

Coleção **GRANDES TEMAS DO NOVO CPC**

Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

9

JUSTIÇA MULTIPORTAS

Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos

COORDENADORES

Hermes Zaneti Jr.

Trícia Navarro Xavier Cabral

2ª edição

2018

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A alegação de existência da convenção de arbitragem antes da contestação no CPC/2015

Suzana Santi Cremasco¹

Daniel Freitas Drumond Bento²

Leonardo Sette Abrantes Fioravante³

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. O SISTEMA ARBITRAL BRASILEIRO: 2.1. EFEITOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. 2.2. O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. 2.3. PODER JUDICIÁRIO E ARBITRAGEM: AS RARAS HIPÓTESES AUTORIZADAS DE INTERVENÇÃO. 3. A ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 3.1. A FALTA DA EXCEÇÃO DE ARBITRAGEM. 4. A NECESSIDADE DE COMBATE DAS MEDIDAS ANTIARBITRAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 4.1. MEDIDAS ANTIARBITRAIS COMO VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ CONTRATUAL E PROCESSUAL. 4.2. A POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ANTES DA CONTESTAÇÃO COMO MEDIDA EFETIVA DE COMBATE ÀS MEDIDAS ANTIARBITRAIS. 5. CONCLUSÕES. 6. REFERÊNCIAS.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A arbitragem, nas palavras de Francisco José Cahali⁴, é uma forma de composição extrajudicial de conflitos, eleita de comum acordo pelas partes,

1. Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Processual pela UFMG. Professora Assistente de Arbitragem e de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Milton Campos. Diretora Científica do IDPro – Instituto de Direito Processual. Secretária Adjunta do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual para Minas Gerais. Membro do CBar – Comitê Brasileiro de Arbitragem. Membro do Conselho Deliberativo e Vice-Presidente de Comunicação da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil. Advogada sócia do escritório Suzana Cremasco Advogados, com atuação específica em arbitragem e em contencioso judicial estratégico. E-mail: suzana.cremasco@gmail.com.
2. Mestrando em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela UFMG. Coordenador Adjunto do Núcleo de Estudos em Solução de Conflitos da Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do CBar – Comitê Brasileiro de Arbitragem, da Comissão de Arbitragem da OAB/MG, da ICC-YAFF e da Young ICCA. Membro da Comissão Organizadora da Competição Brasileira de Arbitragem (2015-2016). Advogado da área de arbitragem, mediação e contencioso estratégico do escritório Tolentino Advogados. E-mail: dfdb0405@gmail.com.
3. Mestre em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Solução de Conflitos da Faculdade de Direito Milton Campos. Coach da equipe de Competição de Arbitragem da Faculdade de Direito Milton Campos na Competição Brasileira de Arbitragem da CAMARB e na Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/MG. Advogado do escritório Magalhães e Chegury Advogados Associados. E-mail: leo7fioravante@yahoo.com.br.
4. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem* [livro eletrônico]: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

mediante o estabelecimento de uma convenção – seja na modalidade cláusula compromissória, seja na forma de compromisso arbitral. Por meio dela, as partes delegam a um ou mais terceiros, como se juiz fossem, a solução de controvérsia que verse sobre direitos patrimoniais e disponíveis, tendo a sua decisão força de título executivo judicial, passível de execução compulsória e imediata perante o Poder Judiciário.

A tal método de solução de conflitos se atribuem vantagens substanciais quando comparado ao processo estatal, em especial a celeridade, a confidencialidade, a flexibilidade do procedimento, além da melhor experiência dos julgadores no objeto do litígio – que normalmente envolve pessoas coletivas e cuida de questões complexas, especializadas e de conteúdo econômico expressivo.

A arbitragem não é um instituto novo no Brasil, sendo certo que as primeiras previsões legislativas a seu respeito remontam aos tempos imperiais⁵. Não obstante, historicamente, o reconhecimento da arbitragem no país não se deu de forma rápida ou pacífica e mesmo após a edição de um marco legal específico – a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 – surgiram polêmicas e questionamentos sobre a sua constitucionalidade⁶, a sua jurisdicionalidade⁷ e a força vinculante e obrigatória da convenção⁸ firmada entre as partes para sua utilização.

Pouco a pouco, porém, as sólidas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores⁹, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de privilegiar a arbitragem proporcionaram uma crescente superação da desconfiança

5. Assim é que foi prevista tanto na Constituição do Império de 1824 (art. 160), como no Regulamento 737 de 1850 (art. 411/ss).
6. Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206, em 2001, oportunidade em que se afirmou o alinhamento dos artigos 6º, parágrafo único, 7º e seus parágrafos, 41 e 42 da Lei nº 9.307/96 com o texto da Constituição Federal de 1988.
7. Reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades. A propósito, cf. CC 111.230/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 08/05/2013, DJe 03/04/2014; REsp 1277725/AM, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 12/03/2013, DJe 18/03/2013, REsp 1302900/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 09/10/2012, DJe 16/10/2012, entre outros.
8. Em pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR), sob a temática “Arbitragem e Poder Judiciário”, constatou-se que várias decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) “foram no sentido de que as partes não podem ser privadas do livre acesso à prestação jurisdicional, e a cláusula compromissória não as inibe de optar pela jurisdição estatal, sob pena de restar afastada a garantia constitucional de acesso à justiça”. “Entendeu o TJRS que a Lei 9.307/96 conferiu às partes a faculdade de resolverem suas disputas por arbitragem. Assim, ainda que o contrato contenha cláusula compromissória as partes podem recorrer ao Judiciário porque a cláusula traduz mera liberalidade e não obrigatoriedade. Isso fez com que houvesse a reforma de decisões que em 1ª instância foram favoráveis à extinção do processo em razão da existência de convenção arbitral, não sendo reconhecido este efeito negativo em sede recursal”. Disponível em: http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf. Acesso em: 18. Jan. 2017.
9. Nesse sentido, pode-se citar os julgados mencionados na nota de rodapé nº 7 acima.

