Buzaid, Alfredo. "Da uniformização da jurisprudência", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1982.

Coehn, Morris R. "The Basis of Contract", *in Perpectives on Contract Law*, org. por Randy E. Barnett, Little, Brown and Company, 1995.

Freidman, Daniel. "The efficient breach fallacy" *in Perpectives on Contract Law*, org. por Randy E. Barnett, Little, Brown and Company, 1995.

Gilmore, Grant. *The Death of Contract*. Editora da Universidade de Ohio, Columbus, EUA, 1995.

Marçal Cruz e Tucci, Cibele Pinheiro. "Teoria geral da boa-fé objetiva" *in Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo* – AASP, nº 68, dezembro de 2002.

Mendonça Lima, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6º, tomo 2º. Rio de Janeiro, Forense, p. 757, nº 1.741.

Mooney, Ralph James. "The rise and fall of the Classical Contract: a response to Professor Gilmore", *in Oregon Law Review*, volume 55, 1976.

Rubin, Edward. "The non-judicial life of contract: beyond the shadow of the law", *in Northwest University Law Review*, vol. 90, 1995.

Saraiva, José. "Recursos extraordinário e especial – alterações da lei 9.756/98", *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior (org.). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

Weesman, Mark B. "Should we fire the Gatekeepers? An examination of the doctrine of consideration", *in University of Miami Law Review*, vol. 48, 1993.

Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes

Eleonora Coelho Pitombo

Sócia responsável pela área de arbitragem de Castro, Barros Sobra e Gomes Advogados, formada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduada pela Universidade de Paris II – Panthéon- Assas em contencioso, modos alternativos de solução de conflitos e arbitragem, membro do corpo permanente de árbitros da Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas, membro da Comissão de Arbitragem da OAB/SP, membro da Comissão de Arbitragem e Judiciário do Cesa e membro da diretoria do Comitê Brasileiro de Arbitragem

2. Cooperação e Controle do Poder Judiciário Face ao Procedimento Arbitral

Diversas se apresentam as oportunidades em que as partes e ou os próprios árbitros podem ou devem se socorrer do Poder Judiciário para resolver questões relativas ao procedimento arbitral. Tratam-se das ocasiões em que haverá cooperação e até mesmo controle dos juízes togados no tocante ao procedimento arbitral e a seus elementos.

Como mencionado acima, a tendência internacional e que tem sido acompanhada pelo Poder Judiciário Brasileiro é a do controle efetivo, pautado nos corretos ditames da legalidade estrita, sem preconceitos individuais, sem cometimento de arbitrariedades.

Destacam-se abaixo as principais situações nas quais os juízes estatais são chamados a intervir antes, durante ou após o procedimento arbitral, sua previsão legal e dinâmica prática[5].

2.1 - Medidas Cautelares pré-arbitrais e no curso do procedimento arbitral

Antes de instaurado o juízo arbitral, isto quer dizer, de os árbitros aceitarem a nomeação[6] para dirimir o conflito abrangido pela cláusula compromissória, as partes podem se socorrer do Poder Judiciário para obter medidas cautelares, desde que de outra forma não tenham acordado na convenção de arbitragem.

Muito embora tal hipótese não esteja expressamente prevista na Lei 9.307/96, é plenamente legal, já que decorre de princípio constitucional de acesso à justiça. Mais do que isso, decorre da

5 A autora não tem pretensão de exaurir cada uma das situações, mas sim de demonstrar os aspectos considerados mais relevantes de cada uma delas.

6 A Lei de Arbitragem estipula em seu artigo 19 que a arbitragem será considerada instaurada após a nomeação dos árbitros: "*Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários*".

aplicação do princípio de que *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*[7], de acordo com o qual as partes podem formular pleitos emergenciais para evitar o perecimento de direito mesmo perante juízo incompetente.

Como se sabe, a instituição da arbitragem pode demorar alguns meses e, neste ínterim, poderão surgir questões urgentes cuja resolução não poderá aguardar o tempo necessário para instituição da arbitragem, sob pena até mesmo de se ameaçar a efetividade e o resultado útil do próprio procedimento arbitral. Nesse sentido, por exemplo, são as medidas cautelares de antecipação de provas que visam produzir ou preservar provas que servirão de sustentáculo ao bom desenvolvimento do procedimento arbitral.

Existe a hipótese, todavia, de as partes, na própria convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), excluírem do Poder Judiciário a apreciação de tais medidas antes da instauração do procedimento arbitral, atribuindo a competência de seu julgamento a órgãos arbitrais específicos.

