, à qual se soma a aplicação também da Convenção de Nova Iorque (CNI)³⁴, que, como é bom lembrar, aplica-se não apenas à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras³⁵, mas também à execução de cláusulas arbitrais³⁶.

32. “As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado. 3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato” (STJ, C.E., SEC 1.210/EX, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06.08.2007, v.u.).

33. Na essência, os artigos 104, 166, 167 e 171, do Código Civil Brasileiro.

34. Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958. Promulgada no Brasil pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002. Vide Cap. 1.

35. Vide Cap. 13.

36. “Além de ter por escopo o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a Convenção almeja também o reconhecimento do acordo de arbitragem (artigo II)” (ARAUJO, Nádia de. *A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre o seu âmbito de aplicação*. In: ARNOLDO, Wald; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59. No mesmo sentido: “A verdade, contudo, é que a Convenção de Nova Iorque trata não apenas de sentenças arbitrais, mas também de convenções de arbitragem” (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Convenção de Nova Iorque e pacto arbitral nulo, sem efeitos, inoperante ou*

A lei brasileira não diferencia arbitragem doméstica e internacional, ao contrário de muitas jurisdições³⁷. A Lei de Arbitragem apenas optou por diferenciar sentença arbitral nacional e sentença arbitral estrangeira com base em critério geográfico³⁸: se a sentença arbitral for proferida fora do Brasil, essa é uma sentença arbitral estrangeira, sujeita à aplicação da CNI³⁹.

Na Lei de Arbitragem, contudo, não há definição de convenção de arbitragem doméstica⁴⁰ e de convenção de arbitragem internacional⁴¹. O Poder Judiciário brasileiro ainda não discutiu com clareza o escopo da aplicação da CNI a convenções de arbitragem. A própria CNI não delineou a sua aplicação às convenções de arbitragem⁴².

inexequível: convenção de arbitragem, princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz) e more-favourable-right provision. No prelo).

37. A França é um exemplo de jurisdição que diferencia arbitragem nacional e internacional, trazendo artigos aplicáveis especificamente à última.
38. Art. 34, LArb: A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.
39. Artigo I (1), CNI: A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.
40. A lei de arbitragem inglesa, por exemplo, define convenção de arbitragem doméstica da seguinte forma: nenhuma das partes é (a) indivíduo pertencente ou residente em Estado outro que o Reino Unido; parte alguma (ii) é incorporada, registrada, ou o controle ou a administração são exercidos em Estado outro que o Reino Unido; a (iii) sede da arbitragem é no Reino Unido (Seção 85 do *English Arbitration Act*, 1996).
41. A Lei modelo da UNCITRAL, por exemplo, define arbitragem internacional como: (a) as partes da convenção de arbitragem têm, no momento da celebração da respectiva convenção, sedes comerciais em países diferentes; ou (b) um dos seguintes locais é situado fora do país onde as partes têm sede comercial: (i) a sede da arbitragem determinada na convenção de arbitragem; (ii) qualquer local onde parte substancial das obrigações comerciais é executada ou o local no qual o objeto do contrato tem relação próxima; ou (iii) as partes expressamente declararam que o objeto do contrato é relacionada a dois ou mais países (Art. 1º (3) *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 1985, com alterações adotadas em 2006).
42. O artigo I da CNI elegu o critério geográfico para delimitar a aplicação da referida Convenção no que diz respeito a sentenças arbitrais, sem menção a convenções de arbitragem.

Diante da falta de diretrizes na lei brasileira, além da lacuna na própria CNI, jurisprudência e doutrina estrangeiras são valiosas para distinguir convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional.

Quando a cláusula arbitral estiver contida em contrato internacional, segue a presunção lógica de que se trata de convenção de arbitragem internacional⁴³. Mas o melhor entendimento é mais amplo, no sentido de que qualquer elemento internacional, de estraneidade, envolvido na relação comercial contratual sujeita à arbitragem é suficiente para caracterizar a convenção de arbitragem como internacional⁴⁴. Tais elementos incluem, por exemplo: (i) parte estrangeira na relação contratual; (ii) execução de obrigações contratuais em uma ou mais jurisdições estrangeiras; (iii) remessa de divisas entre países; (iv) importação ou exportação de mercadorias, e assim por diante⁴⁵.

43. "Verifica-se que o contrato de representação comercial em exame foi celebrado, na Alemanha, por uma empresa brasileira e outra alemã, e estabeleceu cláusula arbitral, convencionando que eventuais conflitos deveriam ser dirimidos, pelo direito alemão, por árbitros da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Trata-se, portanto, de contrato internacional, com características que não correspondem exatamente às dos contratos internos, firmados para produzir efeitos integralmente dentro do país. Em razão desta peculiaridade, a hipótese sob julgamento deve receber tratamento jurídico próprio, o que implica, neste contexto, em observância das regras estabelecidas pelo Protocolo de Genebra de 1923, que, conforme já esclarecido, não distinguiu cláusula e compromisso arbitral. Pelo Protocolo de Genebra de 1923, a pactuação tanto da cláusula como do compromisso arbitral imprime às partes a obrigação de submeter eventuais conflitos ao juízo arbitral, ficando afastada a solução judicial. Nos contratos internacionais, ganha relevo a aplicação dos princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica, na espécie em exame, a análise da cláusula arbitral convencionada entre as partes sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923" (STJ, 3ª T., REsp 712.566/RJ, rel. Min. Nancy Andrigli DJ 05.09.2005, v.u.).

44. LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 112.

45. Essa interpretação, além de alinhada com os princípios legais aplicáveis, também é comercialmente sensata. Não seria desejável, nem possível, aplicar o critério geográfico (sede da arbitragem) para caracterizar uma convenção de arbitragem como internacional, para então atrair a aplicação da CNI. Isso porque o Poder Judiciário da sede da arbitragem detém jurisdição exclusiva para decidir impugnações à cláusula arbitral e a ação declaratória de nulidade de sentença arbitral. Com isso, fica claro que a arbitragem tem sede na mesma jurisdição em que se discute a cláusula arbitral perante o Poder Judiciário, e esse critério geográfico não traduz a internacionalidade da convenção de arbitragem, sendo necessário buscar outros critérios para o mesmo fim.

O entendimento amplo dado à convenção de arbitragem internacional fica aparente ao contextualizar a origem da CNI. No cenário pós-Segunda Guerra Mundial, o objetivo das Nações Unidas era evitar novas guerras por meio do fomento do comércio internacional. Para tanto, seria preciso um mecanismo previsível e confiável para a resolução de disputas que envolvessem partes ou elementos de dois ou mais países. Com isso em mente, em 1958, surgiu a CNI, cujo propósito é facilitar a execução de convenções de arbitragem e sentenças arbitrais nas relações comerciais internacionais⁴⁶.

As perguntas que seguem são: quem aplica esses critérios para definir se a convenção de arbitragem é internacional? E qual a relevância da classificação entre convenção de arbitragem doméstica ou internacional para as questões discutidas neste capítulo?

Quem aplica é o tribunal arbitral ou o Poder Judiciário, quando provocado para decidir questões relativas à existência, validade e eficácia de convenção de arbitragem. A classificação é importante porque, em princípio, convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional estão (ou podem estar) sujeitas a requisitos legais distintos. Assim, antes de decidir impugnações à convenção de arbitragem, o órgão julgador deve definir as leis e as regras aplicáveis à questão.

Definir convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional não é um exercício meramente acadêmico, porque a última, mesmo

46. "Isso significa, na visão do autor, que a Convenção de Nova Iorque se aplicaria mesmo se a demanda judicial questionando a convenção de arbitragem fosse proposta na sede da arbitragem, contanto que a causa possuísse algum elemento de estraneidade, ou seja, contanto que ao menos uma das partes fosse estrangeira ou que a transação objeto da disputa fosse internacional. A justificativa para esse entendimento é que o objetivo principal da Convenção de Nova Iorque foi facilitar o reconhecimento de convenções de arbitragem e de sentenças arbitrais nas relações comerciais internacionais, razão pela qual toda vez que houver um elemento de estraneidade na arbitragem, o texto convencional deveria ser aplicado, ao menos em relação aos pactos arbitrais, já que esses não estariam textualmente sujeitos à limitação territorial do art. I da Convenção. Gary Born adota interpretação semelhante, afirmando que 'Article II (1) and II (3) should not be interpreted to apply to purely domestic arbitration agreements, and should instead apply to 'international' arbitration agreements'. Em seguida, o autor explica que para caracterizar a convenção de arbitragem como internacional bastaria (i) que as partes tivessem diferentes nacionalidades, ou (ii) que as partes tivessem domicílios em diferentes países, ou (iii) que o contrato-base envolvesse uma transação que possuísse uma razoável relação com um país estrangeiro" (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Convenção de Nova Iorque e pacto arbitral nulo, sem efeitos, inoperante ou inexecutável: convenção de arbitragem, princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz)*. No prelo).

quando regida pela lei brasileira, atrai a aplicação da CNI. Por outro lado, não parece correto afirmar que a CNI se aplica a qualquer convenção de arbitragem regida pela lei brasileira ou discutida perante o Poder Judiciário pátrio⁴⁷. Em outras palavras, a CNI não se aplica à convenção de arbitragem doméstica.

Aqui está estabelecida uma importante premissa para a discussão que se segue neste capítulo. A CNI se aplica à convenção de arbitragem internacional, regida pela lei brasileira e examinada por tribunal arbitral com sede no Brasil ou pelo Poder Judiciário brasileiro.

A pergunta que segue é: em caso de incompatibilidade entre a lei brasileira e a CNI, qual prevalece? Dois elementos respondem à pergunta.

Primeiro, a própria CNI prevê um mecanismo interno de conflito de leis. O artigo VII (1) da CNI determina:

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

A regra de conflito de lei prevista no artigo VII(1), chamada de princípio da máxima eficácia⁴⁸, aplica-se à execução de convenção de arbitragem internacional⁴⁹ e à homologação de sentença arbitral estrangeira.

47. “A Convenção de Nova Iorque não define seu escopo de aplicação a respeito de convenções de arbitragem. No entanto, é pacífico que a Convenção de Nova Iorque não regula o reconhecimento de convenções de arbitragem domésticas. 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). Alguns tribunais argumentam que a Convenção se aplica caso a convenção de arbitragem tenha natureza internacional. A internacionalidade da convenção de arbitragem resulta ou da nacionalidade ou domicílio das partes ou da transação subjacente” (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juizes, com a assistência da Corte Permanente de Arbitragem*. Palácio da Paz, Haia. Disponível em: [www.arbitration-icca.org/media/1/13365477391560/portuguese_guide_composite_for_website_final_revised_may_2012.pdf]. Acesso em: 12.06.2018.

48. “Ao prever o que se denomina princípio da máxima eficácia, [a Convenção] permite que, em prol da efetividade da arbitragem, prevaleça a aplicação da lei interna ou tratado que seja mais favorável, tanto para o reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira, como para imprimir validade e eficácia à convenção de arbitragem”

Em segundo lugar, a CNI estabelece o nível de controle máximo que um país signatário pode exercer sobre convenção de arbitragem internacional⁵⁰. Isso significa que o país signatário não deve impor, por leis domésticas, requisitos adicionais de forma ou consentimento, além dos previstos na CNI, para a validade de uma convenção de arbitragem internacional. Em relação à sentença estrangeira, também significa que o país signatário só pode negar a sua homologação com base no rol taxativo previsto no artigo V da CNI, e não é permitido negar homologação com base em dispositivos outros previstos na lei doméstica. Em contrapartida, os países signatários são livres, e encorajados, a criar legislações mais favoráveis ao reconhecimento de acordos para arbitrar e à execução de sentenças arbitrais.

É possível afirmar, assim, que sempre prevalecerá a lei mais favorável à eficácia e à validade da convenção de arbitragem internacional e da sentença

(BRAGHETTA, Adriana; LEMES, Selma Ferreira. Artigo III. In: ARNOLDO, Wald; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315). No mesmo sentido: "O Artigo VII (1) é o chamado dispositivo da lei mais favorável, uma vez que permite que uma parte interessada no reconhecimento e execução da sentença se valha de regras que são mais favoráveis do que as da Convenção. Regras mais favoráveis podem ser encontradas: (i) na lei nacional do foro ou (ii) em tratados aplicáveis no território em que tenciona o reconhecimento e a execução. Na prática, tratados ou leis nacionais serão mais favoráveis do que a Convenção de Nova Iorque se permitirem o reconhecimento e a execução por referência a critérios mais brandos, seja em termos procedimentais ou em fundamentos para denegação da homologação. Até agora, há um amplo (apesar de não universalmente aceito) entendimento de que as disposições do Artigo VII (1) também se aplicam ao reconhecimento e execução das convenções de arbitragem abordadas no Artigo II. O Artigo VII (1) é principalmente invocado para superar exigências formais aplicáveis à convenção de arbitragem em virtude do Artigo II (2) (o requerimento de ser por escrito, ver Capítulo II em IV.2.1)" (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes, com a assistência da Corte Permanente de Arbitragem*, Palácio da Paz, Haia. Disponível em: [www.arbitration-icca.org/media/1/13365477391560/portuguese_guide_composite_for_website_final_revised_may_2012.pdf]. Acesso em: 12.06.2018.

49. A recomendação da UNCITRAL dispõe que a aplicação do artigo VII (1) não é restrita às sentenças arbitrais estrangeiras. O artigo em comento também deve ser aplicado às convenções de arbitragem internacionais. Disponível em: [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html]. Acesso em: 14.06.2018.

50. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. New York, 1958. Disponível em: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf]. Acesso em: 14.06.2018.

arbitral estrangeira⁵¹. Se da aplicação da lei doméstica resultar a validade de atos que, sob a CNI, teriam a sua validade questionável, a CNI cede lugar em favor da lei doméstica⁵². Por outro lado, se a lei doméstica for mais onerosa, nas situações em que a CNI é aplicável, a última prevalece – como resumido na tabela adiante:

	Cláusula arbitral doméstica regida pela lei brasileira	Cláusula arbitral internacional regida pela lei brasileira
Existência, validade e eficácia aferida de acordo com:	<ul style="list-style-type: none"> • Lei de Arbitragem • Direito contratual 	<ul style="list-style-type: none"> • Lei de Arbitragem • Direito contratual • Convenção de Nova Iorque
		Caso haja incompatibilidade entre a lei brasileira (Lei de Arbitragem + direito contratual) e a Convenção de Nova Iorque, prevalecerá o instrumento que contribuir positivamente ao reconhecimento e execução da convenção de arbitragem.