e dos questionamentos jurídicos em torno do instituto, que teve como contrapartida um aumento na sua utilização¹⁰. O apoio da jurisdição estatal no reconhecimento, aplicação e preservação da arbitragem foi, de fato, fundamental para a consolidação desse sistema de solução de conflitos, na medida em que encontrar no Poder Judiciário ambiente tecnicamente adequado e favorável ao instituto fez com que a sua previsão pelas partes e sua utilização, com segurança, se tornassem sempre – e cada vez mais – frequentes.

A autonomia da arbitragem em relação ao Poder Judiciário, contudo, não é absoluta. A intervenção estatal no juízo arbitral é autorizada em determinadas situações, raras e específicas, que podem ocorrer antes, durante ou após o procedimento arbitral, sendo necessário, porém, que tanto árbitro quanto juiz togado respeitem as suas respectivas competências a fim de evitar situações conflituosas que podem refletir negativamente para a solução do litígio.

Algumas dessas situações excepcionais se caracterizam como “medidas antiarbitrais” porquanto consistem no requerimento e na obtenção de ordens judiciais destinadas a impedir o início ou sobrestar a tramitação processual de determinado procedimento arbitral, com a adoção de instrumentos de “anti-processo” ou “anti-suit injunctions”^{11/12/13}.

2. O SISTEMA ARBITRAL BRASILEIRO

A arbitragem, como já se pontuou, é regulada no Brasil pela Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem, com as alterações trazidas pela Lei 13.129/2015 – texto legal com pouco mais de quarenta artigos que instituiu, modernamente, o chamado sistema arbitral brasileiro. Entre outras questões, esse sistema traz consigo três premissas fundamentais cujo conhecimento e compreensão são essenciais para que se possa melhor entender os impactos das medidas antiarbitrais no nosso ordenamento jurídico: (i) os efeitos da convenção de arbitragem sobre os litigantes; (ii) o princípio da competência-competência; e (iii) as hipóteses nas quais o Poder Judiciário é autorizado a intervir no procedimento arbitral.

10. LEMES, Selma Ferreira. *Análise da Pesquisa Arbitragem em números de 2010 a 2013*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20da%20Pesquisa%20Arbitragem%20em%20N%C3%BAmeros%202010-2013.pdf>. Acesso em: 18. Jan. 2017.
11. ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 95.
12. BOISSESON, Mathieu de. As anti-suit injunction e o princípio da “competência-competência”. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, vol. 7, out-dez 2005, p. 138-145.
13. MARQUES, Ricardo Dalmaso. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9.307/1996 – Comentário às decisões da MC 17.868/BA. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 9, vol. 32, jan-mar 2012 p.293.

2.1. Efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Por meio dela, as partes pactuam a utilização da arbitragem para solucionar seus conflitos atuais e certos – compromisso arbitral – ou futuros e incertos – cláusula compromissória. A convenção de arbitragem é, na sua essência, um contrato celebrado entre as partes que gera obrigações na esfera civil e processual dos litigantes.

Da celebração da convenção de arbitragem decorrem dois efeitos principais, o positivo e o negativo. Este exclui, *prima facie*, a apreciação do conflito pelo Poder Judiciário Estatal das questões atinentes ao julgamento do litígio. Aquele, por sua vez, impõe às partes a solução do(s) litígio(s) obrigatoriamente pela via arbitral. Se diz *prima facie*, uma vez que é facultada às partes pleitearem a nulidade da sentença arbitral nas hipóteses elencadas no art. 32 da Lei de Arbitragem¹⁴.

O efeito negativo é dirigido ao Estado-Juiz, na medida em que impede o magistrado de apreciar o mérito da controvérsia submetida à arbitragem. Tanto é assim que a existência de convenção de arbitragem é causa de extinção do processo sem resolução de mérito nos termos do art. 485, VII do Código de Processo Civil de 2015¹⁵. Em outras palavras, afasta-se da jurisdição estatal – como regra – a análise do litígio objeto da convenção, comportando-se, portanto, como verdadeiro pressuposto processual negativo. O efeito positivo, a seu turno, é direcionado aos litigantes, que, de um lado, devem obrigatoriamente submeter eventual litígio ao juízo arbitral, salvo as autorizações legais concedidas ou novo acordo entre as partes que permitam eventual desvinculação à previsão; e, de outro, têm assegurada a possibilidade de arguir a existência da convenção de arbitragem – e, por conseguinte, a inviabilidade de processamento e julgamento da controvérsia perante o Poder Judiciário, no caso de eventual descumprimento do pactuado, pelo outro contratante.