Desse modo, algumas instituições arbitrais dispõem de regulamentos próprios relativos a medidas cautelares pré-arbitrais, nos quais há a previsão da nomeação de urgência de um "terceiro", indicado pela instituição, para decidir a questão e que não poderá ser um dos árbitros a compor o tribunal arbitral[8]. Ressalte-se que

7 Esta a lição de Carlos Alberto Carmona: "*Estando as partes vinculadas pela convenção de arbitragem (que afasta a competência do juiz togado, por força do art. 301, IX, do Código de Processo Civil e não estando ainda constituído o tribunal arbitral, a quem deve dirigir-se a parte aflita, que vê periclitar seu direito pela demora de instituir-se a arbitragem? A resposta deve ser dada com a invocação de princípio tradicional no direito luso-brasileiro, segundo o qual quando est periculum in mora incompetentia non attenditur. Segundo tal princípio, as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculos que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente.*" (op.cit. p. 430 e 431).

8 A esse respeito, artigo do ilustre Bernard Hanotiau no qual relatou sua experiência na utilização do regulamento de cautelares pré-arbitrais da ICC: "A Experiência da

a utilização desse recurso deve ter sido previamente acordado entre as partes, já que no silêncio permanece o direito das partes se socorrerem do Poder Judiciário.

Para evitar problemas de interpretação divergentes do Poder Judiciário quanto à competência para apreciar este tipo de medida, recomenda-se que a cláusula compromissória preveja com clareza a forma de obtenção das medidas de urgência que se fizerem necessárias antes da instituição do procedimento arbitral.

Isto porque, não obstante o Poder Judiciário Brasileiro já tenha proferido inúmeras decisões reconhecendo a competência para apreciar medidas de urgência antes da instauração do juízo arbitral, relativizando, portanto, a aplicação da regra contida no artigo 267, VII do Código de Processo Civil[9] sabe-se que houve algumas decisões[10] em que a mencionada regra fora utilizada de forma absoluta, tendo sido excluída da apreciação do Poder Judiciário questões urgentes anteriores à instituição da arbitragem em prejuízo aos jurisdicionados. A esse respeito, aliás, a grande importância em se contar com um Poder Judiciário preparado e pronto a colaborar com o bom desenvolvimento do procedimento arbitral.

No que tange ao poder de conceder e executar medidas cautelares no curso do procedimento arbitral, a Lei de Arbitragem também nada dispôs e, como salientou Pedro Batista Martins, um dos co-autores do projeto da referida lei, não o fez de forma

Cautelar Pré-Arbitral na CCI". In *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais da Arbitragem*, nº 17, ano 5, julho-setembro de 2002, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 325-328.

9 "Art. 267. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: (...) VII – pela convenção de arbitragem."

10 A título exemplificativo, citamos as decisões: Apelação Cível nº 210.128-4/5-00 1ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, Relator Laerte Nordi, julgada em 04.12.2001 e Sentença do Juízo da 27ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, autos nºs 3521 e 3237/99.

intencional para evitar polêmicas desnecessárias que tumultuassem ainda mais a promulgação da Lei Marco Maciel.[11]

No entanto, como bem notou Carlos Alberto Carmona, outro dos co-autores da Lei 9.307/96, ainda que de forma "oculta" ou elíptica, para usar adjetivo por ele empregado, a lei prevê o poder dos árbitros em determinar medidas cautelares ou coercitivas[12].

Esta é, a nosso ver e da maior parte da doutrina, a melhor e mais sistemática interpretação a ser dada ao artigo 22 que dispõe sobre os poderes instrutórios dos árbitros. Isto porque, o parágrafo 4º de tal artigo afirma que "ressalvado o disposto no parágrafo 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa", ou seja, com exceção da condução coercitiva de testemunhas (prevista no parágrafo 2º como de competência da autoridade judiciária), poderão os árbitros deferi-las e, somente se necessário, solicitar ajuda ao Poder Judiciário.

O socorro ao Poder Judiciário se dará no caso da parte à qual se dirige a medida negar-se a cumpri-la espontaneamente, fazendo-se necessária a utilização de força ou coerção que, como se sabe, é de exercício privativo do Estado[13].

11 "Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro". In *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 357 e 358.

12 *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96*, 2ª Edição, São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 265.

13 A esse respeito os ensinamentos de Sergio Bermudes: "Não faria sentido poderem os árbitros proferir sentença produtora (por certo, dentro dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada) dos mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31), consistente, quando condenatória, num título executivo judicial (CPC, art. 585, III), sem que pudessem determinar providências assecuratórias da eficácia desses julgados. Por isso, há que se entender que os árbitros, posto que algo insuficiente a lei quanto à explicitação desse aspecto, dispõem do poder cautelar necessário à garantia da eficácia das suas decisões." ("Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral". In *Reflexões sobre Arbitragem*, São Paulo: LTr, 2002, p. 278.)