O princípio da máxima eficácia é a espinha dorsal da CNI. Essa qualidade contribuiu para a CNI se tornar a convenção de direito internacional privado mais bem-sucedida da história mundial⁵³.

3. Os efeitos da convenção de arbitragem

3.1. Autonomia da cláusula arbitral

O artigo 8º da LArb dispõe sobre o princípio da autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato em que está inserta⁵⁴⁻⁵⁵. A lei brasileira cria

51. 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*. 2006. p. 32-33. v. 11.

52. “[...] sob essa lógica, prevalece o regime mais favorável à parte interessada, que não corresponde necessariamente aos dispositivos da Convenção” (ARAÚJO, Nadia de. A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre o seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnold; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem comercial internacional - A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59).

53. A CNI foi ratificada por 159 países.

54. Art. 8º, caput: 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.

uma ficção legal na medida em que a cláusula arbitral constitui uma obrigação autônoma em relação à obrigação principal do contrato em que está inserida. Ou seja, a cláusula arbitral é um contrato dentro de outro, e é separável do contrato em que está contida⁵⁶.

Com isso, se o contrato que contém a cláusula arbitral for inválido, não significa, necessariamente, que a cláusula arbitral seguirá o mesmo destino. Claro, há situações em que o vício insanável que torna nulo o contrato principal também contamina a cláusula arbitral, do que resulta a invalidade de ambos⁵⁷. Mas há casos em que o contrato é nulo e a cláusula arbitral sobrevive, cabendo então ao tribunal arbitral decidir os efeitos legais e as consequências patrimoniais da invalidade do contrato.

A autonomia da cláusula é fundamental à eficácia do processo arbitral. Se assim não fosse, bastaria que a parte mal-intencionada alegasse a invalidade do contrato para seguir a subsequente presunção de invalidade da cláusula arbitral e, então, atrair de imediato a jurisdição do Poder Judiciário⁵⁸. Tal situação implicaria o fim da arbitragem, porque abriria brecha para o Poder Judiciário examinar o contrato e as circunstâncias envolvendo a sua celebração, matérias estas que são reservadas à exclusiva jurisdição do tribunal arbitral. Não é exagero argumentar que a arbitragem só funciona por causa da autonomia da cláusula arbitral, combinada com o princípio da competência-competência⁵⁹.

55. Vide Cap. 1.

56. "A cláusula compromissória é autônoma. É um contrato em si mesmo, independentemente de outros para existir ou subsistir" (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 133).

57. "É claro que haverá causas de invalidade do contrato principal que também afetarão a cláusula compromissória. É o caso, por exemplo, da alegação de que o contrato principal jamais foi concluído ou que o foi com vício de consentimento" (DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. *Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais, seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27).

58. "O objetivo é evitar que a parte possa se esquivar da obrigação de submeter seus litígios à arbitragem, quando tenha prometido fazê-lo, sob a mera alegação de que o contrato em que a cláusula compromissória está inserida seria nulo" (DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. *Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais, seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25).

59. Os princípios da autonomia da cláusula arbitral e da competência-competência são tão relevantes que instituições como a CCI e a LCIA, por exemplo, incorporaram o princípio em seus regulamentos de arbitragem. CCI arts. 6.3. e 6.9; e LCIA arts. 23.1 e 23.2.

O STJ aplica sabiamente o princípio da autonomia da cláusula arbitral⁶⁰, a fim de proteger o processo arbitral da judicialização prematura da demanda, com base em mera alegação de invalidade do contrato que traz cláusula arbitral⁶¹.

Uma vez que a cláusula arbitral é separável do contrato em que está inserida, ela pode ser regida por lei diferente da lei material aplicável ao contrato. As partes não só têm autonomia para selecionar a lei aplicável à cláusula arbitral⁶², como são incentivadas para tanto, a fim de evitar incertezas em contratos internacionais⁶³.

3.2. O princípio da competência-competência

O princípio da competência-competência confere poderes ao tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria jurisdição.

60. "Saliente-se ainda a autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato na qual se encontra inserida, o qual poderá ser considerado nulo, sem, contudo, implicar na nulidade do pacto preliminar, cabendo ao árbitro dirimir as questões pertinentes à convenção de arbitragem, porquanto autoridade competente para tal, nos termos do princípio da Kompetenz-Kompetenz" (STJ, C.E., SEC 854/EX, rel. Min. Massami Uyeda, DJ 07.11.2013, v.m.).

61. "Como se vê, o dispositivo em comento estabelece não apenas a autonomia da cláusula de arbitragem em relação ao negócio jurídico no bojo da qual ela é estabelecida (caput), mas também estabelece que a competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, aí compreendida a cláusula e o compromisso arbitral, é do árbitro designado pelas partes" (STJ, 3ª T., REsp 1.302.900/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 16.10.2012, v.u.).

62. O STJ reconhece que cláusula arbitral pode ser regida por lei diferente da lei material (lei aplicável ao contrato): STJ, C.E., SEC 5.828/EX, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 26.06.2013, v.u. STJ, C.E., SEC 11.106-EX, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 21.06.2017, v.u.

63. Em uma disputa envolvendo a construção da usina hidrelétrica de Jirau, o TJSP suspendeu liminarmente, em Agravo de Instrumento, a instauração de arbitragem com sede em Londres, sob a alegação de que a cláusula arbitral contida na apólice de seguro regida pela lei brasileira também seria regida pela lei brasileira, a qual a invalidava (TJSP, 6ª CDP, AgIns 0304979-49.2011.8.26.0000, rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles). A Corte de Apelação inglesa em Londres decidiu, paralelamente, que a cláusula arbitral era regida pelo direito inglês, já que a sede da arbitragem era Londres e, dessa forma, era válida (cf. BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. *Sulamérica CIA Nacional de Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A. and others* ([2012] EWCA Civ 638). Disponível em: [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html]. Acesso em: 18.06.2018).

A CNI, promulgada em 1958, impõe aos países signatários a obrigação de executar convenção de arbitragem internacional. Mas, ao fazê-lo, discorre sobre o princípio da competência-competência em linhas gerais, sem detalhar a sua aplicação. Por exemplo, a CNI não aloca com clareza os momentos em que o tribunal arbitral e o Poder Judiciário podem atuar para decidir impugnações à convenção de arbitragem, tampouco esclarece o grau de revisão que o Judiciário deve aplicar durante o exame da decisão do tribunal arbitral sobre sua própria jurisdição⁶⁴.

A postura adotada pela CNI conferiu autonomia aos países signatários para regular a intensidade do princípio da competência-competência em suas legislações pátrias. Leis de arbitragem e jurisprudências sobre o princípio da competência-competência variam substancialmente de país para país e, por isso, é incorreto transplantar o entendimento de jurisdições estrangeiras quando se discute execução de cláusula arbitral regida pelo direito brasileiro.

3.2.1. *Competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria jurisdição*

Os artigos 8º, 20, 32(I) e 33 da LArb regulam o princípio da competência-competência no direito brasileiro e demandam interpretação sistemática. Dispositivos contidos no CPC reforçam o conteúdo da Lei de Arbitragem⁶⁵. A aplicação combinada desses artigos materializa os efeitos positivo e negativo do princípio da competência-competência⁶⁶, os quais são pilares centrais do funcionamento e da efetividade do processo arbitral⁶⁷.

64. SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Kompetenz-Kompetenz in Brazil: Alive and Kicking. *Kluwer Arbitration Blog*. Disponível em: [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/12/10/kompetenz-kompetenz-in-brazil-alive-and-kicking/>]. Acesso em: 30.05.2018).

65. Art. 485, VII, do CPC, discutido a seguir.

66. “A cláusula arbitral válida produz dois efeitos direitos: um positivo, de submeter as partes ao juízo arbitral, e outro, de subtrair o conhecimento da questão à jurisdição estatal. Este último efeito decorre de uma renúncia das partes a valer-se da jurisdição estatal, enquanto o primeiro vincula-as contratualmente à solução arbitral” (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 133).

67. “Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro - o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes -, para dirimir, em definitivo,

O artigo 8º, parágrafo único, da LArb⁶⁸ concede ao tribunal poder para decidir questões relacionadas a existência, validade e eficácia (i) da convenção de arbitragem e (ii) do contrato que contenha cláusula arbitral⁶⁹.

Para compreender propriamente a aplicação desse dispositivo legal, num primeiro momento, é válido visualizar exemplos de questões relacionadas a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Tais exemplos incluem a análise sobre o escopo da cláusula arbitral, a fim de determinar quais disputas (contratuais ou extracontratuais) as partes pretenderam submeter à jurisdição do tribunal arbitral. Cabe ao tribunal arbitral investigar se houve o consentimento tácito para arbitrar, uma vez que a lei brasileira não exige o consentimento expresso (escrito), e não-signatários de contrato que contém cláusula arbitral, dependendo das circunstâncias fáticas, podem restar vinculados ao processo arbitral⁷⁰. Na mesma linha, o tribunal arbitral é quem decide se há vinculação de não signatários da cláusula arbitral por substituição de posição contratual, como acontece em casos de sub-rogação⁷¹. O tribunal arbitral deve decidir se o objeto da disputa é arbitrável ou não, nos termos do artigo 1º da LArb. Resta ao tribunal arbitral apurar a intenção das partes, a fim de verificar se elas realmente acordaram a arbitragem, ou se ajustaram outro mecanismo, como mediação. Também cabe ao tribunal arbitral determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem, para então testar a sua validade, de acordo com os requerimentos de forma e consentimento previstos na lei relevante. Enfim, questões, interpretações ou dúvidas – de qualquer espécie – relacionadas

a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros” (STJ, 3ª T, REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m.).

68. Art. 8º, 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.

69. “Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o pode-dever de decidir questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da Kompetenz-Kompetenz)” (STJ, 3ª T., REsp 1.694.826/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 13.11.2017, v.u.).

70. Conforme melhor discutido a seguir no tópico sobre acordo na forma escrita.

71. Vide Cap. 18.

à convenção de arbitragem são matérias que devem ser apreciadas pelo tribunal arbitral⁷²⁻⁷³.

O artigo 8º, parágrafo único, da LArb autoriza o tribunal arbitral a decidir qualquer questão relacionada à higidez e à aplicação da convenção de arbitragem. Tal autorização é definida como efeito positivo da convenção de arbitragem, uma vez que materializa um poder e um dever do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria jurisdição. Contudo, deixa perguntas no ar. Por exemplo, quem decide primeiro sobre as questões envolvendo a convenção de arbitragem: o tribunal arbitral ou o Poder Judiciário? Se a arbitragem não estiver instituída, o Poder Judiciário pode decidir sobre a convenção de arbitragem? Se houver arbitragem e ação judicial correndo em paralelo, ambas discutindo questões relacionadas à convenção de arbitragem, qual jurisdição prevalece?

O artigo 20 da mesma lei responde essas perguntas ao definir que questões relacionadas à competência do tribunal arbitral, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem devem ser arguidas pelas partes após a instituição da arbitragem. Ou seja, impugnações à convenção de arbitragem devem ser arguidas perante o tribunal arbitral, para que este seja o primeiro a decidir sobre a sua jurisdição. Na falta de dispositivo legal que permita a arguição de tais questões a outro órgão julgador, fica vedado, por exclusão lógica, a discussão dessas questões em processo paralelo, ou prévio, perante o Poder Judiciário.

Esse é o efeito negativo do princípio da competência-competência, o qual impõe ao Poder Judiciário o dever de não decidir questões sobre a jurisdição dos árbitros, a fim de permitir que o próprio tribunal arbitral decida, com prioridade cronológica⁷⁴. O artigo 485, inciso VII, do CPC⁷⁵ não altera a dinâmica

72. STJ, 3ª T., REsp 1.355.831/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 22.04.2013, v.u.

73. “Por fim, em razão do princípio da Kompetenz-Kompetenz, a controvérsia referente à própria extensão da arbitragem deverá ser resolvida, com primazia, pelo árbitro, inclusive estabelecendo, no início do procedimento arbitral, se ele é ou não competente para dirimir todas essas questões” (STJ, 3ª T., REsp 1.597.658/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 10.08.2017, v.m.).

74. “Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes, com esteio no princípio da autonomia da vontade, tenham reservado ao julgamento dos árbitros” (STJ, 3ª T., REsp 1.550.260/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 20.03.2018, v.m.).

75. Art. 485, CPC: 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.

dos artigos da Lei de Arbitragem que regulam o efeito negativo ora analisado. O CPC apenas suplementa artigo 20 da LArb, ao impedir que o Poder Judiciário resolva o mérito da disputa, quando alegada a existência de convenção de arbitragem, ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência⁷⁶.

A jurisprudência firme e consistente do STJ solidificou o efeito negativo do princípio da competência-competência no Brasil, ao esclarecer que as alegações de nulidade da cláusula arbitral devem ser submetidas, em primeiro lugar, à decisão do próprio tribunal arbitral, pois é inadmissível a judicialização prematura da questão⁷⁷.

Em julgado subsequente, o STJ reforçou o conceito do efeito negativo e concluiu que a alegação de invalidade da cláusula arbitral e de incompetência do tribunal arbitral não pode, com toda a certeza, prosperar no Poder Judiciário porque a matéria relativa à validade de cláusula arbitral deve ser apreciada, primeiramente, pelos próprios árbitros, nos termos do artigo 8º da Lei de Arbitragem, sendo ilegal a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem pela jurisdição estatal antes da instituição do processo arbitral⁷⁸.

O STJ explicou a relevância da submissão da alegação de nulidade da cláusula arbitral primeiramente ante o próprio tribunal arbitral – porque, caso contrário, abrir-se-ia larga porta à judicialização estatal prematura, por meio de manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, *ad proprium nutum*, frustrar a arbitragem avençada⁷⁹⁻⁸⁰⁻⁸¹.

76. O efeito negativo da convenção de arbitragem é um conceito diferente, porque impõe ao Poder Judiciário o dever de não decidir o mérito das disputas que recaem sobre o escopo da convenção de arbitragem.

77. STJ, 3ª T., REsp 1.228.251/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 16.10.2012, v.u.

78. STJ, 3ª T., REsp 1.355.831/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 22.04.2013, v.u.

79. Decisão em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira (STJ, C.E., SEC 854/EX, rel. Min. Massami Uyeda, DJ 07.11.2013, v.m.). Apesar de essa decisão contribuir para a definição do princípio da competência-competência no Brasil, a decisão do STJ parece incorreta na medida em que presume a aplicação da Lei de Arbitragem brasileira a processo arbitral com sede no exterior.