Assim, a convenção de arbitragem ao mesmo tempo que obriga as partes a levarem seus litígios ao juízo arbitral, desautoriza o ajuizamento de ações judiciais sobre o objeto acordado e, em princípio¹⁶, impede a análise da controvérsia pelo Poder Judiciário.

14. Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VI - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.
15. Que, quanto a esse aspecto, mantém a sistemática prevista no art. 267, VII, do Código de Processo Civil de 1973.
16. Diz-se, aqui, em princípio, na medida em que a alegação de existência de convenção de arbitragem depende de manifestação expressa da parte interessada, não sendo dado ao juiz argui-la de ofício.

2.2. O princípio da competência-competência

Ao lado dos efeitos da convenção de arbitragem, um dos eixos estruturais do sistema arbitral brasileiro é a adoção do princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), que vem definido na melhor doutrina como a “competência dos árbitros para decidirem sobre sua própria competência e o impedimento, *a priori*, do juiz togado”¹⁷. Ele é expressamente consagrado no parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem.

Tal princípio está intimamente ligado aos efeitos da convenção de arbitragem, uma vez que se não tivesse o árbitro competência para decidir sobre sua própria competência, de nada valeria afastar a atuação do Poder Judiciário no caso concreto, uma vez que ele seria inevitavelmente chamado a decidir questão preliminar – competência do juízo arbitral – para que, em seguida, se remetesse às questões de mérito ao tribunal arbitral.

Grande parte das alegações contidas nos pedidos de medidas antiarbitrais apresentados perante o Poder Judiciário versam exatamente sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Não raras são as alegações no sentido de que a convenção de arbitragem é nula, não existe ou não tem efeitos sobre determinado conflito ou sobre determinada pessoa. Diante dessa situação – alegação da falta de jurisdição arbitral por uma das partes – o sistema arbitral brasileiro dá ao árbitro a competência primeira para decidir sobre tal questão, não podendo, portanto, as partes valerem-se do Poder Judiciário para solucionar tal pendência antes de os árbitros se manifestarem sobre o tema. Frise-se que o Código de Processo Civil de 2015 reconhece, em definitivo, o princípio da competência-competência do juízo arbitral ao incluir, na parte final do art. 485, VII, como causa de extinção do processo sem resolução de mérito a situação na qual “o juízo arbitral reconhece sua competência”.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro, “ao conferir caráter jurisdicional à arbitragem, acolheu a regra do *Kompetenz-Kompetenz* como meio de assegurar a efetividade da arbitragem”¹⁸.

17. Isso ocorre na medida em que, em sendo a convenção um contrato, o rompimento do pactuado pelos contratantes, com recurso ao Poder Judiciário sem qualquer contestação importaria em novação e em consequente distrato tácito da manifestação de vontade anterior, sobre a qual o juízo estatal não tem qualquer ingerência. Tal entendimento foi expressamente encampado no NCPC, conforme se vê do disposto no art. 337, parágrafos 5º e 6º.
18. PITOMBO, Eleonora Coelho. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem* – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 327.

2.3. Poder Judiciário e Arbitragem: as raras hipóteses autorizadas de intervenção

Em respeito ao seu caráter inequivocamente jurisdicional e a autonomia que é inerente à cada uma das jurisdições, são poucas – pouquíssimas – as hipóteses nas quais o Poder Judiciário é autorizado a intervir quando há convenção de arbitragem firmada entre as partes. A articulação entre a arbitragem e justiça estatal pode ocorrer em diferentes situações, mas sempre no sentido de “intervenções eficacizantes”¹⁹, ou seja, sempre com o intuito de dar eficácia à convenção de arbitragem, às decisões e às sentenças arbitrais e sempre de forma a estabelecer um sistema de cooperação necessário entre o juízo arbitral e o juízo estatal.

É o caso, por exemplo, do disposto no art. 7º da Lei de Arbitragem, quando o Poder Judiciário é convocado para compelir uma das partes da convenção de arbitragem a celebrar o compromisso arbitral quando há resistência à instituição da arbitragem e a cláusula compromissória, por ser vazia²⁰, não fornece elementos suficientes para iniciar o procedimento arbitral sem a cooperação e a presença da parte resistente.

O Poder Judiciário também pode intervir quando há a necessidade de medidas cautelares e de urgência antes da instituição da arbitragem nos termos dos arts. 22-A e 22-B da Lei 9.307/96. E por fim, nos casos de nulidade da sentença arbitral, no qual se faz o controle de legalidade – e não de mérito – da decisão do tribunal arbitral e, ainda, com vistas a dar execução forçada às decisões do tribunal arbitral, quando são descumpridas por seus respectivos destinatários.

Todas as previsões insertas em lei de intervenção do Poder Judiciário na arbitragem são, consoante já se pontuou, no sentido de privilegiar o instituto, seja dando início ao procedimento, no caso de resistência de uma das partes, seja no sentido da determinação de medidas urgentes quando ainda não há arbitral constituído, seja de modo a praticar atos para os quais o Tribunal Arbitral não detém jurisdição para exercê-los.