Como deverá ocorrer o pedido de auxílio dos árbitros ao Poder Judiciário para o cumprimento ou execução de medidas cautelares?

Apesar da Lei de Arbitragem não ter se manifestado a esse respeito, acreditamos, a exemplo de outros autores, que o pleito deva ser feito por meio de simples comunicação entre juízos (como no caso de uma carta precatória), cabendo ao juiz togado, após análise dos requisitos formais – em principal, quanto à existência de cláusula compromissória e a análise se a decisão emana de árbitros devidamente nomeados – lhe dar cumprimento independentemente de qualquer apreciação meritória.

O ideal seria a criação de varas e ou juízes especializados na apreciação e cumprimento de medidas arbitrais[14], de forma a estreitar as relações e a cooperação entre os juízos arbitral e estatal, evitando-se também que o desconhecimento e até preconceito de alguns juízes togados interfiram no correto cumprimento de medidas cautelares emanadas de árbitros.

2.2. Ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem

Por muitos anos[15] tanto o artigo 7º quanto o parágrafo único do artigo 6º da Lei de Arbitragem tiveram a constitucionalidade questionada no âmbito de julgamento conduzido pelo Supremo Tribunal Federal[16], porém, em 2001, por sete votos a quatro, tais dispositivos acabaram sendo considerados válidos[17].

14 O Estado do Paraná, de forma vanguardista, criou uma vara especializada para esta função.

15 De 1996 a 2001

16 Agravo Regimental no âmbito da Sentença Estrangeira 5206 – Relator Sepúlveda Pertence.

17 De se destacar que a inserção desses dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro representaram avanço, já que acolheram a execução específica a ser exercida em face parte recalcitrante a se submeter à arbitragem.

Paralelamente ao questionamento de constitucionalidade, muito se discutiu em que hipóteses poderiam as partes se valer da ação prevista no artigo 7º[18], da Lei de Arbitragem. A discussão deveu-se ao fato de que o mencionado dispositivo legal estipula como requisitos ao seu exercício apenas: a existência de cláusula compromissória e a resistência de uma das partes quanto à instituição da arbitragem, sem distinguir a cláusula compromissória vazia da cheia[19].

Alguns juristas, em interpretação restritiva e, a nosso sentir, equivocada de tal artigo, sustentaram que a intervenção do Poder Judiciário para instituição da arbitragem deveria ocorrer desde que haja a recalcitrância de uma das partes, mesmo que se esteja diante de cláusula compromissória cheia.[20]

Todavia, o entendimento jurisprudencial dominante acolheu a tese contrária[21] – e no nosso entender acertada – de que a inter-

18 "Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim."

19 Cláusula compromissória cheia é aquela que contém todos os elementos relativos à forma de instauração da arbitragem, normalmente por meio de referência ao regulamento de uma instituição arbitral. Cláusula compromissória vazia, ou em branco, ao contrário, é aquela que não possui tais elementos necessários à instauração da arbitragem.

20 Este o entendimento do ilustre Alexandre Freitas Câmara que salientou: "*Deixo aqui registrado, mais uma vez, que sustento – desde a primeira edição do livro que dediquei ao estudo da arbitragem sob a ótica da Lei nº 9.307/96, e que foi o primeiro livro lançado no Brasil sobre arbitragem já sob a égide da aludida lei – a tese segundo a qual a existência de cláusula compromissória, ainda que cheia, não dispensa a celebração do compromisso arbitral. (...) Nesse caso, torna-se inviável a instauração normal do processo arbitral. O fato de ter havido uma convenção de arbitragem, todavia, impõe a instauração daquele processo alternativo ao estatal, e isso só poderá ocorrer com o auxílio do Poder Judiciário.*" ("Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário". In *Revista Brasileira de Arbitragem*, volume 6, abr/maio/jun 2005, Thomsom IOB e Cbar, pp. 18-28).

21 O acórdão líder e que primeiro se manifestou sobre o tema foi proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0 pela 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 16.09.1999, tendo sido relator o Desembargador Rodrigues de Carvalho. Nesse sentido, inúmeros acórdãos posteriores e o voto do Ministro Nelson Jobim no voto proferido no âmbito do julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206 do Supremo Tribunal Federal ocorrido em 12.12.2001.

venção do Poder Judiciário para instauração da arbitragem só poderá ocorrer quando se está diante de cláusula compromissória vazia. Ou seja, havendo cláusula compromissória cheia - na qual há indicação da forma pela qual a arbitragem deverá ser instaurada - mesmo diante da negativa da outra parte, não haverá a intervenção do Poder Judiciário.