80. Outro julgado concluiu que questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar instauração de juízo arbitral devem ser por este resolvidas, com primazia, e não pelo Poder Judiciário (STJ, 3ª T., REsp 1.602.696/PI, rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 23.09.2016, v.u.).

81. Seguindo essa linha consistente, o STJ reformou acórdão de segunda instância para reconhecer a inobservância do artigo 8º da LArb, que confere ao juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no princípio da competência-competência,

Em caso envolvendo a administração pública, que utilizou argumentos de interesse nacional de preservação de suas riquezas para justificar a alegação de que a disputa não era arbitrável, o STJ, acertadamente, recusou relativizar o princípio aqui discutido e assim decidiu:

a jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória (arts. 8º e 20 da Lei 9.307/96, com redação dada pela Lei 13.129/15)⁸².

Ainda em processo envolvendo a administração pública, a União acionou o Poder Judiciário para decidir que, como acionista controladora da Petrobras, não estaria vinculada à cláusula arbitral contida no estatuto dessa companhia. Mesmo inexistindo tribunal arbitral constituído, o STJ decidiu liminarmente que:

considerando a aplicação do princípio da competência-competência no âmbito das arbitragens, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do poder judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após realizar o adequado controle pela via judicial. Neste ponto, deve-se ressaltar a remansosa jurisprudência do STJ no sentido de observar, do modo mais rigoroso possível, a aplicação do princípio competência-competência, com exceções apenas em hipóteses verdadeiramente patológicas⁸³.

cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua própria competência, precedente de qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem (STJ, 2ª S., CC 146.939/PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 30.11.2016, v.u.).

82. STJ, 1ª S., CC 139.519/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10.11.2017, v.m.

83. STJ, CC 151.130/SP, decisão liminar Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 09.05.2018. Esse julgado merece uma ressalva. Há confusão no uso das terminologias “cláusula arbitral vazia” e “cláusula arbitral patológica”. Quando esta última contiver os elementos que permitem a instauração da arbitragem, cabe ao tribunal arbitral decidir sobre a regularidade da cláusula. Quando a cláusula arbitral for patológica, e vazia, então será necessária a intervenção prévia do Poder Judiciário.

Portanto, mesmo que haja questões de interesse nacional ou de ordem pública⁸⁴, essas não derrogam o princípio da competência-competência, cabendo ao tribunal arbitral decidir sobre a regularidade e a aplicação da convenção de arbitragem, com precedência ao Poder Judiciário. A qualificação das partes envolvidas na demanda ou objeto da disputa também não são fatores aptos a relativizar o princípio ora analisado.

Quando houver convenção de arbitragem, caberá à parte alegar a sua existência⁸⁵ e, na primeira oportunidade, caberá ao juiz extinguir o processo judicial. Afinal, o efeito positivo só se materializará eficientemente se o Poder Judiciário respeitar o efeito negativo⁸⁶.

Vale notar que não depende de ter sido instaurado o processo arbitral para materializar a prioridade cronológica absoluta em favor do tribunal arbitral⁸⁷. Essa assertiva nasce da interpretação da lei e da jurisprudência do STJ, que já

84. “Nada impede que, uma vez estatuída a cláusula arbitral, o árbitro seja instado a enfrentar questões de ordem pública. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando alegada a incapacidade da parte para contratar ou, como no caso, a falsidade material da assinatura lançada no contrato: “Como já assinalado, a questão precedente e condicionante à instauração da arbitragem é matéria que, por expressa disposição legal, é afeta à competência exclusiva do Juízo arbitral. De igual modo, o fato de se tratar de matéria de ordem pública – sem descuidar da largueza e da subjetividade que tal qualificação pode ensejar, e esvaziar, por completo, a arbitragem –, não impede seu conhecimento pelo Juízo arbitral, inexistindo, na lei de regência, qualquer temperamento nesse sentido” (STJ, 3ª T., REsp 1.550.260/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, voto do Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.03.2018, v.m.).

85. Não poderá o juiz decidir a questão de ofício, sem a provocação da parte. 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”.

86. “[...] trata-se de uma regra essencial do sistema arbitral de solução de controvérsias, pois, do contrário, estando aberta a via da jurisdição estatal para se questionar a competência do juízo arbitral, a arbitragem seria desinteressante para as partes, que acabariam tendo que litigar em dois juízos” (STJ, 3ª T., REsp 1.550.260/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 20.03.2018, v.m.).

87. “Não é lícito extrair, a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do texto legal, aniquiladora do próprio sistema da arbitragem, que a parte esteja já autorizada a arguir a nulidade da convenção de arbitragem perante o Poder Judiciário [...] antes da instituição da arbitragem! Essa conclusão, conforme reiteradamente afirmado, contraria não apenas o espírito da Lei 9.307/96, como a determinação expressa contida no artigo 8º, parágrafo único, da mesma norma” (STJ, 3ª T., REsp 1.302.900/

afirmou a ilegalidade de o juízo estatal declarar a nulidade de cláusula arbitral antes de instaurada a própria arbitragem⁸⁸.

Ademais, não cabe ao Poder Judiciário examinar, sequer superficialmente, impugnações à convenção de arbitragem⁸⁹; deve, sim, proceder com a imediata extinção do processo judicial, para que as partes prossigam – ou iniciem – a arbitragem⁹⁰. Quatro observações corroboram esse entendimento.

Primeiro, o STJ decidiu reiteradamente que a simples constatação de previsão de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do tribunal arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve dirimir, nos termos da Lei de Arbitragem, as questões acerca de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem⁹¹. O exercício de “constatar previsão de

MG, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 16.10.2012, v.u). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp 1.278.852/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 19.06.2013, v.u.

88. “Nesse compasso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já proclamou que a matéria relativa à validade da cláusula arbitral deve ser apreciada, primeiramente, pelo próprio árbitro, sendo ilegal a declaração de nulidade da convenção de arbitragem pela jurisdição estatal antes da instituição do processo arbitral” (STJ, 3ª T., REsp 1.602.696/PI, rel. Min. Moura Ribeiro, *DJ* 23.09.2016, v.u.). Vide também STJ, 4ª T., REsp 1.278.852/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 19.06.2013, v.u.; STJ, 3ª T., REsp 1.355.831/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 22.04.2013, v.u.

89. Não parece desejável, ou permissível, sob o direito brasileiro, defender um grau de revisão superficial da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário, ao permitir apresentação de petição inicial, contestação, réplica e tréplica à questão, com possibilidade de recurso, pois tal processo judicial poderia durar mais de um ano, e aniquilaria o propósito da arbitragem, qual seja, a rápida e eficiente resolução da disputa perante um tribunal privado e especializado.

90. “Nesse sentido, é cediço que a Lei 9.307/96 adota o princípio da competência-competência (originada do alemão Kompetenz-Kompetenz), em seu art. 8º, parágrafo único, o qual atribui ao árbitro ou tribunal arbitral – e somente a eles – a prerrogativa para decidir acerca de sua própria competência. Considerando a aplicação de tal princípio, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do Poder Judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após, realizar o adequado controle pela via judicial. [...] É a consolidação de uma política de respeito à vontade das partes, que optaram pela arbitragem na solução dos seus conflitos. Em outras palavras, é uma garantia de acesso à jurisdição arbitral” (STJ, 3ª T., REsp 1.614.070/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 29.06.2018, v.u.).

91. STJ, 3ª T., AgRg no AI em REsp 371.993/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, *DJ* 06.11.2014, v.m.; STJ, 4ª T., AI no REsp 1.239.319/SC, rel. Min. Raul Araújo, *DJ* 27.03.2017, v.u.; STJ, 3ª T., AgInt EDcl no Agravo em REsp 975.050/MG, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, *DJ* 24.10.2017, v.u. STJ, 3ª T., REsp 1.602.696-PI, rel. Min. Moura Ribeiro, *DJ* 23.09.2016, v.u.

convenção e arbitragem” não exige esforço cognitivo⁹² e não dá margem para exame algum.

Em segundo lugar, breves noções do direito comparado clarificam a intenção do legislador brasileiro de não dar espaço algum ao Poder Judiciário para saltar a ordem de exame da convenção de arbitragem.

Na França, o artigo 1.448 do Código de Processo Civil estabelece que o Poder Judiciário, excepcionalmente, não declinará da jurisdição sobre disputa sujeita à cláusula arbitral (i) se o tribunal arbitral não estiver constituído; e (ii) se a convenção de arbitragem for manifestamente nula. Esse dispositivo cria uma exceção ao princípio da competência-competência, caso o Poder Judiciário constate as duas condições concomitantes mediante uma análise perfunctória da convenção de arbitragem.

Na Inglaterra, a jurisprudência flexibiliza o princípio da competência-competência e o Poder Judiciário examina a validade de cláusula arbitral em situações complexas, antes ou depois da instituição de arbitragem⁹³.

Em Portugal, a lei de arbitragem estabelece que o juiz deve declinar da jurisdição, a menos que verifique que, “manifestamente”, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz, ou é inexecutável⁹⁴. A jurisprudência portuguesa interpreta o advérbio “manifestamente” como autorização ao exame superficial da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário, antes da análise pelo tribunal arbitral⁹⁵.

92. “Basta que algo tenha a aparência de convenção – ainda que convenção não seja, ao final – para que possa ser analisado por uma pessoa tida como árbitro pela lei” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 148).

93. BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. *Sulamérica CIA Nacional de Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A. and others* ([2012] EWCA Civ 63). Disponível em: [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html]. Acesso em: 30.05.2018).

94. Art. 5º, da Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Efeito negativo da convenção de arbitragem. 1 – O tribunal estadual no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável.

2 – No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e pode ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual.

95. PORTUGAL. STJ, 1. S., Recurso de Revista 1279/14.6TVLSB.S1, Juiz Conselheiro Garcia Calejo, j. em 02.06.2015.

Na Alemanha, a seção 1032(1) do Código de Processo Civil determina que, constatada uma convenção de arbitragem, o Poder Judiciário deve recusar a jurisdição, a menos que conclua que a convenção de arbitragem é nula e sem efeitos, inoperativa ou inexecutável. A seção 1032(2) do mesmo código estabelece que, antes da constituição do tribunal arbitral, é permitido propor ação judicial para examinar a admissibilidade de processo arbitral⁹⁶.

A Lei Modelo da UNCITRAL, ratificada por diversos países, também excepciona a renúncia de jurisdição pelo Poder Judiciário, caso este conclua que a convenção de arbitragem é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável⁹⁷.

Portanto, vê-se que as referidas jurisdições sancionaram leis de arbitragem que, em determinados momentos e sob certas circunstâncias, flexibilizam o princípio da competência-competência, ao permitir que o Poder Judiciário examine a convenção de arbitragem antes do tribunal arbitral.

No Brasil, a situação é diferente, porque a Lei de Arbitragem não prevê dispositivo algum que permita ou sugira o exame, em um primeiro momento, pelo Poder Judiciário; nem exame superficial, tampouco exame antes da instauração da arbitragem. A lei brasileira não abre exceções à prerrogativa do tribunal arbitral para decidir, com primazia temporal, sobre a sua própria jurisdição.

Por isso, não parece correto importar o entendimento da jurisprudência estrangeira sobre competência-competência para casos regidos pela lei

96. Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 (Bundesgesetzblatt (BGBL., Federal Law Gazette) I page 3202; 2006 I page 431; 2007 I page 1781), last amended by Article 1 of the Act dated 10 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3786). Section 1032. Arbitration agreement and proceedings brought before the courts. (1) Should proceedings be brought before a court regarding a matter that is subject to an arbitration agreement, the court is to dismiss the complaint as inadmissible provided the defendant has raised the corresponding objection prior to the hearing on the merits of the case commencing, unless the court determines the arbitration agreement to be null and void, invalid, or impossible to implement. (2) Until the arbitral tribunal has been formed, a petition may be filed with the courts to have it determine the admissibility or inadmissibility of arbitration proceedings. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html]. Acesso em: 14.06.2018).

97. Art. 8º, Lei Modelo da UNITRAL: Arbitration agreement and substantive claim before court (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.

brasileira que tramitam no Poder Judiciário nacional. Os modelos de competência-competência são individualizados de acordo com cada jurisdição, porque há diferenças significativas nas leis domésticas quanto à intensidade e à aplicação do efeito negativo. O Brasil, é possível afirmar, tem um modelo próprio de competência-competência.

Em terceiro lugar, é preciso atentar para a correta aplicação da CNI no Brasil. A CNI regula a execução de convenção de arbitragem internacional e a homologação de sentença arbitral estrangeira. Não se fala, portanto, em aplicação da CNI à convenção de arbitragem doméstica⁹⁸.

O artigo II(3) da CNI dispõe:

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.

Este artigo, se aplicado à convenção de arbitragem internacional regida pela lei brasileira, abriria brecha à imposição legal que garante a prioridade cronológica do tribunal arbitral. Em outras palavras, o artigo II(3) criaria uma exceção, inicialmente não prevista no direito brasileiro, em detrimento do poder do tribunal arbitral de decidir, sempre, antes de qualquer órgão julgador, sobre a sua jurisdição.

Contudo, é importante apreciar a regra de conflito de leis contida na própria CNI. O artigo VII(1) estabelece que, se os dispositivos da lei doméstica forem mais favoráveis à execução de convenção de arbitragem do que dispositivos da CNI, a última cede lugar aos respectivos dispositivos mais favoráveis da primeira⁹⁹.

Como os artigos 8º e 20 da LArb não permitem exame prévio da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário, e garantem a preferência cronológica absoluta do tribunal arbitral, os respectivos artigos descolam a aplicação do artigo II(3) da CNI – e regulam a execução de convenção de arbitragem internacional no Brasil.

98. Conforme discutido no tópico sobre convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional.

99. “Em outros termos, havendo lei interna mais favorável à eficácia da convenção de arbitragem, o art. II da Convenção de Nova Iorque cede lugar” (POTSCH, Bernard. Comentários ao julgado de 11 de outubro de 2017 do Conflito de Competência 139.519/RJ. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, 2018. p. 142. n. 57).

Portanto, o artigo II(3) da CNI não produz efeitos no Brasil, em situações nas quais a lei brasileira for mais favorável e contribuir positivamente para a execução da convenção de arbitragem, seja doméstica seja internacional¹⁰⁰. Esta interpretação é positiva, pois fortalece os poderes do tribunal arbitral e permite que a arbitragem flua, em um primeiro momento, sem a intervenção do Poder Judiciário. Afinal, a CNI foi metodicamente desenhada para facilitar, entre outras coisas, a execução de convenções de arbitragem internacionais.