Com efeito, é digno de nota que não há intervenção do Poder Judiciário na tramitação do procedimento arbitral, quando ele está em curso, sendo que as

(coords.). *Arbitragem* – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In *Memo-riam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 333.

19. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CUNHA, Fernando Antônio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do judiciário nos litígios societários. In: *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 728.
20. Cláusula arbitral vazia é aquela cláusula compromissória que não possui todas as informações necessárias ao início do procedimento arbitral, trazendo, portanto, uma lacuna, como por exemplo, a câmara arbitral eleita pelas partes.

previsões dos arts. 22, §2º e do art. 22-C da Lei de Arbitragem são no sentido de dar efetividade às decisões do tribunal arbitral, as quais somente podem ser executadas por meio do Poder Judiciário, que é detentor exclusivo do uso de métodos coercitivos.

Em síntese, não há qualquer previsão legal que autorize a intervenção do Poder Judiciário na arbitragem com vistas a obstar o início ou sobrestar a tramitação do procedimento, de modo que as medidas antiarbitrais não possuem guarida ou amparo no sistema arbitral proposto pela legislação brasileira, embora se reconheça que têm sido frequentes as tentativas sucessivamente levadas a efeito por alguns litigantes no sentido de se socorrer de tal intervenção, indevidamente.

3. A ARBITRAGEM NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:

Para uma correta análise do cabimento das medidas antiarbitrais no Brasil, não se deve restringir o objeto de estudo à sistemática da Lei de Arbitragem. O Código de Processo Civil de 2015 introduziu um novo sistema processual no país e, como tal, incorporou a responsabilidade de lidar com as medidas antiarbitrais, uma vez que essas, invariavelmente, têm origem no Poder Judiciário²¹.

Já no capítulo dedicado às normas fundamentais do processo civil – uma das grandes novidades constantes no novo sistema – percebe-se uma “notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional de conflitos tradicional agregada à absorção dos meios alternativos”²². Nota-se, inclusive, que o art. 3º, §1º²³ do novo diploma – especialmente quando analisado em conjunto com o disposto no art. 42²⁴ – põe fim às discussões – a nosso ver, ultrapassadas – no sentido de que arbitragem não seria jurisdição.

De fato, o CPC de 2015, bem mais do que o CPC de 1973, não só estimula a utilização de métodos adequados de solução de conflitos – notadamente

21. A escolha pelo Poder Judiciário para obter essas medidas não é aleatória e decorre fundamentalmente, de um lado, do receio dos envolvidos com o procedimento – Câmaras, árbitros, partes e advogados – de serem responsabilizados – em âmbito civil e criminal – por descumprimento de ordem judicial; e, de outro, da certeza da excessiva morosidade da justiça brasileira em pôr fim às controvérsias submetidas à sua apreciação. Assim, uma vez judicializada a controvérsia e obtida liminar com vistas a impedir o início ou sobrestar o prosseguimento do procedimento arbitral, a parte que recorreu ao juízo estatal passa a contar com o ônus do tempo do processo judicial a seu favor, em detrimento de todos os preceitos que envolveram a sua manifestação de vontade anterior.
22. THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO, et. al. *Novo CPC* – fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 213.
23. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
24. Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

mediação e conciliação, como também cria uma estrutura legislativa para que isso seja possível, partindo da premissa, acertada, de que esses mecanismos não só podem, como devem existir em conjunto com o processo judicial e com ele atuar em cooperação.

Especificamente no que pertine à arbitragem, o novo texto manteve o viés do Código anterior, permitindo um tratamento econômico e conciso de questões pontuais de interface entre o sistema judicial e arbitral. Todavia, trouxe algumas modificações importantes, no sentido de dar maior proteção e eficácia à arbitragem, como é o caso da carta arbitral (art. 69, §1º c/c art. 237, IV) e da previsão expressa de segredo de justiça para os processos relacionados à arbitragem (art. 189, IV).

Permaneceram no Código as disposições anteriores relativas à extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VII), a natureza de título judicial executivo concedida à sentença arbitral (art. 515, VIII) e à eficácia imediata da sentença que deferiu o pedido de instituição de procedimento arbitral (art. 1.012, §1º, IV).

Desse modo, a estrutura do Código de Processo Civil de 1973 foi praticamente mantida, existindo, todavia, acréscimos no sentido de se dar maior efetividade ao instituto.

3.1. A falta da exceção de arbitragem

O substitutivo do Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado na Câmara dos Deputados em março de 2014 trazia especial avanço no tocante ao combate das medidas antiarbitrais ao contemplar a disciplina da chamada “exceção de arbitragem”.

Previamente os artigos 345 e 346 daquela versão do Projeto de NCPC²⁵ um momento processual específico para a apreciação pelo magistrado da existência da convenção de arbitragem firmada entre as partes.