E no caso de cláusula vazia ou em branco, como deverá ser a atuação do Poder Judiciário nos termos desse artigo?

Não obstante a intervenção do Judiciário antes de se iniciar a arbitragem seja de fato indesejável[22], é ela indispensável nas hipóteses de cláusulas vazias. Assim, para evitar maiores desgastes das partes nessa etapa, o legislador buscou reger tal atuação para que ela ocorra da forma mais rápida possível, adotando, para tanto, o procedimento sumaríssimo aplicável aos Juizados Especiais.

A primeira condição para exercício da ação é que a parte contrária, diante da existência de cláusula compromissória em branco, tenha sido efetivamente instada a celebrar o compromisso arbitral e tenha se recusado ou simplesmente não comparecido para tanto.[23]

Trata-se, portanto, de condição da ação, cuja inobservância acarretará a extinção do feito por carência da ação.[24]

22 A esse respeito, confira-se o entendimento de Carlos Alberto Carmona: "*As cláusulas compromissórias vazias ou incompletas, já se percebe, poderão causar às partes aborrecimentos e dissabores, eis que o dissenso quanto à instituição do juízo arbitral as levará às barras dos tribunais antes mesmo de iniciarem o processo (arbitral) para a solução do conflito de interesses. Tal situação – em tudo e por tudo desastrosa – somente ocorrerá em caso de inabilidade dos contratantes ao redigirem a cláusula compromissória.*" (In *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96*, 2ª Edição, São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, pp. 143 e 144).

23 Nos termos do parágrafo único do artigo 6o da Lei de Arbitragem que dispõe in verbis: "*Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7o desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.*"

24 Sobre o tema, Arruda Alvim: "Exegese dos arts. 6o e 7o da Lei n. 9.307, de 1996". In *Reflexões sobre Arbitragem*, São Paulo: LTr, 2002, pp. 169-187.

Presente esse requisito, o procedimento deverá seguir o rito previsto nos parágrafos do artigo 7º, podendo o juiz apreciar, caso se faça necessário e de forma subsidiária, as regras procedimentais previstas na Lei 9.099/95 e até mesmo no Código de Processo Civil. Isto porque, as regras contidas neste artigo são limitadas e não prevêem, por exemplo, produção probatória que, em algumas circunstâncias, podem, de fato, se fazer necessárias. A título exemplificativo, pense-se que a parte contrária pode alegar, de forma fundamentada e verossímil, a falsidade do documento no qual está contida a cláusula compromissória, ou mesmo da assinatura nele aposta.

Cabe aos juízes togados uma missão muito importante na condução do procedimento previsto no artigo 7º, já que, sempre respeitados o contraditório e ampla defesa, deverão coibir medidas e alegações meramente procrastinatórias da parte resistente à arbitragem, com o fim de tornar o procedimento o mais breve possível, evitando, assim, litigiosidade excessiva mesmo antes de iniciada a arbitragem.[25]

Vale aqui adotar os comentários de Carlos Alberto Carmona que bem resumem o que ora se sustenta: "*A brevidade do procedimento previsto no art. 7º da Lei é a chave do seu sucesso, não há dúvida. Mas caberá ao juiz temperar o desejo de celeridade manifestado claramente pelo legislador com os princípios do devido processo legal, a fim de evitar-se flagrante injustiça.*"[26]

Após ouvidas as partes e eventualmente produzidas provas, o juiz proferirá decisão constitutiva que valerá como compromisso arbitral e a eventual apelação interposta não terá efeito sus-

25 Exemplo de atitude procrastinatória que deve ser coibida é a mera alegação, sem qualquer prova e ou respaldo fático, de que a cláusula compromissória seria abusiva e portanto nula. Percebe-se que o Poder Judiciário tem se posicionado de forma vigorosa contra este tipo de conduta maliciosa.

26 *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96*, 2ª Edição, São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 147.

pensivo, nos termos do artigo 520, IV, do Código de Processo Civil, para que o procedimento arbitral possa ser iniciado antes mesmo do proferimento de decisão final. Mais um cuidado que o legislador tomou para que a arbitragem seja instituída brevidade.