Finalmente, a última observação que reforça a impossibilidade de análise prévia superficial pelo Judiciário brasileiro, da convenção de arbitragem, está na própria Lei de Arbitragem. De fato, o diploma oportuniza e prevê o momento específico para que o Poder Judiciário examine a convenção de arbitragem. O artigo 32(I) dispõe que a sentença arbitral será nula, se nula for a convenção de arbitragem. O artigo 33, por sua vez, indica que a parte interessada poderá pleitear ao Poder Judiciário a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos em lei¹⁰¹.

O STJ¹⁰² reconhece a coexistência entre competências do tribunal arbitral e do Poder Judiciário para decidir ataques à convenção de arbitragem. O STJ, contudo, interpreta corretamente os artigos 32(I) e 33 da LArb e conclui que esta competência não é concorrente, tampouco simultânea. As competências do tribunal arbitral e do Poder Judiciário são alternadas, cada qual atua em momentos processuais distintos. O Poder Judiciário só deve atuar após a prolação de sentença arbitral que decidiu sobre a jurisdição do tribunal arbitral. Ao alocar momentos específicos e predeterminados para atuações do tribunal arbitral e do Poder Judiciário, a Lei de Arbitragem, com a chancela do STJ¹⁰³, permite o transcurso harmonioso do processo arbitral.

100. É importante destacar que a CNI não produz efeitos somente quando a lei brasileira for mais favorável e contribuir positivamente para a validade e a eficácia da convenção de arbitragem internacional, ou sentença arbitral estrangeira. Caso a CNI seja mais favorável do que a lei doméstica, com relação à execução de convenção de arbitragem estrangeira, a primeira prevalece sobre a segunda. Esse é o caso de cláusula arbitral internacional contida em contrato de adesão. A CNI derruba os requisitos do artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.

101. Sobre a demanda de anulação da sentença arbitral, vide Cap. 12.

102. STJ, 4ª T., REsp 1.278.852/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 19.06.2013, v.u.

103. “Em consequência, todos os incidentes procedimentais da arbitragem devem ser resolvidos pelo próprio Tribunal Arbitral – e somente por ele – sendo a intervenção do Poder Judiciário indesejável e incabível, enquanto não prolatada definitivamente a sentença arbitral. [...] É, assim, prematura qualquer tentativa de movimentação do aparato judicial, antes que exista uma sentença arbitral. Mesmo quando possível se socorrer do Poder Judiciário, as partes dispõem de um estreito espectro de possibilidades para

É possível afirmar que o tribunal arbitral detém poderes exclusivos e ininterruptos para resolver questões jurisdicionais até a prolação de sentença arbitral. Depois da sentença arbitral, caso provocado, o Poder Judiciário assume os poderes de reexaminar eventuais vícios da convenção de arbitragem¹⁰⁴. Trata-se, assim, de um controle jurisdicional *a posteriori*, exercido no âmbito de ação de declaração de nulidade da sentença arbitral, ou impugnação ao cumprimento de sentença¹⁰⁵ – ambos fundamentados no artigo 32(I) da LArb.

É importante frisar que o artigo 20 da LArb impõe às partes do processo arbitral o dever de arguir impugnações jurisdicionais na primeira oportunidade de se manifestar na arbitragem. Da inobservância do elemento temporal contido nesse dispositivo resulta preclusão para levantar questões de anulabilidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (i) no subsequente curso do processo arbitral; ou (ii) perante o Poder Judiciário, depois de proferida a sentença arbitral decidindo sobre a jurisdição do tribunal arbitral¹⁰⁶. Esse entendimento é corroborado pela jurisprudência do STJ¹⁰⁷.

a impugnação de sentença arbitral, disposto no art. 32 da Lei de Arbitragem”. (STJ, 3ª T., REsp 1.614.070/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 29.06.2018, v.u.).

104. “Assim, não cabe ao Poder Judiciário brasileiro suspender a instituição, *initio litis*, de uma arbitragem. Isso não significa, por outro lado, que as contratantes estejam impedidas de levar a matéria relativa à validade da referida cláusula arbitral ao Judiciário pátrio, haja vista tratar-se de direito constitucionalmente garantido; bem como não as impede de requerer, futuramente, a nulidade desse processo arbitral. Todavia, essas discussões não se darão, originariamente, no âmbito do Poder Judiciário, que apenas detém competência para execução ou homologação da futura sentença arbitral, conforme a hipótese concreta” (STJ, 3ª T., REsp 1.355.831/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 22.04.2013).
105. A jurisprudência brasileira ainda não definiu sobre o grau de revisão aplicado pelo Poder Judiciário às sentenças arbitrais que decidem sobre a jurisdição do tribunal arbitral. Por exemplo, o Poder Judiciário deve conduzir um exame profundo e extenso admitindo todos os meios de provas? Ou deve o prestar deferência à decisão do tribunal arbitral e realizar um exame superficial?
106. Além disso, regulamentos de arbitragem das principais instituições arbitrais preveem dispositivo sobre a preclusão do direito de impugnar a jurisdição do tribunal arbitral. Por exemplo, regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI: “Artigo 40. Renúncia ao direito de fazer objeção. A parte que prosseguir com a arbitragem sem fazer objeção ao não cumprimento das disposições contidas no Regulamento, de quaisquer outras regras aplicáveis ao procedimento, das determinações do tribunal arbitral, ou de qualquer outra estipulação contida na convenção de arbitragem quanto à constituição do tribunal arbitral ou à condução do processo, será considerada como tendo renunciado a essas objeções”.
107. “Com efeito, após implantada a arbitragem, esse Juízo assume a exclusividade na apreciação da lide, inclusive quanto às questões relativas à sua competência,

Assim, a interpretação combinada e sistemática compreende os seguintes pontos: (i) a simples constatação de convenção de arbitragem obriga o juiz a extinguir o processo judicial; (ii) a lei brasileira intencionalmente divergiu da lei de arbitragem de outras jurisdições e não previu exceção à competência prioritária incondicionada do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria jurisdição; (iii) o artigo II(3) da CNI não produz efeitos legais no Brasil quando a lei brasileira for mais favorável à execução da convenção arbitral; e (iv) o Poder Judiciário só deve analisar impugnações à convenção de arbitragem depois de proferida sentença arbitral. Tais asserções nos permitem afirmar que o Brasil criou um modelo de competência-competência individualizado, com efeito negativo absoluto, que impede o Poder Judiciário de agir antes do tribunal arbitral¹⁰⁸.

A única exceção ao efeito negativo absoluto diz respeito às ações de execução específica de cláusulas arbitrais vazias (em branco), já que tais cláusulas simplesmente não permitem a imediata constituição do tribunal arbitral¹⁰⁹.

suspeição ou impedimento de seus árbitros, devendo a parte interessada argui-las no primeiro momento que tiver para se manifestar, sob pena de operar-se a preclusão, impossibilitando que, finda a arbitragem, seja intentada demanda judicial visando à sua anulação” (STJ, 4ª T., REsp 1.082.498/MT, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 04.12.2012, v.u.). Ver também: “Se as partes, portanto, não alegaram prejuízo, sequer vício de consentimento na assinatura de compromisso, não se deve declarar nulidade dos atos praticados” (STJ, 4ª T., AI no REsp 1.311.367/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 24.06.2014, v.u.).

108. A jurisprudência do STJ prioriza, sem dúvida, o efeito negativo absoluto da convenção de arbitragem, apesar de parte da doutrina brasileira defender que o Poder Judiciário poderia revisar questões atinentes à validade da convenção de arbitragem, superficialmente, antes do tribunal arbitral, em certas ocasiões. Na doutrina: “O efeito negativo. Por um lado, quando o réu argui em processo judiciário a existência de convenção arbitral, não é dado ao juiz estatal aprofundar a investigação relativa à validade desse pacto. Cabe-lhe tão somente “examinar prima facie o âmbito objetivo e subjetivo” da convenção de arbitragem, “declinando a sua competência se tal convenção não for ‘manifestamente’ nula ou manifestamente inaplicável”. Como visto, em outros ordenamentos há previsão expressa da limitação do controle aos casos de defeito manifesto. Mas é essa a orientação também assente no direito brasileiro. De resto, é assim também que se tem interpretado o art. II, 3º, da Convenção de Nova York, de que o Brasil é signatário (vide TALAMINI, Eduardo. *Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela administração pública. Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 50).

109. “Em verdade – excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (‘em branco’) – o que se nota é uma alternância da competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a

Nessas situações, por óbvio, é necessária a provocação do Poder Judiciário, com base nos artigos 6º e 7º da LArb, a fim de auxiliar na instauração da arbitragem¹¹⁰. Sendo o papel do Poder Judiciário o de facilitar e garantir a constituição do tribunal arbitral¹¹¹, para que este então decida sob sua própria jurisdição¹¹²⁻¹¹³.

O modelo de competência-competência brasileiro é desenhado de acordo com a legislação pátria e as necessidades econômico-sociais do país, é um verdadeiro voto de confiança à arbitragem, o qual prestigia a segurança jurídica¹¹⁴ e confirma a maturidade e a visão comercial do STJ para favorecer mecanismos privados de resolução de disputas¹¹⁵.

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” (STJ, 4ª T., REsp 1.278.852/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 19.06.2013, v.u.).

110. Nesse sentido, vide julgado em que o STJ não extinguiu imediatamente o processo judicial porque se tratava de cláusula arbitral vazia: STJ, 4ª T., REsp 1.082.498/MT, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 04.12.2012, v.m.
111. “O convívio harmônico dos juízos arbitrais com os órgãos do judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. Na escalada de apoio do judiciário à arbitragem, ressaí como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de arbitragem quedaria inócua”. STJ, 4ª T., REsp 1.331.100/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 22.02.2016, v.m.
112. Cláusulas arbitrais cheias seguem a regra do efeito negativo absoluto da competência-competência e não passam pelo Poder Judiciário antes da instauração da arbitragem.
113. “Diz-se ‘cheia’, a cláusula compromissória que contém a indicação do regulamento arbitral escolhido pelas partes (art. 5º, caput, primeira parte), ou a previsão do procedimento de nomeação dos árbitros (art. 5º, caput, segunda parte, c/c art. 19, caput). Nesse caso, a instituição da arbitragem é imediata, inexistindo margem de atuação do Poder Judiciário para esse fim”. (STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m.).
114. “A partir dessa premissa, o Juízo arbitral, se revela o competente para analisar sua própria competência para a solução da controvérsia. Negar aplicação à convenção de arbitragem significa, em última análise, violar o princípio da autonomia da vontade das partes e a presunção de idoneidade da própria arbitragem, gerando insegurança jurídica” (STJ, 3ª T. REsp 1.550.260/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 20.03.2018, v.m.).
115. “Referido dispositivo [artigo 20 da LArb] está inserido no Capítulo IV, que trata do processo arbitral a indicar, que a arguição das questões ali referidas e, bem assim, o processamento dessas arguições, deve ocorrer no curso do processo arbitral, perante o próprio árbitro. Mais do que uma simples coincidência, essa orientação reflete, de forma cristalina, a opção do legislador em estabelecer, a partir da Lei 9.307/96, um arcabouço normativo que permita à Arbitragem afirmar-se e desenvolver-se como modelo viável e eficaz de resolução de conflitos, tanto quanto possível autônomo

Não basta assegurar o reconhecimento de convenção de arbitragem, é imperativo garantir rapidez e eficiência, desencorajando a cultura da litigiosidade no Brasil e reduzindo a dependência do Estado. Discutir questões relacionadas à convenção de arbitragem no Poder Judiciário brasileiro, mesmo em grau superficial, arrastaria o início do processo arbitral por período demasiadamente prolongado, o que criaria uma ferramenta inoportuna e indevida, a ser utilizada pela parte que tenta escapar a rápida e eficiente resolução do litígio.

3.2.2. *Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a validade do contrato que contém cláusula arbitral*

O artigo 8º, parágrafo único, da LArb também concede ao tribunal arbitral poder para decidir questões acerca da existência, validade e eficácia do contrato que contém a cláusula arbitral. O artigo 485, VII, do CPC, aqui, ganha relevância, porque impõe ao juiz o dever de não resolver o mérito de disputas sujeitas à arbitragem¹¹⁶.

Aqui, a ordem dos fatores é importante ao produto. Primeiro, o tribunal arbitral deve decidir sobre a sua própria jurisdição. Havendo jurisdição, o tribunal arbitral então decidirá sobre os ataques ao contrato que contém a cláusula arbitral. A sentença de jurisdição do tribunal arbitral poderá ser desafiada em ação de declaração de nulidade da sentença arbitral, ou impugnação ao cumprimento de sentença. Mantida a decisão de jurisdição do tribunal arbitral, não há espaço, fora do processo arbitral, para revisão de questão alguma relacionada ao contrato.

Essa posição é reforçada pelo efeito negativo absoluto do princípio da competência-competência¹¹⁷. Ao não permitir que o Poder Judiciário examine a cláusula arbitral antes do tribunal arbitral, não há risco de o juiz interpretar e decidir questões relacionadas ao contrato que contém o pacto para arbitrar.

É importante identificar as distinções entre (i) as oposições ao contrato e (ii) as impugnações jurisdicionais. A interpretação do contrato é uma questão

em relação ao Poder Judiciário” (STJ, 3ª T., REsp 1.302.900/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 16.10.2012, v.u.).

116. Art. 485, CPC: 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.

117. O efeito negativo da convenção de arbitragem, por vez, impõe ao Poder Judiciário o dever de não decidir o mérito de disputas que recaem sobre o escopo da convenção de arbitragem – e é essencial ao tópico aqui discutido.

de mérito, a qual recai sobre a exclusiva jurisdição do tribunal arbitral, e não se admite a revisão dessa decisão pelo Poder Judiciário – salvo se a cláusula arbitral for declarada nula.

Não há coexistência de competência e jurisdição; também não há alternância de poderes entre o tribunal arbitral e o Poder Judiciário. O artigo 32 da LArb, que apresenta um rol taxativo de hipóteses de nulidade da sentença arbitral, não permite a rediscussão sobre a interpretação ou validade do contrato em ação de declaração de nulidade da sentença arbitral. Se a jurisdição arbitral for regular, a decisão do tribunal arbitral sobre a validade do contrato é final, não sendo passível de revisão pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto, há espaço para harmonização na jurisprudência do STJ. Há situações em que a validade da cláusula arbitral depende da interpretação e da qualificação jurídicas dadas ao contrato que contém a respectiva cláusula. Tais situações exigem interpretação conjunta, simultânea e indissociável do contrato e da cláusula arbitral. Esse exercício recai sobre a jurisdição exclusiva do tribunal arbitral.