25. “Art. 345. A alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, na audiência de conciliação. § 1.º A alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de rejeição liminar. § 2.º O autor será intimado para manifestar-se imediatamente sobre a alegação. Se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até quinze dias para essa manifestação. § 3.º A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser formulada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341. § 4.º Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação começará a fluir. § 5.º Se, antes da audiência de conciliação, o réu manifestar desinteresse na composição consensual, terá de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos deste artigo. Art. 346. Não tendo sido designada audiência de conciliação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, no prazo da contestação. § 1.º A alegação deve

De acordo com a sistemática então proposta, a existência da convenção deveria ser informada pela parte interessada por meio de petição autônoma, logo no início do processo, sendo que, nesse caso, o prazo para apresentação de defesa – em relação às demais questões processuais e às questões de fundo – seria interrompido, devendo o magistrado analisar primeiramente a exceção proposta, e, por conseguinte, a possibilidade ou não de que a controvérsia fosse submetida à apreciação do Poder Judiciário.

A previsão continha um avanço significativo ao desvincular a alegação de existência da convenção de arbitragem da contestação – como previa o art. 301, IX, do CPC/73 – e, assim, romper com a necessidade de que, por força do princípio da eventualidade, a matéria sempre viesse acompanhada dos demais pontos de defesa – inclusive de mérito. Tal vinculação é responsável por forçar uma antecipação absolutamente inconveniente de fundamentos e documentos de defesa, que muitas vezes não são analisados pelo Poder Judiciário em virtude da existência de um ponto prejudicial central: a ausência de jurisdição do juiz estatal para processar e julgar a controvérsia em virtude da convenção de arbitragem firmada entre as partes e do princípio da competência-competência.

A proposta contemplada no substitutivo da Câmara dos Deputados foi afastada no Relatório Final da Comissão Especial e pelo plenário do Senado Federal sob alegação de que não seria justificável criar um incidente processual novo – e até então desconhecido – quando um dos preceitos do novo texto é, exatamente, a simplificação procedimental. A proposta iria na contramão da exclusão de todos os demais incidentes de defesa previstos na sistemática anterior – exceção de incompetência relativa, impugnação ao valor da causa e impugnação à assistência judiciária – e representaria, na verdade, um atraso para a tramitação do processo, especialmente quando o tratamento da existência da convenção poderia ser feito em preliminar de contestação.

A justificativa dada, porém, não se sustenta, pois a exceção prevista muito antes de contrariar, imprimiria simplicidade e celeridade ao processo, uma vez que, acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ele seria extinto e o escopo de análise do magistrado seria restrito à existência ou não de convenção de arbitragem e a nenhuma questão mais.

Ao encampar a exceção de arbitragem, o legislador criava, ainda, um importante mecanismo de combate às medidas antiarbitrais, pois estabelecia um

estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de ser rejeitada liminarmente e o réu ser considerado revel. § 2.º A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser apresentada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto art. 341. § 3.º Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação recomençará por inteiro”.

regramento próprio, em virtude do qual não seria necessário que se aguardasse o cumprimento de toda a fase postulatória, inclusive com a realização de providências preliminares – para que só então se permitisse a análise da questão prejudicial, com um ganho de tempo considerável.

Não foi, porém, o que prevaleceu no texto final aprovado, que manteve a disciplina do Código de Processo Civil de 1973 e elencou a existência de convenção de arbitragem entre as matérias de contestação (art. 337, X).

4. A NECESSIDADE DE COMBATE DAS MEDIDAS ANTIARBITRAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

4.1. Medidas antiarbitrais como violação da boa-fé contratual e processual

A utilização do expediente das medidas antiarbitrais, para além de contrariar o sistema arbitral e o sistema processual brasileiro nos moldes em que foram estruturados, atenta também contra a boa-fé contratual e processual.

A convenção de arbitragem é, consoante já se apontou, um contrato no qual as partes elegem a arbitragem para a solução de conflitos relativos a determinada relação jurídica. Assim, os litigantes contratam obrigação de fazer, qual seja, a de serem parte de um procedimento arbitral – efeito positivo –, o que as impede de recorrer ao Poder Judiciário para solução desse conflito – outro lado também do efeito positivo.

Assim, quando uma parte ajuíza demanda no Poder Judiciário visando a suspensão ou obstaculização do procedimento arbitral, descumprindo frontalmente a obrigação de fazer da qual se incumbiu quando da celebração do contrato. Viola, portanto, o *pacta sunt servanda* e o dever de boa-fé previsto no art. 422 do Código Civil²⁶. Age, portanto, em verdadeiro *venire contra factum proprium*, assim entendido como “toda pretensão lícita, mas objetivamente contraditória em relação ao comportamento anterior praticado pelo mesmo agente”²⁷.

Por mais que o recurso ao Poder Judiciário seja, em primeiro plano, uma alternativa lícita, pois, por disposição constitucional expressa, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), não é possível, dentro da teoria da boa-fé, notadamente do art. 187 do Código Civil²⁸, compreender tal comportamento contraditório, que rompe com

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

27. BORBA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 11.

28. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

toda a expectativa lícitamente gerada quando da celebração da convenção de arbitragem de que o litígio fosse solucionado por um método mais célere, mais técnico, mais flexível e, não raras vezes, de cunho sigiloso.

Além de se caracterizar como inequívoca má-fé contratual – o que tem tornado cada vez mais comum a previsão, pelas partes, de sanções em caso de descumprimento da previsão, a utilização das medidas antiarbitrais também pode ser considerada como má-fé processual, devendo a parte que a provocar sofrer as penalidades previstas no art. 79 do NCPC²⁹.