2.3. *Anti-Suit Injunctions*

As *anti-suit injunctions* ou medidas "contra processo" são medidas tomadas por uma das partes perante o juízo estatal para evitar a instauração, ou a continuação, de um processo ajuizado contra si diante de outra jurisdição[27].

Tais medidas, cuja origem deu-se nos países de regime da *common law*[28] e que só posteriormente vieram a ser adotadas por países de tradição romano-germânica, são usadas tanto para permitir a instituição ou a continuação do procedimento arbitral, como para impedi-las. Para lhes dar eficácia, normalmente há a imposição de pesadas multas em caso de descumprimento.

Recentemente, essas medidas autônomas e muitas vezes sem fundamento legal passaram a ser mais utilizadas como tentativa de obstar o procedimento arbitral do que em sua defesa, em particular no Brasil que, como se vê, dispõe em seu ordenamento da

27 A respeito do tema é de se notar o trabalho de Thiago Marinho Nunes: "A Prática das *Anti-Suit Injunctions* no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro". In *Revista Brasileira de Arbitragem*, volume 5, jan/fev/mar 2005, Thomsom IOB, Cbar, pp. 15-51.

28 Tal tema fora objeto de recente conferência cujo trecho do relatório de Laurent Lévy transcreve-se: "*Algumas jurisdições anglo-saxãs, em particulares inglesas, mas também as americanas, dispõem de um instituto particularmente eficaz para proteger sua própria competência. Sob a ameaça das penalidades relacionadas ao contempt of court, elas impedem que uma parte inicie ou dê prosseguimento a um processo perante um juiz estrangeiro. Em outros termos, não só o juiz (inglês por exemplo) declarará sua competência, mas também, para protegê-la (ou eventualmente a de um terceiro), proibirá as partes de recorrer a qualquer outro tribunal*". ("Relatório do Seminário do Institut pour L'Arbitrage International (IAI) de 21 de Novembro de 2003 – A utilização das *anti-suit injunctions* na arbitragem internacional". In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, nº 2, maio – agosto de 2004, Editora Revista dos Tribunais.

ação do artigo 7º que prevê mecanismo próprio para compelir uma das partes a se submeter à arbitragem no caso de recalcitrância infundada.

Pode-se intuir, pois, que a apreciação e eventual deferimento de tais medidas constitui um dos mais delicados aspectos da relação entre o Poder Judiciário e a arbitragem, pois se colocam em xeque os pilares e princípios internacionais de sustentação da arbitragem, quais sejam: autonomia da cláusula compromissória e o princípio dela decorrente do: *Kompetenz-Kompetenz*.

A Lei Brasileira de Arbitragem adotou de forma irrestrita tais princípios[29], ou seja, houve por bem atribuir exclusivamente aos árbitros a apreciação de sua própria competência (aí incluída a análise da arbitrabilidade objetiva e subjetiva do litígio) e de todas e quaisquer alegações de validade e eficácia tocantes à convenção de arbitragem[30].

Vale dizer, o referido diploma legal optou por evitar a intervenção do Judiciário sobre tais questões antes ou no curso do procedimento arbitral[31], diferindo-a para momento posterior, qual

29 Principalmente no artigo 8o que dispõe: "A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória."

30 Carlos Alberto Carmona sugere que, no caso de processos arbitral e judicial paralelos entre as mesmas partes nos quais se disputem, entre outros, a validade e eficácia da convenção de arbitragem, seja suspenso o procedimento arbitral até que haja decisão judicial a respeito. (In *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96*, 2ª Edição, São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 161). Ousamos discordar de tal sugestão, eis que, no nosso entendimento, tal postura contraria de modo frontal o disposto no parágrafo único do artigo 8o, da Lei de Arbitragem. Entendemos que a solução para a aludida hipótese é a que o juiz julgue extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VII do CPC, desde que ausentes vícios gravíssimos e facilmente verificáveis da cláusula compromissória. Caso contrário, se estaria afirmando existir uma prejudicial apta a satisfazer o interesse protelatório de alguns em detrimento do direito de ação do juízo arbitral.

31 Ressalvada obviamente a hipótese do artigo 7º acima.

seja: o do controle da sentença arbitral por meio da ação de decretação de nulidade de sentença arbitral.[32]

Segundo a doutrina brasileira, as *anti-suit injunctions* não merecem acolhida, seja porque contrárias à sistemática da Lei 9.307/96 [33], seja porque altamente maléficas para o instituto da arbitragem[34]. Mais do que isso, o deferimento de *anti-suit injunctions* pode representar a violação de normas de competência e soberania nacionais, o que também é totalmente indesejável.[35]

O que se vê da análise da jurisprudência brasileira acerca da possibilidade ou não de se intentar medidas anti-processo é que não há ainda posicionamento definitivo[36], talvez até pelo fato da arbitragem ser instituto extremamente recente em nosso país.