Em exemplo de decisão que parece equivocada¹¹⁸, o STJ decidiu, ou melhor, presumiu que a natureza do contrato de franquia é, invariavelmente, de adesão. A partir dessa presunção, a Corte concluiu que a cláusula arbitral seria patológica, por não preencher os requisitos de forma previstos no artigo 4º, § 2º, da LArb. O julgado então definiu a cláusula arbitral patológica como cláusula claramente ilegal e declarou a respectiva nulidade. Esse julgado feriu duplamente a Lei de Arbitragem. Primeiro, o artigo 8º dessa lei garante ao tribunal arbitral jurisdição exclusiva para interpretar o contrato, definir a sua qualificação jurídica, para então concluir se requisitos adicionais de forma ou consentimento se aplicam à cláusula arbitral. Segundo, o artigo 20 da LArb estabelece que impugnações à cláusula arbitral devem ser obrigatoriamente arguidas, em um primeiro momento, perante o tribunal arbitral.

Por outro lado, em outro julgado, o STJ¹¹⁹ assegurou ao tribunal arbitral o poder para interpretar e decidir sobre a qualificação jurídica do contrato que contém cláusula arbitral. Nesse caso, o TJPI concluiu que a relação contratual entre as partes era de consumo e, por isso, a cláusula arbitral seria inválida por não preencher a exigência do artigo 4º, § 2º, da LArb. O STJ enfatizou que não se pode fazer vista grossa para a norma contida no artigo 8º da mesma lei e, corretamente, concluiu que a declaração de invalidade da cláusula arbitral pelo tribunal *a quo* foi prematura. O STJ então reformou o acórdão recorrido

118. STJ, 3ª T., REsp 1.602.076/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 30.09.2016, v.u.

119. STJ, 3ª T., REsp 1.602.696/PI, rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 23.09.2016, v.u.

e extinguiu o processo sem resolução do mérito, em razão da simples constatação de cláusula arbitral.

Ainda em outro caso, uma parte obteve declaração judicial de nulidade de cláusula arbitral contida em suposto contrato de adesão, sob a alegação de falta de anuência expressa na respectiva cláusula. O STJ¹²⁰ divergiu da instância inferior e fundamentou que a prioridade da competência arbitral não pode ser afastada pela presunção de que não houve concordância expressa de uma das partes, pelo simples fato de o contrato ser de adesão, em especial quando observada a isonomia dos contratantes. O STJ reconheceu que, ao declarar a nulidade da cláusula arbitral, ainda que aposta em contrato de adesão, o juiz violou os artigos 8º e 20 da LArb. Esse julgado é valioso porque veda a análise das circunstâncias que envolveram a negociação e a celebração do contrato pelo Poder Judiciário, já que se trata de questão de mérito que recai sobre a exclusiva jurisdição do tribunal arbitral, ainda que tal interpretação do contrato subjacente seja necessária à qualificação da cláusula arbitral nele contida. Esse também é o entendimento do STJ em ação de execução de sentença arbitral estrangeira contestada¹²¹.

Caso contrário, bastaria alegar que o contrato é de adesão, ou relação contratual de consumo, temas de mérito da arbitragem, para esvaziar o princípio da competência-competência e permitir que o Poder Judiciário invada o mérito da disputa ao interpretar e discorrer sobre a qualificação jurídica do contrato, com automático desrespeito à ordem cronológica para decidir questões jurisdicionais¹²².

120. STJ, 3ª T., AgInt EDcl no Agravo em REsp 975.050/MG, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJ 24.10.2017, v.u. No mesmo sentido: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AC 1016516-79.2017.8.26.0100, rel. Des. Augusto Rezende DJ 31.01.2018.

121. “Na hipótese, para a eventual análise da alegação de que o contrato objeto da arbitragem é ‘de adesão’, seria necessário o exame do mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença estrangeira homologanda, o que se mostra inviável na presente via” (STJ, C.E., SEC 507/EX, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.11.2006, v.u.).

122. Dessa forma, a interpretação de contrato que contém cláusula arbitral e decisão acerca da qualificação jurídica desse contrato são exercícios diretamente ligados ao mérito da disputa, reservados à jurisdição do tribunal arbitral. O Poder Judiciário só pode interpretar um contrato que contém cláusula arbitral, e decidir questões a ele relacionadas, em duas situações. Primeira, o tribunal arbitral decide que não tem jurisdição e remete as partes ao Poder Judiciário. Segunda, o tribunal arbitral decide que tem jurisdição, mas, em momento posterior, o Poder Judiciário revisa e anula a sentença de jurisdição do tribunal arbitral.

4. Cláusula arbitral

Da análise da Lei de Arbitragem, é possível extrair cinco atributos direta ou indiretamente relacionados à cláusula arbitral: (i) resolução de disputas futuras; (ii) disputas originadas de relação jurídica definida; (iii) matéria passível de submissão à arbitragem; (iv) acordo na forma escrita; e (v) a cláusula arbitral deve ser válida, de acordo com o direito contratual brasileiro.

Alguns atributos evocam esforço cognitivo, outros não. Os atributos são discutidos aqui, individualmente.

4.1. Resolução de disputas futuras

Este atributo está contido no artigo 4º da LArb¹²³, sendo autoexplicativo. Ao celebrar um contrato, os contratantes acordam que, na eventualidade de surgirem disputas relacionadas à respectiva relação contratual, estas disputas devem ser submetidas à jurisdição do tribunal arbitral.

4.2. Disputas originadas de relação jurídica definida

Da interpretação do artigo 4º da LArb, resulta claro que as partes não podem acordar que toda disputa futura, de qualquer natureza, advinda de qualquer relação jurídica, será resolvida em sede de arbitragem.

A lei brasileira exige um grau mínimo de certeza, impondo como requisito que a cláusula arbitral indique uma relação jurídica definida. Uma vez definida a relação jurídica, as partes têm ampla autonomia para delinear o escopo da jurisdição do tribunal arbitral. As disputas submetidas ao tribunal arbitral podem ter natureza contratual ou extracontratual¹²⁴⁻¹²⁵.

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

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

124. As disputas extracontratuais que podem ser submetidas à arbitragem são aquelas relacionadas à relação jurídica entre as partes. Por exemplo, em um contrato de construção de usina de gás, um funcionário da empreiteira contratada colide um caminhão contra um tanque de gás localizado no pátio da obra, gerando uma explosão que, por vez, causa prejuízos patrimoniais ao dono do projeto, além de atrasar o progresso da obra. O dono do projeto poderá pleitear indenização contra a empreiteira contratada na via arbitral.

125. “Como regra geral, o direito brasileiro não limita às relações contratuais as matérias que podem ser submetidas à arbitragem. Nada impede que as partes decidam submeter

A experiência mostra que as partes devem se atentar para a redação da cláusula arbitral, a fim de conceder jurisdição ampla ao tribunal arbitral, para resolver qualquer disputa relacionada a uma relação jurídica. Seria indesejável resolver parte das disputas de uma relação jurídica em arbitragem e parte no Poder Judiciário porque, além do custo elevado e da duplicidade de trabalho, há risco de decisões conflitantes.

Além disso, as cláusulas arbitrais que bifurcam as disputas de um contrato entre jurisdição arbitral e jurisdição estatal podem ser difíceis de interpretar. O STJ¹²⁶ analisou um caso em que (i) o acordo de acionistas continha cláusula arbitral vazia; (ii) a respectiva cláusula previa que conflitos futuros relacionados ao acordo de acionistas seriam resolvidos por mediação ou arbitragem; e (iii) o acordo de acionista também previa que alguns litígios específicos seriam resolvidos pelo Poder Judiciário, e não por arbitragem. Ao final, a Corte decidiu em favor da ação de execução específica de cláusula arbitral vazia. A briga judicial, que consumiu recursos substanciais, porém, seria evitada se a cláusula arbitral tivesse uma redação clara, e tivesse optado por jurisdição única para resolver as disputas, seja a arbitral, seja a estatal¹²⁷.

Em decorrência do princípio da autonomia da cláusula arbitral previsto no artigo 8º da LArb, o término de um contrato que contém cláusula arbitral não implica extinção desta cláusula. Disputas relacionadas ao contrato podem surgir mesmo depois do seu término ou cumprimento; ou a forma como o contrato foi terminado pode ser uma fonte de disputas. De qualquer sorte, essas disputas ficam sujeitas à jurisdição do tribunal arbitral, a não ser que as partes concordem em sentido contrário.

à arbitragem os litígios decorrentes de contrato por elas celebrado, bem como todos aqueles a ele relacionados. Isso evita não apenas as despesas de processos múltiplos, mas também a possibilidade de decisões contraditórias. Com efeito, apesar de a submissão de questões extracontratuais ao juízo arbitral não estar expressamente prevista na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), essa não é incomum no Brasil, sendo amplamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência” (TIBURCIO, Carmen. A competência do tribunal arbitral para solução de litígios extracontratuais. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, 2016. p. 95. v. 50).

126. STJ, 4ª T., REsp 1.331.100/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 22.02.2016, v.m.

127. É válida a ressalva de que a lei brasileira não exige que a arbitragem seja a única via acordada pelas partes para a resolução de disputas relacionadas a um contrato. Trata-se, entretanto, de uma questão de praticidade e redução de custas, ao acordar em uma única via, seja arbitral, seja judicial, para resolução de disputas.

4.3. *Matéria passível de submissão à arbitragem*

O artigo 1º da LArb¹²⁸ dispõe sobre arbitrabilidade objetiva. Ou seja, especifica as matérias que podem ser resolvidas em arbitragem, ao permitir que as partes submetam direitos patrimoniais disponíveis à jurisdição dos árbitros.

O STJ¹²⁹, por vez, deu interpretação prática e correta ao conceito jurídico de “direitos patrimoniais disponíveis”, ao concluir que tudo que não seja direito indisponível, relacionado a uma relação jurídica entre partes privadas, pode ser submetido à jurisdição arbitral. Em outro julgado acertado, o STJ¹³⁰ discorreu que todas as matérias que as partes possam livremente transacionar poderão ser resolvidas por arbitragem.

O escopo de “direitos patrimoniais disponíveis”, por sinal, deve ser ajustado pela jurisprudência, não sendo uma definição imutável, congelada no tempo. Essa definição ganha particular importância com o aumento da participação da administração pública direta e indireta em arbitragens. Nesse sentido, merece aplausos a decisão do STJ que defendeu a convivência harmônica entre o direito patrimonial disponível da administração pública e o interesse público¹³¹⁻¹³².

É certo que existem matérias que não são passíveis de submissão à jurisdição arbitral, como a decretação de falência de uma companhia¹³³. Todavia, existe uma tendência mundial para reduzir o escopo de matérias reservadas ao

128. Art. 1º da LArb: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

129. “3.3 É preciso atentar que, com exceção de questões relacionadas a direitos indisponíveis, qualquer matéria – naturalmente, afeta à relação contratual estabelecida entre as partes –, pode ser submetida à análise do Tribunal arbitral, que a decidirá em substituição às partes, com o atributo de definitividade. O pedido de desconsideração da personalidade jurídica não refoge a essa regra, a pretexto de atingir terceiros não signatários do compromisso arbitral” (STJ, 3ª T., REsp 1.698.730/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 21.05.2018, v.m.).

130. STJ, 4ª T., REsp 1.331.100/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 22.02.2016, v.m.

131. STJ, 1ª S., CC 139.519/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10.11.2017, v.m.

132. Sobre o tema da arbitragem com o Poder Público, vide Cap. 16.

133. “[...] a falência, instituto que ostenta natureza de execução coletiva, não pode ser decretada por sentença arbitral. Logo, o direito do credor somente pode ser exercitado mediante provocação da jurisdição estatal. 4- Admite-se a convivência harmônica das duas jurisdições – arbitral e estatal –, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta. Precedente” (STJ, 3ª T., REsp 1.277.725/AM, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 18.03.2013, v.u.).

domínio exclusivo do Poder Judiciário¹³⁴, a fim de prestigiar os mecanismos privados de resolução de disputas.

4.4. Acordo na forma escrita

O artigo 4º, § 1º, da LArb prevê que a cláusula arbitral deve ser estipulada por escrito. Tal entendimento é ratificado pela jurisprudência¹³⁵ e pela doutrina¹³⁶. Assim, embora os contratos, em regra geral, não precisem seguir a forma escrita no direito brasileiro, tal requisito é imposto à cláusula arbitral, que tem o efeito incisivo de derrogar a jurisdição estatal.

É importante ressaltar que forma escrita não significa, obrigatoriamente, forma física. Qualquer meio de comunicação que possa ser impresso preenche o requisito de forma escrita (incluindo captura de tela, *screenshot*). Por exemplo, e-mails, fax, cartas, SMS ou mensagens de texto em aplicativos de telefone celular observam esse requisito da Lei de Arbitragem. Afinal, o direito precisa andar de mãos dadas com o comércio e a indústria, e apreciar a maneira como os negócios são efetuados em uma economia digital e globalizada. Negar tal entendimento seria afastar a jurisprudência da realidade comercial em que vivemos e frear o desenvolvimento econômico.

Ademais, a assinatura do contrato que contém cláusula arbitral ou assinatura da própria cláusula arbitral não é requisito previsto na Lei de Arbitragem para validade, eficácia e alcance da cláusula arbitral; e não guarda relação alguma com o requisito de forma escrita. A propósito, não se deve confundir

134. Por exemplo, em Portugal, o Decreto-Lei 10/2011, de 20 de janeiro, disciplina a arbitragem como meio alternativo de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária. No mesmo sentido, nos EUA, a Suprema Corte estabeleceu precedente no sentido de que matérias de direito concorrencial e antitruste são arbitráveis. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

135. “1. Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado” (STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.u.).

136. “O Art. 4º [da Lei de Arbitragem] acima transcrito, dispõe unicamente que a cláusula compromissória deve ser convencionada por escrito, sem estipular qualquer regra particular em relação à forma da qual deve revestir-se o consenso” (WALD, Arnoldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional - A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102).

o requisito de forma escrita da cláusula arbitral com consentimento para arbitrar¹³⁷.

Apesar disso, o STJ já negou homologação de SEC por falta de assinatura no contrato que previa cláusula arbitral (por exemplo: SEC 967/EX¹³⁸, SEC 978/EX¹³⁹ e SEC 11.593/EX¹⁴⁰). As respectivas decisões são equivocadas em dois aspectos. Primeiro, não se apurou a lei aplicável à cláusula arbitral, para então verificar se a respectiva cláusula preenchia os requisitos de forma e consentimento estabelecidos. Ao contrário, os julgados partiram da premissa de que a lei brasileira era a lei aplicável à cláusula arbitral. Segundo, mesmo que a lei brasileira fosse a lei aplicável (ponto que não se admite), não se pode sustentar que o direito brasileiro exige assinatura do contrato que contém

137. O consentimento traduz a intenção de uma parte de selecionar a arbitragem como mecanismo para a resolução de disputas (futuras ou presentes) originadas de uma relação jurídica (contratual ou extracontratual).
138. “2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral. 3. A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio inculcado em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem. 4. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia. 5. Pedido de homologação a que se nega deferimento” (STJ, C.E., SEC 967/EX, rel. Min. José Delgado, DJ 20.03.2006, v.u.).
139. “2. A falta de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da requerida exclui a pretensão homologatória, enquanto ofende o artigo 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública brasileira. 3. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido” (STJ, C.E., SEC 978/EX, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2009, v.u.).
140. “2. Contrato de frete entre portos brasileiros, negociado e executado no Brasil, não assinado pela parte requerida. Não observância da forma escrita para a cláusula compromissória, exigida pela lei brasileira (art. 4º, § 1º, da Lei 9.307/96), aplicável em primeiro lugar para a verificação da validade da cláusula de lei e foro (art. 9º, § 1º, da LINDB). 3. Não há nos autos, ademais, elementos que comprovem a aceitação do juízo arbitral por parte da requerida. 4. Não demonstrada a competência do juízo arbitral que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação, nos termos do art. 15, ‘a’, da LINDB. 5. Homologação indeferida” (STJ, C.E., SEC 11.593/EX, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 18.12.2015, v.u.).

cláusula arbitral, ou assinatura da cláusula arbitral¹⁴¹. Em outros termos, o direito brasileiro não exige consentimento expresso (escrito) para arbitrar¹⁴².

Oportunamente, a jurisprudência brasileira evoluiu. As respectivas SECs não representam a melhor interpretação do direito brasileiro e não estão alinhadas com decisão mais recente do STJ¹⁴³. Para fins de segurança jurídica no Brasil, seria útil, em decisões futuras, o STJ mencionar expressamente que as decisões proferidas nas respectivas SECs estão ultrapassadas e não servem como parâmetro para novos casos submetidos a julgamento.

Sem prejuízo do acima estabelecido, o consentimento para arbitrar sempre será necessário – salvo poucas flexibilizações¹⁴⁴. O consentimento inequívoco

141. A situação é diferente quando a cláusula arbitral está contida em contratos de adesão, uma vez que a regra específica contida no artigo 4º, § 2º, da LArb prevê requisitos adicionais – e, com isso, exige a assinatura do aderente na própria cláusula arbitral, para fins de apurar o seu consentimento específico para arbitrar. Vide a seguir tópico sobre requisitos adicionais de forma ou consentimento para determinadas cláusulas arbitrais.

142. Em claro exemplo de entendimento equivocado, o STJ concluiu: “E tal manifestação [consentimento para arbitrar] pode se dar em instrumento apartado ou no próprio contrato, desde que haja anuência expressa e específica em relação à cláusula compromissória, não se admitindo, pois, anuência tácita ou implícita, por se trata de exceção à regra da jurisdição estatal” (C.E., SEC 826/EX, rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 14.10.2010, v.u.). O motivo para indeferir o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira foi outro, mas a manifestação citada é um claro exemplo da confusão entre requisito de forma escrita da cláusula arbitral e manifestação de consentimento.

143. STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.5.2016, v.m.

144. No Brasil, há situações em que o consentimento para arbitrar é relegado. O artigo 3-A da Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou o artigo 136-A da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social obriga todos os acionistas. O acionista que não consentir à arbitragem como mecanismo de resolução de disputas terá o direito de retirada. Contudo, tal direito de retirada não se aplica, e o acionista resta vinculado à cláusula compromissória, independentemente do seu consentimento, nas seguintes situações: I – caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II – caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta, cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 dessa Lei. Sobre a arbitragem no direito societário, vide Cap. 14.

não deixa dúvida quanto ao ato de vontade. Mas não se pode confundir consentimento inequívoco com o consentimento expresso e, como explicado a seguir, não se pode sustentar que o direito brasileiro exige o consentimento expresso (escrito) para arbitrar¹⁴⁵. Como já confirmado pelo STJ:

De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem¹⁴⁶⁻¹⁴⁷.

No direito brasileiro, o consentimento inequívoco para arbitrar pode materializar-se nas formas: (i) expressa; (ii) tácita (implícita ou por conduta)¹⁴⁸;

145. O STJ já decidiu em dois casos que, mesmo inexistindo consentimento expresso, não signatário do contrato que continha cláusula arbitral restou vinculado à arbitragem. Vide STJ, C.E., SEC 831/FR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 19.11.2007, v.u. STJ, C.E., SEC 894/UY, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 9.10.2008, v.u.

146. STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m.

147. “3. O substrato da arbitragem está na autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, renunciaram à jurisdição estatal, elegendo um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente. Esse consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se não apenas de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando possível, para esse propósito, a demonstração, por diversos meios de prova, da participação e adesão da parte ao processo arbitral, especificamente na relação contratual que o originou. 3.1 O consentimento tácito ao estabelecimento da arbitragem há de ser reconhecido, ainda, nas hipóteses em que um terceiro, utilizando-se de seu poder de controle para a realização de contrato, no qual há a estipulação de compromisso arbitral, e, em abuso da personalidade da pessoa jurídica interposta, determina tal ajuste, sem dele figurar formalmente, com o manifesto propósito de prejudicar o outro contratante, evidenciado, por exemplo, por atos de dissipação patrimonial em favor daquele” (STJ, 3ª T., Resp 1.698.730/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 21.05.2018, v.m.).

148. “O consentimento tácito é inferido da conduta do não signatário, um ato de vontade, ainda que implicitamente. Em certas situações, é possível deduzir que o não signatário do contrato manifestou implicitamente sua aceitação à jurisdição arbitral. Para aferir o consentimento tácito, o julgador precisa conduzir uma análise detalhada das circunstâncias que envolvem a relação contratual, desde a negociação, a celebração, a execução e até o término do contrato que prevê a arbitragem. A participação

ou (iii) presumida¹⁴⁹. Afinal, o direito brasileiro assegura, como regra, a forma livre de declaração de vontade, só se exigindo forma especial quando assim exigir a Lei¹⁵⁰. O silêncio pode ser interpretado como anuência tácita, quando circunstâncias e usos e costumes autorizarem¹⁵¹.

Portanto, inexistindo assinatura do contrato que contém cláusula arbitral, não pode o julgador saltar para a presunção de nulidade da cláusula arbitral. O órgão julgador deve, na verdade, investigar cuidadosamente a conduta das partes, os atos de vontade, mesmo que implícitos. Por exemplo, as partes executaram obrigações ou beneficiaram-se de direitos previstos no contrato não assinado? As partes enviaram ou receberam mercadorias conforme termos previstos no contrato? Uma parte efetuou pagamentos em favor da outra? Caso a resposta seja positiva, fica difícil negar que as partes consentiram tacitamente ao contrato não assinado.

significativa e direta do não signatário em uma destas etapas do contrato, por exemplo, pode evidenciar a manifestação de vontade, mesmo que implicitamente, de se tornar parte do contrato” (SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Arbitragem, direito securitário e consentimento no direito brasileiro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 822. Cf. no mesmo sentido: “Todos esses precedentes têm em comum o entendimento de que haverá aceitação (tácita) da cláusula compromissória quando, por meio de condutas do agente, incompatíveis com a decisão contrária, poder-se-á concluir pela concordância da parte com o estabelecimento da convenção de arbitragem. O intérprete faz, pois, uma inferência da vontade das partes a partir dos chamados ‘atos concludentes’ (i.e, condutas a partir das quais se pode fazer ilação sobre determinada vontade), para concluir que as partes quiseram submeter seus litígios à arbitragem” (DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. *Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais, seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 78).

149. “O consentimento presumido também se infere da conduta do agente, mas tal conduta é prevista em lei. A nova lei de arbitragem, a propósito, alterou a lei de sociedade por ações para garantir direito de retirada ao acionista contrário à inclusão de cláusula compromissória no estatuto social. Contudo, caso este acionista não exerça o direito de retirada dentro do prazo legal, a lei presume que aceitou a obrigação de arbitrar disputas relacionadas àquele estatuto social. Ou seja, a inércia do acionista é um exemplo de consentimento presumido para arbitrar” (SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Arbitragem, direito securitário e consentimento no direito brasileiro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem, Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 822).

150. Art. 107 do Código Civil.

151. Art. 111 do Código Civil.

Assim como a assinatura do contrato que contém cláusula arbitral presume a aceitação da cláusula arbitral, é possível afirmar que o consentimento tácito do contrato também induz o consentimento tácito da respectiva cláusula arbitral¹⁵². Isso é não apenas uma consequência lógica, mas também jurídica, e isso por dois motivos.

Primeiro, não cabe às partes alegar desconhecimento da cláusula arbitral contida no contrato não assinado. Se uma parte aceitou cumprir o contrato, passou a manifestar tacitamente a sua vontade e, como consequência lógica, também aceitou a sua cláusula arbitral. Não poderá a parte, após começar a cumprir aquela relação jurídica, alegar que desconhecia a existência de uma cláusula arbitral, assim como não poderia alegar o desconhecimento de quaisquer outras cláusulas. Se decidiu cumprir o contrato sem revisar seus termos, assumiu um risco, e precisa enfrentar as consequências. Caso contrário, essa parte poderia negar os demais termos contratuais desfavoráveis aos seus interesses (como cláusulas de limitação de responsabilidade da parte contrária), sob a alegação de desconhecimento dos respectivos termos indesejáveis¹⁵³.

Segundo, se uma parte recebeu benefícios financeiros ou materiais de um contrato não assinado, ou submeteu qualquer requerimento com base nesse contrato, não pode negar a validade da cláusula arbitral nele contida. Não pode essa parte aproveitar o conveniente e rejeitar o inconveniente, em respeito à proibição de comportamento contraditório no direito brasileiro (*venire contra*

152. “A ausência de tal formalidade coaduna-se, ainda, com as regras de direito civil vigentes no nosso ordenamento jurídico, referentes à manifestação do consenso nos contratos em geral, e que são inteiramente aplicáveis à cláusula compromissória, não constituindo a assinatura a única forma admitida para caracterização do consentimento expresso” (WALD, Arnoldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro. Arbitragem comercial internacional – A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103).

153. “É dizer, não parece lógico acolher a pretensão inicial com base no inadimplemento do contrato, e deixar de considerar a cláusula compromissória prevista no respectivo aditivo, especialmente porque o único fundamento invocado pela apelada para tanto é a ausência de assinatura no contrato. Ou bem se aplica o contrato na sua integralidade ou então se deixa de observá-lo por completo, sendo inviável a cisão pretendida nos autos, com incidência somente das cláusulas mais favoráveis aos interesses da franqueadora” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AC 4022778-88.2013.8.26.0405, rel. Des. Teixeira Leite, DJ 26.05.2015, v.u.).

factum proprium). Em outros termos, ou se aplica o contrato como um todo, ou então se afasta ele por completo¹⁵⁴.

Em resumo, a cláusula arbitral regida pela lei brasileira deve ser escrita. Esse é o único requisito de forma, e deve ser interpretado de maneira ampla, a fim de refletir a realidade comercial. A assinatura do contrato que contém cláusula arbitral não é requisito para validade da respectiva cláusula. O direito brasileiro aceita e reconhece que a manifestação de vontade para arbitrar pode se dar de várias formas, tal como consentimento tácito à cláusula arbitral.

4.4.1. Acordo na forma escrita sob a ótica da Convenção de Nova Iorque

O artigo II(2) da CNI afirma que o contrato que contém cláusula arbitral deve ser assinado¹⁵⁵⁻¹⁵⁶. A princípio, a CNI se aplica a cláusulas arbitrais internacionais (convenção de arbitragem internacional), e em nada muda a posição apresentada no item 2.1. anterior, com relação à cláusula arbitral doméstica.

Uma vez que, como vimos, a assinatura do contrato que contém cláusula arbitral não é um requisito legal previsto na lei brasileira, as seguintes perguntas vêm à tona: no direito brasileiro, a validade de cláusulas arbitrais domésticas e de cláusulas arbitrais internacionais deve ser aferida de acordo com diferentes padrões legais? A CNI introduz no direito brasileiro requisito adicional quanto à forma do consentimento para arbitrar, com relação a cláusulas arbitrais internacionais?

154. “[...] as apelantes não podem tentar alegar a ausência de intenção na participação e submissão ao juízo arbitral, sob pena de inegável ofensa ao princípio *do venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação de comportamento contraditório, pois, como dito, tendo firmado termo aditivo ao contrato que previu arbitragem, não se mostra razoável, posteriormente, pretenderem afastar-se da extensão dos efeitos decorrentes da sentença arbitral” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AC 0214068-16.2010.8.26.0100, rel. Des. Roberto Mac Cracken, DJ 16.10.2012).

155. Art. II (2): Entender-se-á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

156. De qualquer sorte, há uma tendência em jurisdições desenvolvidas no sentido de relaxar o requerimento de assinatura de contrato que contém cláusula arbitral regida pela CNI. Nesse sentido: “The requirement for signature by the parties has given rise to problems in some States; but the general view is that a signature is not necessary, provided that the arbitration agreement is in writing” (REDFERN, Alan et. al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 90).

As respostas são negativas, nos termos da regra de conflito de lei prevista no artigo VII(1) da CNI. Quando a lei doméstica apresentar requisitos de forma ou consentimento mais favoráveis à validade de cláusula arbitral do que os requisitos previstos na CNI¹⁵⁷, a última se afasta em benefício da primeira¹⁵⁸.

Portanto, o artigo II (2) da CNI não introduz no direito brasileiro o requisito adicional da assinatura do contrato ou instrumento que contém a cláusula arbitral internacional, o que nos leva à conclusão de que o artigo 4º, § 1º, da LArb regula os requisitos de forma e consentimento tanto da cláusula doméstica quanto internacional.

4.5. A cláusula arbitral deve ser válida de acordo com o direito contratual brasileiro

A cláusula arbitral deve ser submetida às regras de interpretação de contratos em geral, além de preencher os requisitos previstos na Lei de Arbitragem. O artigo 1º da LArb reitera a capacidade civil como requisito para a celebrar cláusula arbitral. A capacidade para contratar está diretamente relacionada com o caráter híbrido da cláusula arbitral, do qual se depreendem as características contratual (negócio jurídico) e jurisdicional¹⁵⁹. O STJ já discutiu questão sobre a capacidade para celebrar cláusula arbitral de forma didática¹⁶⁰.

157. “[...] a UNCITRAL houve por bem recomendar que o princípio da eficácia máxima seja aplicado também à convenção de arbitragem, prevalecendo, assim, a norma que lhe for mais favorável, a fim de prestigiar a validade do acordo arbitral” (WALD, Arnoldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro. Arbitragem comercial internacional – A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 98).

158. Vide tópico prévio sobre convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional.

159. “A capacidade do agente é um indiscutível requisito de validade da cláusula compromissória, assim como de qualquer outro negócio jurídico (art. 104, I, CC).” NANNI, Giovanni Ettore. *Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia*. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

160. Nesse caso, a parte reticente resistia à arbitragem com base, entre outras coisas, no argumento de que não poderia ter sido pactuada cláusula arbitral, porque a massa falida não teria capacidade civil para tanto. O STJ corretamente extinguiu o processo judicial com base no princípio da competência-competência (cf. STJ, 3ª T. REsp 1.355.831/SP, rel. Min. Sidnei Baneti, DJ 22.04.2013, v.u.).

Como já vimos, a validade da declaração de vontade para arbitrar não depende de forma especial prevista em lei, como ocorre nos demais contratos. As regras de direito contratual para aferir a validade¹⁶¹ dos negócios jurídicos em geral, assim como as suas potenciais causas de invalidade¹⁶², são dispositivos aplicáveis à cláusula arbitral¹⁶³. Importante lembrar, assim, que o Código Civil não adiciona requisitos de forma ou consentimento, além dos previstos na Lei de Arbitragem, para a validade da cláusula arbitral.

A menção, no § 1º do artigo 4º da LArb, de que a cláusula arbitral pode estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira também não representa grandes desafios. De fato, o STJ já afirmou que não se deve adotar interpretação restritiva quanto ao tipo de documento, ampliando-se a qualquer forma idônea de representar o consentimento das partes de forma escrita¹⁶⁴.

4.6. Cláusula arbitral cheia, vazia (ou em branco) ou patológica

A cláusula arbitral cheia contém os elementos necessários para instaurar o processo arbitral¹⁶⁵. Referência à instituição arbitral basta para tornar a cláusula cheia porque regulamentos de arbitragem trazem dispositivos sobre a instauração

161. Art. 104 do Código Civil.

162. Invalidade, nos termos do Código Civil, é gênero que comporta as espécies nulidade e anulabilidade, ambas, portanto, abrangidas no conceito mencionado (arts. 166, 167 e 171 do Código Civil).

163. “Cada ordem jurídica possui os seus próprios critérios para aferir a regularidade de um negócio jurídico em geral (do qual a convenção de arbitragem seria espécie), sendo que muitos ordenamentos sequer distinguem os planos de existência, validade e eficácia ou mesmo possuem a categoria geral de negócio jurídico. Além disso, também a caracterização da convenção de arbitragem, a divisão entre as espécies de cláusula compromissória e do compromisso arbitral e as formalidades exigidas para cada uma delas variam de uma ordem jurídica a outra” (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 93).

164. “O art. 4º da Lei 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam” (STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m.).

165. Art. 5º da LArb: Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes

do processo e mecanismos para a constituição do tribunal arbitral¹⁶⁶. A cláusula arbitral cheia não requer passagem pelo Judiciário¹⁶⁷.

A cláusula arbitral vazia (ou em branco) demonstra a vontade das partes para arbitrar disputas relacionadas a determinada relação jurídica. Portanto, ela é válida, vinculante e constitui renúncia efetiva à jurisdição estatal para resolver disputas relacionadas ao respectivo contrato. Todavia, essa cláusula não permite a instauração imediata do processo arbitral, pela ausência de elementos necessários para constituir o tribunal arbitral¹⁶⁸. A lei brasileira oportunamente

estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencional para a instituição da arbitragem.

166. “Tratando-se de cláusula compromissória ‘cheia’, na qual é designado o órgão arbitral eleito, estabelecida em documento escrito, por partes maiores e capazes, acerca direitos disponíveis, devem as questões acerca de sua interpretação, validade e eficácia ser, em princípio, dirimidas pelo árbitro, restando à parte interessada a possibilidade de impugnação da sentença arbitral nas hipóteses previstas no art. 33 da Lei 9.307/96” (STJ, 4ª T., REsp 1.327.619/MG, rel. Min. Maria Isabel Galloti, DJ 28.08.2013, v.u.).
167. “A cláusula compromissória ‘cheia’, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do processo (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb)” (STJ, 4ª T., REsp 1.278.852/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 19.06.2013, v.m.). Ver também “5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 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 do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes. 6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário” (STJ, 3ª T., REsp 1.602.696/PI, rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 23.09.2016, v.u.). No mesmo sentido: “Diz-se ‘cheia’, a cláusula compromissória que contém a indicação do regulamento arbitral escolhido pelas partes (art. 5º, *caput*, primeira parte), ou a previsão do procedimento de nomeação dos árbitros (art. 5º, *caput*, segunda parte, c/c art. 19, *caput*). Nesse caso, a instituição da arbitragem é imediata, inexistindo margem de atuação do Poder Judiciário para esse fim”. (STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m.).
168. “Já a cláusula compromissória vazia é aquela que, sem especificar o Tribunal arbitral, se limita a afirmar que qualquer desavença decorrente do negócio jurídico será solucionada pela arbitragem. Como ela traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, é necessário a formalização de um compromisso arbitral, nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem” (STJ, 3ª T., REsp 1.602.696/PI, rel. Min Moura Ribeiro, DJ 23.09.2016, v.m.).

oferece solução para remediar as dificuldades causadas por cláusula arbitral vazia, por meio da ação de execução específica da cláusula arbitral¹⁶⁹.

O Poder Judiciário serve de instrumento de apoio à instauração do processo arbitral¹⁷⁰, em caso de resistência de uma das partes. Para propor a ação de execução específica de cláusula arbitral prevista no artigo 7º da LArb, faz-se necessária a existência de cláusula arbitral e oposição de uma das partes à sua instituição¹⁷¹.

O propósito da ação de execução específica da cláusula arbitral vazia é definir as características do processo arbitral. O juiz dará às partes oportunidade para acordar tais características, sendo inclusive obrigatória a tentativa de conciliação¹⁷². Mas, permanecendo o impasse, cabe ao juiz preencher as omissões da cláusula arbitral vazia, a fim de permitir a rápida instauração do processo arbitral. Nesse sentido, a lei dá ao juiz discricionariedade¹⁷³, valendo anotar que a sentença judicial não está sujeita a apelação com efeito suspensivo¹⁷⁴ e valerá como compromisso arbitral¹⁷⁵⁻¹⁷⁶. Os dispositivos na Lei de Arbitragem sobre o procedimento de execução específica de cláusula são detalhados e autoexplicativos¹⁷⁷.

169. “[...] em se tratando de cláusula compromissória ‘vazia’, em que há a previsão de solução por árbitro da solução de conflitos oriundo da relação contratual subjacente, sem especificar o método ou o critério para a sua nomeação, a instituição da arbitragem se dará – não havendo consenso entre as partes – impositivamente pela via judicial” (STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m.).

170. “O convívio harmônico dos juízos arbitrais com os órgãos do judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. Na escalada de apoio do judiciário à arbitragem, ressaí como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de arbitragem quedaria inócua” (STJ, 4ª T., Resp 1.331.100/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 22.02.2016, v.m.).

171. STJ, 3ª T., REsp 450.881/DF, rel. Min. Castro Filho, DJ 26.05.2003, v.u.

172. Art. 7º, § 2º, da LArb.

173. Para uma explicação precisa e detalhada, ver CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo, um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. Ver também CAHALI, Francisco José. *Curso brasileiro de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

174. Art. 1.012 do CPC: A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: [...] IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem.

175. Art. 7º, § 7º: A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

176. Para atributos dessa espécie de convenção de arbitragem, ver tópico a seguir sobre compromisso arbitral.

177. Art. 7º da LArb.

A cláusula arbitral patológica é defeituosa, com redação incerta, inconsistente ou inoperável¹⁷⁸. A cláusula arbitral pode ser patológica (defeituosa) e permitir a instauração de arbitragem, como ocorre com frequência. Nesse caso, a parte interessada deve iniciar o processo arbitral, para que o tribunal arbitral decida sobre os defeitos na cláusula patológica. A passagem pelo Poder Judiciário é desnecessária e indesejável. Contudo, a cláusula arbitral pode ser patológica (defeituosa) e vazia (não conter os elementos mínimos necessários para instaurar a arbitragem), simultaneamente. Nessa situação, é preciso buscar ajuda no Poder Judiciário¹⁷⁹. Não porque a cláusula arbitral é patológica, mas porque é vazia e não permite o início imediato da arbitragem.

Um problema recorrente em cláusulas arbitrais patológicas é a impossibilidade de extrair a certeza sobre a vontade das partes para arbitrar. Nesses casos, ao final, a cláusula será considerada inválida pelo tribunal arbitral, remetendo a disputa à jurisdição do Poder Judiciário. Contudo, ao interpretar uma cláusula arbitral patológica, o julgador deve buscar a eficiência e a funcionalidade da respectiva cláusula¹⁸⁰. Inconsistências ou ambiguidades, normalmente, não

178. “Existem cláusulas com redação contraditória, incongruente, confusa, ambígua ou de difícil interpretação. A imprecisão pode comprometer a certeza quanto à vontade das partes, e enseja dificuldade na sua efetivação” (CAHALI, Francisco José. *Curso brasileiro de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 168).

179. “As cláusulas patológicas são pedras no caminho da arbitragem e dois serão os percursos adotados. Primeiro, quando a cláusula denotar que a arbitragem seria institucional, a parte interessada dirigirá solicitação de abertura de processo arbitral, competindo ao órgão arbitral efetuar análise prévia (*prima facie*) para decidir se tem competência para administrar o processo, dando início à arbitragem. Em seguida, o tribunal arbitral verificará se tem competência para decidir a controvérsia. Caso opte pela negativa, determinará que as partes instituem a arbitragem no judiciário. O segundo caminho, que também convergirá para o judiciário, ocorrerá se a cláusula não der a mínima orientação de como proceder” (LEMES, Selma. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (orgs.). *Reflexões sobre arbitragem*. In Memorium do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 188-208).

180. “Entre interpretações possíveis, deve-se adotar a mais harmônica, que não conduza a contradições e nulidades” (STJ, REsp 1.331.100/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 22.02.2016). No mesmo sentido: “Em qualquer caso, seja uma cláusula compromissória vazia, seja patológica, a implementação da convenção de arbitragem dá-se por meio do Poder Judiciário” (STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m). Na doutrina: “De outro lado, deve-se buscar sempre o efeito útil da convenção de arbitragem, visando sempre a sua conservação. Este é o princípio consagrado na doutrina internacional, que é expresso também no nosso Código Civil, art. 184, e poderia ser aplicado normalmente caso a lei brasileira fosse

invalidam uma cláusula arbitral. A doutrina brasileira defende o princípio da salvação da convenção arbitral¹⁸¹. O STJ já salvou cláusula arbitral imprecisa, a qual gerava dúvidas sobre a vontade das partes de acordar arbitragem ou arbitramento de questões societárias¹⁸². É preciso investigar detalhadamente as circunstâncias e fatos ligados à fase de negociação contratual, caso a caso, para apurar a real intenção dos contratantes e, então, decidir se a cláusula arbitral patológica dever ser salva¹⁸³.

5. Requisitos adicionais de forma ou consentimento para determinadas cláusulas arbitrais

5.1. Contratos de adesão

A Lei de Arbitragem criou um sistema para proteger o aderente em contratos de adesão, presumindo que estaria impossibilitado de discutir os termos contratuais que lhe são impostos unilateralmente pelo proponente, especialmente a opção pela arbitragem¹⁸⁴.

Nesse sentido, o artigo 4, § 2º, da LArb¹⁸⁵ prevê requisito adicional de forma para que a cláusula arbitral contida em contrato de adesão seja vinculante, o que ocorrerá em duas hipóteses: na primeira, quando o aderente iniciar a arbitragem, o que, por óbvio, extingue qualquer dúvida quanto ao seu consentimento para arbitrar; e, na segunda, quando, no momento da celebração do contrato, o aderente declarar consentimento expresso à cláusula arbitral, por escrito, seja em documento apartado, seja em negrito, com assinatura ou visto na própria cláusula.

escolhida pelas partes para a solução do conflito” (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33).

181. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo, um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21.

182. STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 20.05.2016, v.m.

183. Ver CAHALI, Francisco José. *Curso brasileiro de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 168.

184. STJ, 3ª T., REsp 1.628.819/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15.03.2018, v.u.

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

A iniciativa do legislador é louvável, mas, neste estudo, defende-se que há duas imprecisões na atual jurisprudência brasileira em relação à arbitragem em contratos de adesão.

A primeira imprecisão reside na banalização da ideia de contrato de adesão. Muitos julgados simplesmente rotulam certos contratos como “contratos de adesão”, com base no seu tipo ou modelo econômico. Por exemplo, o contrato de seguro, na maioria das vezes, é um contrato de adesão. Todavia, existem coberturas securitárias para grandes e complexos riscos de engenharia, desenhadas de acordo com as especificações do tomador de seguros e exaustivamente negociadas entre grandes corporações amplamente assessoradas. Seria ingênuo, por exemplo, argumentar que as seguradoras têm contrato de seguro padrão e predeterminado para cobertura de riscos em usinas hidrelétricas ou usinas nucleares¹⁸⁶.

Isso também se aplica a sociedades de economia mista, que precisam realizar licitação para contratar apólices de seguro. O edital de licitação descreve as especificações e as características do serviço a ser contratado, com estimativa de custo. As seguradoras, por vezes, apresentam propostas de cobertura securitárias feitas sob medida para os termos do edital de licitação. As sociedades de economia mistas, é válido lembrar, muitas vezes têm maior aparato e poderio econômico do que as próprias seguradoras.

Com isso em mente, é preciso evitar a rotulação automática de contratos ou atalhos cognitivos, sob o risco de se afastar a jurisprudência brasileira da realidade comercial.

Para aferir se um contrato é de adesão, o julgador deve averiguar se as partes negociaram o contrato em posição paritária – ou, ao menos, examinar se as partes teriam a oportunidade de negociar termos contratuais, caso assim almejassem¹⁸⁷. É necessária, portanto, disciplina metodológica para investigar detalhadamente a fase de negociação do contrato, caso a caso.

186. Por conta da complexidade e da singularidade dos riscos em cada projeto de infraestrutura pesada, as coberturas e os respectivos termos contratuais precisam ser moldadas caso a caso – o que afasta as características de um contrato de adesão.

187. “O que firmaram, o fizeram livre e consensualmente, com possibilidade de a autora-distribuidora rejeitar a contratação, caso entendesse excessivamente onerosa. A instrumentalização não foi imposta à autora, de modo que o simples fato de haver padronização em sua feitura, se é que houve, não o torna de adesão. A providência é necessária e visa à facilitação no firmamento e, em razão dos inúmeros contratos formalizados pela ré, faz-se necessária a adoção de um modelo para otimizar a negociata, sem, contudo, que isso implique em estipulação de regras a serem seguidas unilateralmente, sem possibilidade de revisão ou alteração, de acordo com a vontade específica de cada parte” (TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, AC 0101194-54.2011.8.26.0100, rel. Des. Cristina Zucchi, DJ 17.02.2014).

A segunda imprecisão quanto ao tema já foi debatida no tópico competência do tribunal arbitral para decidir sobre a validade do contrato que contém cláusula arbitral, e consiste na impossibilidade de o Poder Judiciário interpretar o contrato e as circunstâncias relativas à sua negociação, a fim de qualificá-lo como sendo de adesão ou não. As discussões jurídicas sobre a natureza do contrato são matérias reservadas à jurisdição do tribunal arbitral. Havendo dúvida sobre a qualificação do contrato, cabe ao tribunal arbitral decidir.

Por fim, a regra do artigo 4º, § 2º, da LArb não se aplica a contrato de adesão internacional. A cláusula arbitral internacional contida em contrato de adesão atrai a aplicação da CNI¹⁸⁸. A CNI fixa um teto aos requisitos legais aplicáveis à validade de cláusula arbitral internacional, e não permite que países signatários imponham, via lei doméstica, requisitos legais adicionais¹⁸⁹. Logo, a CNI afasta o requisito legal de (i) cláusula arbitral em negrito e (ii) assinatura do aderente na própria cláusula arbitral internacional. Dessa feita, o julgador deve aplicar a CNI como limitador de requisitos de forma ou consentimento, de acordo com o princípio da eficiência máxima. O julgador também deve aplicar a CNI em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual o Brasil é signatário, e proibir uma parte de invocar dispositivos internos da sua lei para justificar o descumprimento de uma convenção ou tratado internacional¹⁹⁰.

5.2. Relações de consumo

O artigo 51, inciso VII, do CDC proíbe a utilização compulsória de arbitragem¹⁹¹. Com isso, a jurisprudência entende que cláusula arbitral contida em contrato de relação de consumo só é válida se o consumidor declarar o seu consentimento depois de deflagrada a disputa. Não importa se o consumidor consentiu expressamente na cláusula arbitral, no momento da celebração do contrato¹⁹².

188. Vide tópico sobre convenção de arbitragem doméstica e convenção de arbitragem internacional.

189. A regra se aplica às duas espécies de convenção de arbitragem, ou seja, cláusula arbitral e compromisso arbitral.

190. Art. 27 do Decreto 7.030, de 14.12.2009: Direito interno e observância de tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

191. Art. 51 do CDC: 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.

192. “Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios

Em outras palavras, a cláusula arbitral em contrato de consumo vincula o fornecedor, mas não vincula o consumidor. Caso o consumidor pretenda arbitrar as disputas relacionadas ao contrato que contém a cláusula arbitral, basta que inicie a arbitragem, ou não oponha a jurisdição do tribunal arbitral em processo arbitral iniciado pelo fornecedor¹⁹³. Por outro lado, basta o consumidor propor ação judicial para discutir o mérito de disputas relacionadas a contrato de consumo que contenha cláusula arbitral para caracterizar a sua renúncia tácita à respectiva cláusula arbitral. Esse é o entendimento da jurisprudência, embora, em um julgado, o STJ¹⁹⁴ ter sugerido que a cláusula arbitral poderia ser vinculante, independentemente de segundo consentimento do consumidor depois de materializada a disputa, em situações que a ausência de vulnerabilidade não justifique a proteção do consumidor.

É preciso distinguir os requisitos legais aplicáveis à cláusula arbitral contida em contrato de adesão e à cláusula arbitral contida em contrato de consumo. O STJ, corretamente, decidiu que o direito brasileiro apresenta três regramentos de diferentes graus de especificidade:

- i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; ii) a regra específica, aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e iii) a regra ainda mais específica, incidente sobre contratos sujeitos ao CDC, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula

alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva" (STJ, 4ª T., REsp 1.189.050/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 13.03.2016, v.m.).

193. "Note-se que a utilização da arbitragem não é vedada na resolução de conflitos de consumo, afinal, o CDC veda apenas a sua utilização compulsória, o que, inegavelmente, não obsta o consumidor de eleger o processo arbitral como via adequada à resolução de eventuais conflitos surgidos frente ao fornecedor" (STJ, 3ª T., REsp 1.628.819/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 15.03.2018, v.u.).

194. "Deveras, a meu juízo, não haverá nulidade da cláusula se o fornecedor demonstrar que não impôs a utilização compulsória da arbitragem, ou também, pela ausência de vulnerabilidade que justifique a proteção do consumidor. Tomemos, v.g., duas grandes sociedades empresárias realizando um negócio jurídico em que uma delas se qualifica como consumidora, devidamente assistidas por advogados, sendo que, no momento da formação do contrato (padrão) pactuam cláusula arbitral. Nessa situação, não há razão para se conhecer qualquer nulidade do dispositivo, mesmo em se tratando de contrato de adesão em uma relação de consumo" (STJ, 4ª T., REsp 1.189.050/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 13.03.2016, v.u.).

que determine a utilização compulsória de arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do artigo 4º, § 2º, da LArb¹⁹⁵.

A distinção é importante porque não é permitido presumir que todo contrato de adesão é de consumo, ou vice-versa.

Na linha da imprecisão discutida na seção dedicada ao contrato de adesão, não cabe ao Poder Judiciário interpretar o contrato e as suas consequências legais, sob pena de invadir a jurisdição exclusiva do tribunal arbitral. O tribunal arbitral deve analisar a qualificação do contrato, para então decidir se requisitos adicionais de forma ou consentimento se aplicam à cláusula arbitral nele contida.

6. Compromisso arbitral

O compromisso arbitral é espécie de convenção de arbitragem que será acordado após o surgimento da disputa, *a posteriori*¹⁹⁶, com previsão no artigo 9º da LArb¹⁹⁷. Ele pode ser judicial, como no caso da sentença judicial na demanda de instituição de arbitragem, nos termos do artigo 7º da LArb; ou extrajudicial, quando as próprias partes, surgida a disputa, decidem submetê-la aos árbitros. A referida lei prevê conteúdos obrigatórios, no artigo 10, e conteúdos facultativos, no artigo 11 – com isso, o compromisso arbitral incorpora os requisitos da cláusula arbitral, ao que se somam alguns requisitos adicionais, como o próprio objeto do litígio já existente.

O objeto do compromisso arbitral pode abranger tanto disputas originadas de relação contratual, quanto originadas da relação extracontratual. Por exemplo, nada impede que motoristas envolvidos em um acidente de trânsito celebrem um compromisso arbitral para resolver as disputas originadas. O mesmo, por exemplo, poderia ocorrer quando duas empresas condenadas em uma ação administrativa no CADE, decidem elaborar um compromisso arbitral para submeter aos árbitros a respectiva quantificação de seus danos.

Finalmente, vale ressaltar que, em respeito ao princípio da conservação da convenção de arbitragem, o STJ já decidiu que o não preenchimento de

195. STJ, 3ª T., REsp 1.628.819/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 15.03.2018, v.u. STJ, 3ª T., REsp 1.169.841/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 14.11.2012, v.u.

196. STJ, 3ª T., REsp 1.602.696/PI, rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 23.09.2016, v.u.

197. Art. 9º, *caput*: O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

certos requisitos de forma do compromisso arbitral, *in casu*, a assinatura de duas testemunhas, não ensejariam a sua nulidade¹⁹⁸.

7. Considerações finais

A arbitragem é o mecanismo predileto para resolver disputas comerciais complexas, disputas relacionadas a grandes projetos de construção¹⁹⁹ e disputas com viés internacional. Esse mecanismo, portanto, deve evoluir na mesma velocidade que o comércio e a indústria evoluem, sob pena de perder o seu propósito.

Algumas posições discutidas pela doutrina há dez anos já não representam a melhor interpretação do direito brasileiro e isso é normal, já que nações desenvolvidas usam o Direito como trampolim para impulsionar a geração e a circulação de riquezas e, para tanto, a atualização é obrigatória. A facilidade para celebrar um contrato e a facilidade e a celeridade para resolver disputas originadas desse contrato são diferenciais que atraem investidores estrangeiros.

Com isso em mente, fica fácil perceber que o Poder Judiciário, principalmente o STJ, tem papel crucial no desenvolvimento da economia brasileira. Ao Poder Judiciário cabe assegurar uma jurisprudência moderna, sujeita a ajustes constantes e periódicos, a fim de refletir e servir a realidade comercial nacional e internacional.

O efeito negativo absoluto do princípio da competência-competência desenvolvido pela jurisprudência do STJ é um exemplo marcante. A posição do STJ é louvável porque evita discussões judiciais prematuras e, invariavelmente, delongadas, as quais, a longo prazo, poderiam dissolver gradualmente o interesse na arbitragem e respingar no fluxo de investimento externo no País.

Como tudo que é bom pode ser melhorado, será bem-vinda a harmonização da jurisprudência do STJ, a fim de deixar claro que a assinatura de contrato que contém cláusula arbitral, doméstica ou internacional, não é um requisito para a validade da referida cláusula. Para tanto, a declaração de vontade e as diferentes formas de consentimento para arbitrar são pontos que merecem um

198. “A ausência de assinaturas de duas testemunhas na convenção de arbitragem, conforme apurado pelas instâncias de origem, não ensejou prejuízo algum para o autor da ação, que sequer alegou vício de consentimento. Aplicação do princípio pelo qual não se declara nulidade na ausência de prejuízo dela decorrente. Incidência da Súmula 83/STJ, no ponto” (STJ, 4ª T., AgIns no REsp 1.311.367/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 24.06.2014, v.u.).

199. Vide Cap. 17.

desenvolvimento mais profundo. Também será benéfico explorar a aplicação da CNI e reconhecer o seu princípio da máxima eficácia²⁰⁰.

Por fim, é válido lembrar o exposto na introdução deste capítulo. O sucesso da arbitragem em uma jurisdição não se dá por sorte ou coincidência; o coeficiente de sucesso está diretamente relacionado com a confiança, o respeito e o auxílio que o Poder Judiciário de uma jurisdição presta em favor da arbitragem. A arbitragem no Brasil é um caso de sucesso mundial.

8. Bibliografia

- ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARAUJO, Nadia de. *A nova lei de arbitragem brasileira e os princípios uniformes dos contratos internacionais elaborados pelo Unidroit*. Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional. São Paulo: LTr, 1999.
- ARAUJO, Nadia de. *Arbitragem comercial internacional - A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARAUJO, Nádia de. A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre o seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional – a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BRAGHETTA, Adriana; LEMES, Selma Ferreira. Artigo III. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional - A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. *Sulamérica CIA Nacional de Seguros S.A. and others v Enesa Engenharia S.A. and others* [2012] EWCA Civ 638. Disponível em: [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html]. Acesso em: 30.05.2018.
- CAHALI, Francisco José. *Curso brasileiro de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

200. Ao aplicar a CNI em execução de convenção de arbitragem internacional ou reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, o STJ poderá aproveitar a jurisprudência mundial sobre a interpretação e aplicação da própria CNI, a qual é riquíssima, uma vez que a fonte da respectiva jurisprudência são 159 países signatários que aplicam (ou deveriam aplicar) a CNI de forma homogênea ao redor do mundo.

- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.
- DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. *Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais, seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ*. São Paulo, Atlas, 2015.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem: comentários à Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FERNANDES, Júlio César; MELRO, Melina Martins. Arbitragem Ação de regresso. Sub-rogação de obrigação sujeita à cláusula compromissória. Arbitrabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Privado. Recurso de Apelação 0149349-88.2011.8.26.0100. Rel. Des. Tasso Duarte de Melo. J. 11.02.2015. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, ano 12, n. 47, 2015, p. 148-162.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Convenção de Nova Iorque e pacto arbitral nulo, sem efeitos, inoperante ou inexecutável: convenção de arbitragem, princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz) e more-favourable-right provision*. No prelo.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: um texto de referência para juízes, com a assistência da Corte Permanente de Arbitragem*. Palácio da Paz, Haia. Disponível em: [www.arbitration-icca.org/media/1/13365477391560/portuguese_guide_composite_for_website_final_revised_may_2012.pdf]. Acesso em: 12.06.2018.
- JUSTIÇA FEDERAL. Conselho de Justiça Federal. *Jurisprudência do STJ consolidou arbitragem no Brasil, afirma corregedora nacional*. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/marco/jurisprudencia-do-stj-consolidou-arbitragem-no-brasil-afirma-corregedora]. Acesso em: 31.05.2018.
- 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*. 2006. v. 11.
- LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEMES, Selma. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M.

- Rossani (Orgs.). *Reflexões sobre arbitragem*. In Memorium do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 188-208.
- LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia*. Direito civil e arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014.
- NASCIMENTO, Barbara. Para investir, alemães querem mais segurança jurídica. O Globo. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/economia/para-investir-alemaes-querem-mais-seguranca-juridica-17246971>]. Acesso em: 18.06.2018.
- POTSCH, Bernard. Comentários ao julgado de 11 de outubro de 2017 do Conflito de Competência 139.519/RJ. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, n. 57, 2018.
- REDFERN, Alan et. al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Arbitragem, direito securitário e consentimento no direito brasileiro. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Kompetenz-Kompetenz in Brazil: Alive and Kicking. *Kluwer Arbitration Blog*. Disponível em: [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/12/10/kompetenz-kompetenz-in-brazil-alive-and-kicking/>]. Acesso em: 30.05.2018.
- TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela administração pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RI, 2016. v. 50.
- TIBURCIO, Carmen. A competência do tribunal arbitral para solução de litígios extracontratuais. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, 2016. v. 50.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. New York: United Nations, 2016. Disponível em: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf]. Acesso em: 14.06.2018.
- WALD, Arnaldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coords.). *Arbitragem comercial internacional - A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.