O requerimento ao Poder Judiciário de uma medida antiarbitragem vai, como visto, contra os dispositivos da Lei 9.307/96, enquadrando-se na hipótese do art. 8º, I, do NCPC que define como uma das hipóteses de litigância de má-fé “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”.

Pedir que o Poder Judiciário declare, por exemplo, a nulidade, inexistência, ineficácia da convenção de arbitragem, assim como a inarbitrabilidade da demanda ou a constituição indevida do Tribunal Arbitral é ir contra o texto expresso do parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, que dá ao árbitro a competência primeira exclusiva para tanto e, como tal, deve ser prontamente reconhecido e sancionado, até mesmo de forma a coibir a conduta e impedir que a prática se torne frequente e reiterada.

4.2. A desvinculação da alegação de existência da convenção de arbitragem da contestação como medida efetiva de combate às medidas antiarbitrais³⁰

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a disciplina constante no Código de Processo Civil de 1973 no sentido de que a existência de convenção de arbitragem firmada entre as partes é matéria de defesa, que deve ser suscitada pelo interessado como preliminar de contestação (art. 337, X). Disso decorre que, uma vez pactuada a convenção de arbitragem entre os signatários a ruptura desse acordo por qualquer delas, com o ajuizamento de demanda perante o Poder Judiciário, cria para a parte contrária a prerrogativa de vir aos autos e invocar a matéria na sua defesa.

29. Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

30. Quanto a esse ponto, cumpre ressaltar que a primeira autora tem posicionamento firmado nas anotações ao art. 337, X, dos Comentários ao Código de Processo Civil da Editora Saraiva, no sentido de inviabilidade de antecipação, o que é compreensível considerando a controvérsia em torno do tema, o público alvo e a finalidade daquela publicação. As ideias lançadas neste estudo refletem o avanço das suas reflexões no tocante à matéria, a partir do diálogo estabelecido, e buscam lançar luzes na discussão em torno do tema.

A disciplina da forma como foi posta pelo legislador é objeto de inúmeras críticas por parte da comunidade arbitral, na medida em que, consoante já se consignou, – por força do princípio da eventualidade (art. 336) – não raras vezes o réu se vê obrigado a suscitar a existência de convenção de arbitragem e, por conseguinte, a necessidade de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VII), mas, sucessivamente, acaba por antecipar toda a defesa de fundo – inclusive documentos (art. 434) – em relação à questão controvertida, defesa esta que, tecnicamente, só deveria ser efetivamente apresentada no bojo do procedimento arbitral.

Isso fere – e fere de forma grave, o princípio da igualdade entre as partes – um dos mais caros princípios da arbitragem, positivado no direito brasileiro no art. 21, §2º, da Lei 9.307/96 – na medida em que o acolhimento da alegação de convenção de arbitragem e a consequente extinção do processo sem resolução de mérito, com a remessa das partes ao juízo arbitral, faz com que o autor da demanda judicial conheça, previamente, os fatos, fundamentos e provas que o réu dispõe para contrapor a sua pretensão.

Considerando tratar-se de pressuposto processual negativo, à luz do disposto no art. 485, §3º³¹, a questão que se coloca é se estaria o réu autorizado a suscitar a matéria fora da contestação, seja de forma antecipada – para ser decidida pelo juiz de imediato – ou, ainda, de forma postergada, durante a marcha processual.

Quanto à segunda hipótese não se tem dúvida de que a arguição da existência de convenção de arbitragem de forma postergada encontra vedação no disposto no art. 337, §6º, que é expresso ao consignar que o silêncio do réu na sua contestação acerca do tema importa em aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral, porquanto haveria verdadeiro distrato tácito entre as partes quanto a tratativa anteriormente firmada.

Com efeito, a convenção de arbitragem, por conter manifestação de vontade das partes em submeter uma determinada controvérsia à solução pela via arbitral, é, no seu cerne, um contrato – assim entendido como um acordo de vontades para a consecução de um determinado fim. A sua assinatura pelas partes tem o condão de obrigá-las a se submeter ao juízo arbitral, independentemente de decisão do Poder Judiciário nesse sentido. A partir do momento, porém, que uma das partes descumpra deliberadamente com o pactuado e apresenta sua demanda ao juízo estatal sem que tal conduta seja objeto de impugnação, a tempo, modo e forma, pela parte contrária, o legislador lê essa

31. Art. 485, §3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

postura das partes como emissária de uma nova manifestação de vontade – tácita, silenciosa, mas nem por isso, irrelevante ou sem significados – no sentido de distratar o acordo anterior e, por conseguinte, submeter a contenda ao juízo estatal.

Por outro lado, tratando-se de medida ajuizada no Poder Judiciário com vistas a impedir o início ou sobrestar a tramitação de processo judicial, dificilmente ela escaparia de ter a sua admissibilidade e a sua inadequação questionadas pelo réu já em sede de contestação.

A primeira hipótese é, sem dúvida, mais controvertida. Embora a existência da convenção e a consequente remessa dos autos ao juízo arbitral possa ser objeto de conciliação entre as partes na audiência inicial designada para tanto (art. 334), saber se a questão é ou não passível de ser apresentada pelo réu como modalidade de defesa prévia nos autos, em apartado da contestação, com o intuito de que ela seja examinada pelo magistrado de antemão é medida que se impõe, especialmente de forma a combater o uso do processo judicial em prejuízo da convenção de arbitragem anteriormente pactuada.