32 A atuação do Poder Judiciário no âmbito da ação declaratória de nulidade será objeto de estudo no item 2.4 abaixo.

33 Em sentido contrário e minoritário, o entendimento de Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz: *"Diante dessas ponderações, consideramos que o princípio kompetenz-kompetenz no Brasil deve ser mitigado, à luz de todo sistema jurídico, e interpretado em harmonia com os princípios com os quais ele deverá conviver. Pode-se afirmar, por conseguinte, que o fato de o tribunal ter jurisdição para se pronunciar sobre a validade, eficácia e aplicabilidade da convenção de arbitragem, por força dos art. 8o, pár. ún., e 20 da Lei de Arbitragem, não exclui a competência do árbitro"*. ("Jurisprudência Comentada. Pedido de Suspensão de Procedimento Arbitral. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição de agravo de instrumento e de recurso de apelação. Respeito à Lei de Arbitragem. Atividade Jurisdicional do Tribunal Arbitral." In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, nº 2, maio-agosto de 2004, Editora Revista dos Tribunais.)

34 A conclusão manifestada pelos conferencistas do seminário do *Institut Pour L'Arbitrage International* (IAI) ocorrido em 21 de novembro de 2003 foi a de que as anti-sut injunctions não representam contribuição benéfica à arbitragem. Laurent Lévy, op. cit., p. 371.

35 O TJ-SP, por meio de decisão proferida em 12.06.2003 no agravo de instrumento no. 285.411-4/0, cujo relator foi o desembargador Rodrigues de Carvalho, reconheceu de forma brilhante que o Brasil não tem jurisdição para determinar a suspensão de procedimento arbitral em curso em Nova Iorque.

36 A favor da suspensão do procedimento arbitral, diante de questionamento sobre a validade da cláusula compromissória, diante de alegada inarbitrabilidade subjetiva de entidades estatais: Caso Copel x UEG, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná em 28.6. 2003. Contra o deferimento de medidas anti-processo a decisão proferida no âmbito do agravo de instrumento no. 237.442-4/5-00 da 1a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo cujo relator foi o desembargador Elliot Akel.

Espera-se que, a exemplo de nações em que a arbitragem vê-se desenvolvida como a França[37], as *anti-suit injunctions*, salvo nas hipóteses de convenção arbitral manifestamente nula, sejam rejeitadas pelo nosso Poder Judiciário, não só fazendo valer a Lei de Arbitragem, mas conferindo mais confiabilidade[38] e solidez ao instituto da arbitragem.

2.4. Ação de Decretação de Nulidade da Sentença Arbitral

Como mencionado anteriormente, a Lei Marco Maciel optou por diferir o controle do Poder Judiciário, mesmo que dentro de rígidos limites legais, para momento posterior ao do procedimento arbitral: quando a sentença - ou laudo arbitral - já tiver sido proferida, por meio do ajuizamento da ação de conhecimento pelo rito ordinário, prevista em seu artigo 33.

Dessa forma, não obstante a sentença arbitral seja, por força do artigo 31 do mencionado diploma legal, equiparada à sentença judicial, não pode ela ser atacada por meio da ação rescisória[39] e ou por ações declaratórias autônomas[40].

37 O artigo 1458 do *Nouveau Code de procédure civile* francês dispõe: *Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétenteà moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.*

38 De acordo com nossa experiência prática, quando houve questionamento sobre a competência dos árbitros, estes buscaram resolver de forma legal e justa a existência ou não de sua competência, apurando a fundo a questão, tendo inclusive para tanto, utilizado-se dos mais variados meios de provas existentes e lícitos.

39 Sobre o tema, o artigo de Flávio Luiz Yarshell: "Ação Anulatória de Julgamento Arbitral e Ação Rescisória". In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, nº 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 95-99.

40 Em sentido contrário, o ilustre professor Edoardo F. Ricci acredita que, em caso de vícios gravíssimos, a sentença arbitral possa vir a ser atacada por meio de ação declaratória após o decurso do prazo decadencial da ação anulatória prevista na *Lei de Arbitragem*. In *Lei de Arbitragem Brasileira – Oito anos de reflexão – Questões polêmicas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 204 e seguintes.