A grande preocupação, quanto a esse ponto, reside no fato de que com o prazo de defesa previsto para se iniciar, em regra, da data da audiência de tentativa de mediação/conciliação (art. 335, I) haveria um ganho de tempo considerável por parte do autor até que o réu pudesse lançar a questão concernente à existência de convenção de arbitragem – e, por conseguinte, a ausência de jurisdição do Poder Judiciário para processar e julgar a controvérsia, com inequívoco prejuízo ao procedimento arbitral, especialmente se concedida liminar com vistas impedir ou limitar a sua tramitação.

E aqui o primeiro ponto que merece reflexão diz respeito ao fato de o legislador ter criado uma fase obrigatória de tentativa de solução consensual do conflito no Poder Judiciário, o que impediria que a questão fosse previamente suscitada – especialmente quando a própria Lei de Arbitragem, ao tratar sobre o procedimento judicial para obtenção/suprimento de compromisso arbitral, prevê expressamente a obrigatoriedade de o juiz tentar obter a conciliação das partes acerca do litígio existente entre elas (art. 7º, §2º).

A nosso ver, as duas questões não se confundem, absolutamente. Quanto ao art. 7º, §2º da Lei de Arbitragem impõe ao juiz o dever de tentar conciliar as partes no curso do procedimento para a obtenção de compromisso arbitral, há previsão legal que autoriza que ele o faça, sendo certo que o magistrado detém jurisdição e é competente para processar e julgar o procedimento. Abre-se, portanto, uma exceção dentro da sistemática da Lei de Arbitragem – que, como tal, vem expressa – para possibilitar que, diante daquele caso específico, se tente a composição junto à jurisdição estatal.

Essa não é a hipótese do processo judicial indevidamente iniciado perante o Poder Judiciário, especialmente quando intentado para tumultuar e gerar embaraços no procedimento arbitral. Não parece razoável submeter os litigantes a uma estrutura de tentativa de composição amigável obrigatória perante alguém que não detém jurisdição para tanto e, mais grave, em prejuízo ao andamento do procedimento que foi oportunamente acordado entre eles.

Para além dessa questão, dois outros pontos centrais devem ser necessariamente analisados: a eventual violação do princípio da unicidade da contestação e, ainda, a preclusão consumativa. Destarte, a partir do momento em que o réu apresenta nos autos petição contendo matéria de defesa – mesmo que não denomine sua manifestação de contestação e apenas invoque a existência da convenção de arbitragem, juntando a prova respectiva – haveria o risco de que esta manifestação viesse a ser reputada pelo magistrado como sua contestação, sem possibilidade de que – rejeitada a arguição de convenção de arbitragem – futuramente se renovasse o prazo para defesa quanto ao mais. E tudo isso porque à luz do art. 336, a contestação do réu deve conter toda a matéria de defesa que ele entender cabível frente ao caso, inclusive aquelas relativas às condições da ação e pressupostos processuais, entre as quais a existência de convenção de arbitragem se insere.

Quanto a esse aspecto, o primeiro ponto que nos ocorre é que a leitura do disposto no art. 337, X e seus parágrafos 5º e 6º, e do texto do art. 485, parágrafo 3º, deve ser feita, necessariamente, à luz das normas fundamentais do NCPC – segundo as quais “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado”. Deve ser feita, ainda, conforme os preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

E tanto o CPC de 2015 (art. 4º³² e art. 6º³³), quanto o texto constitucional (art. 5º, LXXVIII³⁴) trazem a duração razoável do processo – com o recurso a todos os meios que lhe são inerentes – como princípio fundamental. Com efeito, a própria Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas apontou a preocupação com a questão ao deixar claro que na elaboração do novo texto “levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é a ausência de justiça”³⁵.

32. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

33. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

34. Art. 5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

35. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, p. 16. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.

Nesse contexto, não nos parece adequada qualquer interpretação de qualquer texto do Código no sentido de permitir condutas protelatórias de qualquer dos agentes do processo, de modo que, muito antes de estabelecer a contestação como marco único no qual a existência da convenção de arbitragem pode ser alegada, o que o legislador pretendeu foi estabelecer um termo final até o qual a questão pode ser suscitada. E tanto é assim que fez constar expressamente no §6º do art. 337 que não sendo alegada a questão haveria preclusão da matéria, com renúncia ao juízo arbitral e aceitação da jurisdição estatal.

Nenhuma vedação legal há no sentido de que a parte pudesse fazê-lo anteriormente, sendo que o próprio Código prevê o dever de a parte interessada denunciar vícios eventualmente existentes no processo na primeira oportunidade que tenha para falar nos autos (art. 278) e, ainda, a possibilidade de indeferimento da petição inicial quando contiver vícios que inviabilizem a continuidade do processo, notadamente ausência de interesse processual (art. 330, III) e pedidos incompatíveis entre si (art. 330, I, c/c art. 330, §1º, IV).

Em que pese normalmente o réu fale nos autos, primeiro, na contestação, certo é que, na nova sistemática proposta, ele tem duas outras oportunidades nas quais lhe é dado falar no processo: (i) por petição, apresentada com até 10 (dez) dias de antecedência contados da data da audiência inicial (art. 334, §5º) e (ii) na própria audiência inicial, não sendo compreensível – à luz de todos os princípios que norteiam o novo processo brasileiro – que não possa se valer desses dois momentos para invocar (e provar, de antemão) a existência de convenção de arbitragem e, por conseguinte, a ausência de jurisdição do juízo estatal para processar e julgar a controvérsia existente entre as partes. Uma vez constatada tal situação a hipótese é de extinção do processo sem resolução de mérito, sendo certo que qualquer discussão que eventualmente se pretenda travar acerca da convenção deve ser levada – necessariamente e salvo nulidades absolutas reconhecíveis *prima facie* – ao conhecimento do juízo arbitral.

De forma a evitar eventual alegação de preclusão consumativa – ou violação dos princípios da eventualidade ou da unicidade da defesa – o ideal seria que o réu, quando da sua manifestação escrita (na petição) ou oral (na audiência) ressaltasse, expressamente, o seu direito de apresentar defesa no prazo legal, caso a questão da existência de convenção de arbitragem viesse a ser superada.

Com isso, não se está propondo a criação de uma “exceção de arbitragem às avessas” e contrariando deliberadamente a vontade do legislador. Mas se buscando criar uma interpretação consentânea com os próprios preceitos do Código e, assim – conforme as lições precisas do Professor Carlos Alberto Carmona outrora – “evitar a todo custo interpretações tacanhas, limitadoras ou cebrinas que imponham peias à arbitragem” e que, evidentemente, estimulem

o uso indevido de medidas judiciais com vistas a obter intervenções descabidas no procedimento arbitral, com inúmeros transtornos – inclusive de ordem econômico-financeira – a todos aqueles envolvidos no litígio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, são conclusões necessárias:

- (a) O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o caráter jurisdicional da arbitragem e lhe dá autonomia em relação à jurisdição estatal que, embora não seja absoluta, faz com que as hipóteses de intervenção do Poder Judiciário na arbitragem sejam raras e específicas;
- (b) O sistema previsto na legislação nacional não comporta o uso de medidas antiarbitrais, embora venha se tornando recorrente, por parte de alguns litigantes, o recurso a essas medidas no Poder Judiciário, com vistas a impedir o início ou sobrestar o prosseguimento de procedimentos arbitrais em curso;
- (c) O Código de Processo Civil de 2015 mantém, na sua essência, a estrutura prevista no Código de Processo Civil de 1973 no tocante à arbitragem, com a regulação de questões pontuais relativas à interface de ambas as jurisdições. Traz, contudo, algumas inovações importantes – como a carta arbitral e o segredo de justiça para procedimentos judiciais relacionados a procedimentos arbitrais de cunho sigiloso – sempre com o escopo de prestigiar e imprimir efetividade e eficácia à arbitragem;
- (d) A disciplina do Código de Processo Civil pecou ao não manter a proposta do Substitutivo da Câmara dos Deputados para criação do incidente de exceção de arbitragem, que previa um procedimento específico e adequado para que a parte interessada pudesse, de antemão e de início, arguir junto ao Poder Judiciário a existência de convenção de arbitragem e, por conseguinte, pleitear a extinção do processo sem resolução de mérito, sem a necessidade de apresentar contestação e, assim, expor previamente em juízo os seus fundamentos de fato e de direito para se contrapor à pretensão do autor, o que fere o princípio da isonomia;
- (e) A utilização de medidas antiarbitrais pelas partes atenta contra a boa-fé contratual e processual e, como tal, deve ser devidamente sancionada, tanto por meio de penalidades insertas nas cláusulas compromissórias firmadas entre as partes, quanto pela aplicação das penas de litigância de má-fé previstas no NCPC;

- (f) A utilização de medidas antiarbitrais pelas partes deve ser combatida, ainda, por meio da desvinculação – consonante com as normas fundamentais e os princípios fundantes do NCPC – da alegação de existência de convenção de arbitragem da defesa que não deve ser considerado marco único para que a questão seja suscitada, mas termo final para tanto.

6. REFERÊNCIAS

- ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOISSESON, Mathieu de. As anti-suit injunction e o princípio da “competência-competência”. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, vol., 7, out-dez 2005, p. 138-145.
- BORBA, Alejandro. *La teoria de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem* [livro eletrônico]: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- LEMES, Selma Ferreira. *Análise da Pesquisa Arbitragem em números de 2010 a 2013*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20da%20Pesquisa%20Arbitragem%20em%20N%C3%BAmeros%20-2010-2013.pdf>. Acesso em: 18. Jan. 2017.
- MARQUES, Ricardo Dalmaso. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9.307/1996 – Comentário às decisões da MC 17.868/BA. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 9, vol., 32, jan-mar 2012.
- PITOMBO, Eleonora Coelho. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-kompetenz no Brasil In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. (coords.). *Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO, et. al. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CUNHA, Fernando Antônio Maia da. A arbitragem e os limites à atuação do judiciário nos litígios societários. In: *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.