Assim, ainda que as partes tenham optado pela arbitragem justamente como forma alternativa à jurisdição estatal, esta última será competente para apreciar e julgar determinadas impugnações à sentença arbitral. O resultado de tal controle jurisdicional poderá ser a decretação de nulidade da sentença arbitral – em alguns casos também da própria convenção de arbitragem - portanto, de todo o procedimento arbitral.

Diante das graves conseqüências de tal controle e ainda visando evitar que esse controle se tornasse um mero instrumento procrastinatório da parte derrotada, o legislador estipulou limites estreitos para seu exercício, como por exemplo: prazo decadencial de 90 dias e argüição de rol taxativo de matérias, todas elas relacionadas a *error in procedendo*[41]. Caso a parte renitente tenha perdido o prazo decadencial de 90 dias para impugnação da sentença arbitral, restar-lhe-á a possibilidade de opor embargos do devedor podendo, neste âmbito, somente alegar as matérias previstas no artigo 741 do Código de Processo Civil.[42]

Mais do que isso, se, de um lado a Lei Marco Maciel foi conservadora em escolher ação de conhecimento pelo procedimento ordinário, para apurar supostas nulidades quanto ao procedimento arbitral, por outro, adotou sistemática que prestigia o juízo arbitral ao determinar que, nas hipóteses em que o laudo não esteja totalmente viciado ou nulo (artigo 32, incisos III, IV e V), o juiz determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo.

O mecanismo de anulação previsto pela Lei de Arbitragem, a nosso ver, foi acertado, eis que, ao mesmo tempo que permite às partes exercerem seu direito de verem vícios graves relativos ao

41 Isto quer dizer que o Poder Judiciário não poderá apreciar erros de julgamento, não havendo que se falar em reapreciação do mérito do litígio submetido à arbitragem.

42 A respeito: CARMONA, Carlos Alberto. In *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96*, 2ª Edição, São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 344.

procedimento arbitral decretados pelo Poder Judiciário, conserva, ao máximo, a autonomia da vontade das partes que, desde o início, optaram por submeter seu conflito à jurisdição alternativa a do Estado.

3. Jurisprudência Nacional: Questões em Debate

De acordo com pesquisa em jurisprudência judicial recentemente realizada, chega-se à conclusão que quando se trata de arbitragem as discussões mais polêmicas são atinentes a temas ainda relativamente simples - muitas vezes ligados à própria validade de seus princípios basilares.

E não poderia ser diferente, já que se trata de instituto recente, cujo desenvolvimento deu-se tão somente a partir de 2001, quando considerada válida pelo Supremo Tribunal Federal a Lei 9.307/96. A familiarização de todos - e principalmente do Poder Judiciário - com a arbitragem e suas peculiaridades leva tempo.

As principais questões debatidas dizem respeito aos seguintes tópicos: a força da cláusula compromissória em contratos celebrados antes da Lei 9.307/96[43]; arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública[44]; validade e auto-suficiência da cláusula compromissória cheia (efeito negativo e ativo – "*Kompetenz-Kompetenz*")[45]; aplicação do princípio da autonomia

43 A esse respeito, confiram-se os casos: Campari do Brasil Ltda. x Distillerie Stock do Brasil Ltda. (*Resp nº 238174-SP, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 06.05.2003*) e Aiglon Dublin Limited x Teka Tecelagem Kuenrich S.A. (*SEC nº 5847/IN-Grã-Bretanha, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 01.12.1999*).

44 Vale citar os seguintes julgados: Município do Rio de Janeiro x Guggenheim Foundation (*AgIn nº 07839/2003, TJRJ, Rel. Ademir Paulo Pimentel, j. em 26.05.2003*) e Ministère Tunisien de l´Équipement x Société Bec. Frères (*1 ere Chambre da Cour d´Appel de Paris, França, j. em 17.12.1994*).

45 Sobre a aplicação de tal princípio: Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia x Itochu (*Ag. nº 237.442-4/5-00, 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP,*

da vontade[46]; obtenção e deferimento de cautelares antes e no curso do procedimento arbitral[47], dentre outras.

Nos países em que a arbitragem existe há muitos anos e que evolui desde então são polêmicos atualmente temas bem mais complexos, dentre os quais citamos: extensão da cláusula compromissória a terceiros; cláusula compromissória em contratos coligados; cláusula compromissória em grupo de sociedades; confidencialidade do procedimento arbitral; imunidade de execução do Estado; arbitragem envolvendo múltiplas partes, dentre outras.

Acredita-se, todavia, que a jurisprudência nacional evoluirá rapidamente, como, na prática, já vem ocorrendo[48]. Para tanto, certamente contribuirá a ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque, diante da possibilidade de utilização de toda jurisprudência comparada sedimentada durante anos nos países signatários e que se espera seja levada em conta por nosso Poder Judiciário em suas decisões. [49]

4. Conclusão

Conclui-se, assim, que o Poder Judiciário possui importante papel para a arbitragem, seja ao cooperar e fornecer os instrumentos indispensáveis ao útil desenvolvimento do procedimento arbitral, seja ao controlá-lo e evitar o cometimento de abusos: sempre dentro da estrita legalidade.

Poder Judiciário e Arbitragem possuem papéis complementares e devem conviver em plena harmonia, como ocorre em nações onde a arbitragem é muito evoluída.

O Poder Judiciário Brasileiro tem dado mostras de estar acompanhando de perto as evoluções e tendências internacionais, tornando-se um líder na América Latina e fazendo com que a arbitragem se consagre, de fato, como um modo útil e eficaz de soluções de conflitos em benefício da pacificação social.

Rel. Elliot Akel, j. em 20.08.2002) e American Bureau of Shipping x Copropriété Maritime Jules Verne (*1ere Chambre da Cour d´Appel de Paris, França, j. em 04.12.2002*).

46 Total Energie x Thorey Invest Negócios (AgIn nº 1111650-0, 7ª Câmara de Direito Privado do 1º TAC/SP, Rel. Juiz Waldir de Souza José, j. em 24.09.2002) e Diallo x Andrieu (1 ere Chambre da Cour d´Appel de Paris, França, j. em 13.02.2003).

47 Euroforte Indústria e Comércio Ltda. x Jefferson Sabino Francisco (*Ag. nº 240.062-4/8-00, 1ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, Rel. Elliot Akel, j. em 27.08.2002*).

48 Como exemplo dessa rápida evolução, citam-se as recentes homologações pelo Superior Tribunal de Justiça, nas quais temas controvertidos foram decididos pro-arbitragem: Resp nº 712.566/RJ, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.08.2005; SEC nº 802, Corte Especial do STJ, Re. Min. José Delgado, j. em 17.08.2005.

49 PITOMBO, Eleonora Coelho, "A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil". P. 307 in Novos Rumos da Arbitragem no Brasil, São Paulo, Fiuza Editores, 2004.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. "Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996". In *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e Joaquim de Paiva Muniz. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, nº 2, maio-agosto de 2004, Editora Revista dos Tribunais.

BERMUDES, Sergio. "Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral". In *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. "Das Relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário". In *Revista Brasileira de Arbitragem*, volume 6, abr/maio/jun 2005, Thomsom IOB e Cbar.

CARMONA, Carlos Alberto. "Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz?". In *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

_____, In *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96*, 2ª Edição, São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

HANOTIAU, Bernard. "A Experiência da Cautelar pré-arbitral da CCI". In *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais da*

Arbitragem, nº 17, ano 5, julho-setembro de 2002, Editora Revista dos Tribunais.

LÉVY, Laurent. "Relatório do Seminário do Institut pour L'Arbitrage International (IAI) de 21 de Novembro de 2003 – A utilização das *anti-suit injunctions* na arbitragem internacional". In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, nº 2, maio-agosto de 2004, Editora Revista dos Tribunais.

MARTINS, Pedro Batista. "Da Ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro". In *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MURIEL, Marcelo. "A Arbitragem Frente ao Judiciário Brasileiro". In *Revista Brasileira de Arbitragem*, volume 1, Jan- Mar de 2004, Thomsom IOB e Cbar.

NUNES, Thiago Marinho. "A Prática das *Anti-Suit Injunctions* no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro". In *Revista Brasileira de Arbitragem*, volume 5, jan/fev/mar 2005, Thomsom IOB, Cbar.

PITOMBO, Eleonora Coelho. "A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil". In *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*, São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

RICCI, Edoardo Flavio. In *Lei de Arbitragem Brasileira – Oito anos de reflexão – Questões polêmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

YARSHELL, Flávio Luiz. "Ação Anulatória de Julgamento Arbitral e Ação Rescisória". In *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, nº 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

O Caso Lage e a Falácia da Inconstitucionalidade do Juízo Arbitral: uma História da Arbitragem no Brasil através da Análise das Decisões do Supremo Tribunal Federal[1]

Leandro Rigueira Rennó Lima

Advogado, Mestre em Direito, Professor de Direito Empresarial na PUC Minas, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Novos Horizontes em Belo Horizonte – MG, Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem

1 Este artigo foi apresentado, inicialmente, como Monografia na disciplina *História do Direito* do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nível Doutorado, sob a orientação da Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin.