

63

JUL | AGO | SET
2019

ANO XVI

Revista Brasileira de
Arbitragem

o Scheffer

ers Kluwer

CBAr
COMITÊ
BRASILEIRO de
ARBITRAGEM

Informações Gerais

1. Lançamento da biblioteca do CBAr em Porto Alegre
Gabriela Barcellos Scalco 160
2. Bons ventos a favor da arbitragem público-privada: notas a propósito da Portaria AGU nº 320/2019 e do Decreto SP nº 64.356/2019
Egon Bockmann Moreira e Elisa Schmidlin Cruz..... 163
3. A Resolução nº 35/2019 do CAM/CCBC – A transparência da constituição de tribunais arbitrais como imprescindível passo para a preservação da legitimidade e da confiança na arbitragem
Ricardo Dalmaso Marques..... 191

Clássicos

1. “Ensaio sobre Arbitragens Comerciais”, de Luiz Gastão Paes de Barros Leães (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966)
Rodrigo Octávio Broglia Mendes 198

Resenhas de Livros

1. Key Duties of International Investment Arbitrators: A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas
Autor: Katia Fach Gomez
João Ilhão Moreira 208
2. Tribunal Secretaries in International Arbitration
Autor: Dr. J. Ole Jensen
Fábio M. R. Cavalcante 211

Revista das Revistas

1. **Ana Paula Montans** 213

Linha Editorial 222

A Sentença sobre a Competência Arbitral: Natureza e Regime de Controle de Anulação

GUSTAVO SCHEFFER DA SILVEIRA¹

Of Counsel no escritório Tauil & Chequer, associado a Mayer Brown.

RESUMO: A decisão do árbitro sobre a sua própria competência possui papel importante em matéria de arbitragem. Na prática, é por meio dessa decisão que o árbitro verifica a existência do fundamento da arbitragem, isto é, da válida atribuição pelas partes de competência para que um terceiro privado decida um litígio em exercício dos poderes jurisdicionais a ele atribuídos. Consequentemente, é essencial que essa decisão tenha um regime jurídico bem delimitado, o que passa, preliminarmente, pela determinação de sua qualificação jurídica. Nesse sentido, a noção de “sentença arbitral” deve beneficiar-se de um conceito próprio ao direito da arbitragem, e não simplesmente de um empréstimo da definição de sentença em direito processual civil. De fato, em razão das características particulares à jurisdição arbitral, a decisão do árbitro sobre a sua própria competência deve ser considerada uma verdadeira sentença arbitral e, em consequência dessa natureza, deve ser submetida ao regime jurídico reservado exclusivamente às sentenças arbitrais, o que evidentemente inclui o regime de controle em sede de anulação.

PALAVRAS-CHAVE: Competência arbitral; decisão do árbitro; natureza; qualificação; sentença arbitral; competência-competência; regime de controle; anulação.

ABSTRACT: The arbitrator’s decision on its own jurisdiction plays an important role in the field of arbitration. In practice, it is by means of this decision that the arbitrator controls the existence of the foundation of the arbitration, *i.e.*, that the parties validly attributed jurisdiction to a private third person to decide a dispute exercising jurisdictional powers. Consequently, it is essential that this decision be submitted to a well-defined legal regime, which requires the determination of its legal qualification. In this context, the notion of “arbitral award” should benefit from a definition that is specific to arbitration law, and it shall not be defined by the simple transposition of the definition of state court’s “judgements” pursuant to civil procedure codes. Considering the characteristics of the arbitral jurisdiction, the decision of the arbitrator on its own jurisdiction shall be considered a genuine “arbitral award”. Therefore, this decision shall be submitted to the legal regime reserved exclusively to arbitral awards, which includes the legal regime for annulment of awards.

KEYWORDS: Arbitration jurisdiction; decision; legal nature; qualification; arbitral award; *kompetenz-kompetenz*; judicial control; annulment.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A decisão de competência do árbitro é uma verdadeira sentença arbitral; 1.1 A lógica do processo civil; 1.1.1 As características da jurisdição estatal brasileira; 1.1.2 A definição da noção de sentença judicial em processo civil brasileiro; 1.2 A lógica do processo arbitral; 1.2.1 As características da competência arbitral; 1.2.2 A fonte do poder do árbitro de se declarar competente ou incompetente; 1.2.2.1 A convenção de arbitragem: fonte insuficiente; 1.2.2.2 Fontes externas à convenção de arbitragem; 2 O regime de controle de anulação da sentença arbitral sobre a competência; 2.1 A operação do controle estatal da sentença sobre a competência em sede de anulação; 2.1.1 Fundamento

¹ As opiniões manifestadas somente vinculam o autor. A CCI não é responsável e tampouco está vinculada pelas opiniões contidas nesse artigo.

do controle de anulação; 2.1.2 As condições formais obrigatórias de sentença; 2.1.2.1 Condições formais previstas na lei eventualmente aplicável; 2.1.2.2 Condições formais previstas pela convenção de arbitragem; 2.2 Impossibilidade de escapar ao controle estatal; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Há quase dois séculos a decisão do árbitro a respeito da própria competência² é objeto de análise e intenso debate na doutrina e na jurisprudência comparada³. De um lado, há quem negue a ideia de que o árbitro possa se manifestar com qualquer tipo de autoridade sobre a sua própria competência. Nesse sentido, é célebre a frase de Pierre Mayer em seu curso perante a Academia de Direito Internacional de Haia: “É tão possível a um indivíduo conferir-se por sua própria decisão o título de árbitro, quanto é possível a ele elevar-se do solo puxando-se pelos próprios cabelos”⁴. Do outro lado, defendendo amplos poderes ao árbitro para decidir qualquer objeção à sua competência, e indiretamente defendendo a ideia de sentença sobre a competência, ninguém menos que Henri Motulsky começava um conhecido artigo publicado alguns anos antes afirmando que “existem controvérsias possíveis, e outras que não deveriam existir, pois uma das teses em presença é a priori insustentável”⁵.

A atenção dada ao tema é compreensível. A decisão do árbitro sobre a sua competência é uma decisão sobre o fundamento primário da arbitragem, isto é, a verificação da manifestação de consentimento válido das partes para submeter um litígio específico à análise dos árbitros. Consequentemente, é essa decisão que permite que o árbitro determine se a vontade das partes era de se submeter à jurisdição arbitral, à exclusão das jurisdições estatais.

De fato, em Direito brasileiro só a vontade das partes tem o condão de atribuir competência aos árbitros, em respeito ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso fica claro em diferentes passagens da decisão

- 2 A expressão “decisão do árbitro a respeito da própria competência” é utilizada aqui em referência tanto à sentença pela qual o árbitro se considera competente, sentença de competência, quanto à sentença pela qual ele se considera incompetente, sentença de incompetência.
- 3 V. por exemplo, Cass. Civ., 2 de dezembro de 1839, S. 1840, 1, p. 237; 2 de agosto de 1842, S. 1842, 1, p. 824.
- 4 No original, “qu’il n’est pas davantage possible à un individu de se conférer par sa propre décision le titre d’arbitre, qu’il ne lui serait possible de s’élever au-dessus du sol en se tirant par les cheveux” (MAYER P., “L’autonomie de l’arbitre dans l’appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 342, nº 11).
- 5 MOTULSKY H., “Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitral”, in: *Écrits*, t. 2, Études et notes sur l’arbitrage, Dalloz 1974, reed. 2010, p. 208. Publicado originalmente em 1957, na *Semaine juridique*, v. 1, p. 1383.

do Supremo Tribunal Federal, no AGRSE 5.206-7, no qual foi decidida a constitucionalidade da Lei de Arbitragem⁶.

Adicionalmente, essa decisão é na prática cada vez mais frequente. O aumento da utilização e da complexidade das arbitragens que vem recentemente ocorrendo faz com que, dentro do quadro da diversificação da atividade arbitral⁷, os árbitros se pronunciem sobre a própria competência com maior frequência.

A arbitragem hoje está abrindo novas fronteiras materiais e, com elas, novas possibilidades de contestação à competência do árbitro. Temas que há pouco tempo não eram passíveis de submissão à arbitragem hoje são ou estão em vias de se tornar. É, por exemplo, a recente aceitação da arbitrabilidade para certos tipos de litígios relativos a contratos de trabalho⁸ ou os recentes debates sobre a adoção de uma lei que permitiria a utilização de arbitragem em matéria de direito tributário. Os litígios envolvendo Estados também são terrenos ricos para as decisões sobre a competência arbitral. Primeiramente, e muito embora essa questão pareça não mais ser um problema em Direito brasileiro⁹, porque no plano internacional a questão da possibilidade do estado, ou de entidades públicas, se submeter à arbitragem continua uma questão muito discutida¹⁰. Em segundo lugar, porque a arbitrabilidade objetiva de litígios envolvendo partes estatais também é com muita frequência alvo de contestação e, portanto, objeto de sentenças sobre a competência arbitral.

As chamadas arbitragens complexas¹¹, envolvendo uma pluralidade de partes e contratos, são outro campo fértil para a sentenças sobre a competên-

- 6 Nessa decisão, o STF teve, por exemplo, a oportunidade de afirmar que a consensualidade “é dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a constituição” ou que “a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la a decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide” (AGRSE 5.206-7, 12 de dezembro de 2011, *M B V Commercial and Export Management Establishment c/ Resil Industria e Comercio Ltda*, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, espec. p. 998).
- 7 Expressão empregada por Cécile Chainais, explicando que, juntamente com “uma diversificação prodigiosa da atividade arbitral”, aparece a necessidade de se afinar a qualificação dos atos tendo o árbitro como autor, em benefício da coerência do regime de contestação das decisões arbitrais. V. CHAINAIS C., nota sobre, 29 de novembro de 2007, Corte de Apelação de Paris (1ª Ch. C.), 17 de junho de 2009, Corte de Cassação (1ª Ch. Civ.), 3 de julho de 2008, Corte de Apelação de Paris (1ª Ch. C.), 25 de setembro de 2008, Corte de Apelação de Paris (1ª Ch. C.), *Rev. Arb.* 2009, p. 748.
- 8 V. art. 507-A da CLT, após a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, o qual dispõe que “[n]os contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.
- 9 Em Direito brasileiro, a capacidade do Estado e demais entidades públicas de se submeter à arbitragem é expressamente reconhecida pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, que dispõe que “[a] Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.
- 10 AUDIT M., BOLLÉE S., CALLÉ P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ 2016, 2. ed., espec. p. 687, nº 874.
- 11 Sobre essa questão, ver, principalmente, HANOTIAU B., *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer 2006; TRAIN F.-X., *Les contrats liés devant l’arbitre du commerce international*,

cia. Nessas arbitragens, o problema da competência arbitral aparece das mais variadas maneiras. A questão aqui é, por exemplo, saber se a convenção de arbitragem contida em um contrato pode estender seus efeitos a um outro contrato, questão chamada de extensão *ratione materiae*, ou se um não signatário estaria vinculado por uma convenção arbitral que não foi por ele assinada, extensão *ratione personae*. Os exemplos de sentenças arbitrais tratando dessas questões são muito numerosos¹².

Fica evidenciado, portanto, que a decisão do árbitro sobre a sua competência é extremamente importante, notadamente em vista das consequências práticas. De fato, muito embora exista hoje no Brasil a *favor arbitrandum*¹³, em vista do indispensável fundamento consensual da arbitragem, seria absolutamente inaceitável que uma parte que não deu seu consentimento a se submeter à arbitragem se visse forçada a fazê-lo¹⁴.

De igual forma, considerando que o árbitro exerce verdadeira função jurisdicional, e após aceitar essa missão não pode esquivar-se de exercê-la¹⁵, parece também inaceitável que uma parte que tenha validamente contratado de se submeter à arbitragem se veja obrigada a apresentar seu litígio diante de um juiz estatal porque um árbitro se considerou incorretamente incompetente¹⁶. O árbitro que se declara incorretamente incompetente viola a vontade das partes,

LGDJ 2003; e DEBOURG C., *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, LGDJ 2012. V., igualmente, SCHEFFER DA SILVEIRA G., *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Bruylant 2019, espec. Parte II, Título II, p. 429.

- 12 Para a extensão *ratione materiae*, v., por exemplo, Caso CCI nº 5117, sentença 1986, *JDI* 1986, p. 1113, obs. Y. Derains; Caso CCI nº 5989, sentença final 1989, *Rec. Sent. Arb. CCI* 1996-2000, v. 4, p. 461, nota D. Hacher. Para a extensão *ratione personae*, v., por exemplo, Caso CCI nº 4131, sentença parcial 1982, *Dow Chemical*, *JDI* 1983, p. 899, obs. Y. Derains; *Rev. Arb.* 1984, p. 137; e Casos CCI nº 7604, sentença parcial 1995, et nº 7610, sentença 1996, *JDI* 1998, p. 1027, obs. D. Hascher, e p. 1053, obs. J.-J. Arnaldez. Sobre a questão específica de extensão da convenção de arbitragem dentro de um grupo de sociedades, v., principalmente, COHEN D., *Arbitrage et société*, LGDJ 1993, p. 273, nº 521.
- 13 HANOTIAU B., "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen", *JDI* 1994, p. 899.
- 14 Arbitragem forçada não é arbitragem, é tribunal de exceção. Mesmo em casos de contratos conexos, o princípio do efeito relativo da convenção de arbitragem (derivado da relatividade dos contratos) obriga o árbitro, por exemplo, a verificar se um terceiro signatário de um contrato conexo ao contrato contendo a convenção de arbitragem consentiu a estar vinculado por ela. Nesse sentido, o STJ pode constatar que "a funcionalidade econômica decorrente da coligação dos contratos, a encerrar entre os ajustes certa relação de dependência (unilateral ou recíproca), não afasta a individualidade e, principalmente, a autonomia de cada relação jurídica, regulada pelo respectivo contrato e normas a ele pertinentes, com vinculação das obrigações nele insertas exclusivamente às partes contratantes" (grifo no original) (REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 32).
- 15 Para alguns autores, a obrigação do árbitro de prosseguir com sua missão até seu termo advém da lei; MAYER P., "Le mythe du contrat d'arbitre", *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel* 2018, espec. p. 1193. Para outros, essa missão advém do contrato de arbitragem; CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz 2001, spéc., p. 89, nº 764; RACINE J.-B., "La sentence d'incompétence", *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 731.
- 16 Conforme decidido no conflito de competência, "o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 3º, § 2º, trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, nos seguintes termos: 'Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos' [grifo no original]. Inaugurando uma nova era no regimento da resolução de conflitos, a solução consensual ora configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la. [...] Portanto, cabe ressaltar que, em regra, há precedência da utilização dos métodos alternativos à atuação jurisdicional do Estado para solução de controvérsias" (grifo nosso).

sendo o respeito a essa vontade "princípio de base do direito da arbitragem e de maneira mais geral do direito do comércio internacional (através notadamente do princípio do *pacta sunt servanda*)"¹⁷. Nos termos do STJ "[a] convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória" (grifo nosso)¹⁸. Adicionalmente, no plano internacional a decisão do árbitro que erra ao se considerar incompetente gera novos inconvenientes, pois ela pode levar a demandante a ser obrigada a se submeter à competência das cortes estatais da parte contrária¹⁹, privando-a de umas das principais vantagens da arbitragem, a neutralidade do foro²⁰.

A noção de competência em matéria arbitral – Na prática arbitral brasileira, bem como em outros países da América Latina, provavelmente por influência dos sistemas de *common law*²¹, é muito comum a utilização do termo "jurisdição" de maneira intercambiável com o termo "competência", com alguns autores inclusive negando que o termo competência possa ser utilizado em matéria de arbitragem²².

Partindo do princípio de que "[a] competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição"²³ e que os árbitros não fazem parte de uma organização judiciária estatal, nenhum problema de competência poderia existir com relação ao árbitro. O que se contestaria seria sempre sua investidura na qualidade de árbitro, o que é "negado ao árbitro é essa qualidade; não é solicitado um outro

- 17 RACINE J.-B., "La sentence d'incompétence", *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 768. Nesse sentido, Henri Motulsky fala de violação de "um dos raros princípios jurídicos que possuem um alcance universal, isto é, a máxima *pacta sunt servanda*", MOTULSKY H., "Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitral", in: *Écrits*, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, reed. 2010, p. 208, espec. p. 220, nº 15.
- 18 REsp 1597658/SP, *Anderson Luiz Padovani e outros c/ Vanilla Caffé Franchising Ltda*, 18 de maio de 2017.
- 19 Em direito internacional privado, o foro do domicílio do requerido é geralmente retido como regra geral de competência. Ver, por exemplo, o art. 21, inciso I, do CPC, que dispõe que "[c]ompete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil". Em Direito europeu uma regra similar está prevista no art. 4 do Regulamento europeu nº 1.215, de 2012, o qual dispõe que "[s]em prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas num Estado-membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, nos tribunais desse Estado-membro".
- 20 Consequentemente, como afirmado por P. Mayer, "é inadmissível permitir que uma pessoa privada torne sem efeito uma convenção de arbitragem, o que pode ter consequências graves, quando as partes à essa convenção claramente não lhe investiram do poder de tomar essa decisão" (MAYER P., "L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence", *RCADI* 1989, p. 353, nº 23).
- 21 Nesse sentido, ARRUE MONTENEGRO C., "Precisiones Conceptuales y Prácticas sobre el Efecto Negativo de la regla Competencia-Competencia", *Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos* 2017, p. 41.
- 22 THÉRY Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, tese Paris I, 1981, espec. p. 9, nº 10; e sua nota sobre Cass. Civ. 2ª, 22 de novembro de 2001, *Bull. Civ.*, 2001.II.168; *Rev. Arb.* 2002, p. 371. Na doutrina brasileira, essa posição parece ser defendida por C. Valença Filho, quando ele afirma que "[d]o árbitro não se contesta a competência, mas a própria investidura na função de juiz"; v. "Sentença arbitral inexistente", in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 354, espec. p. 368.
- 23 THEODORO JÚNIOR H., *Curso de direito processual civil*, Forense 2017, espec. p. 195.

juiz, como é o caso quando esse incidente é alegado diante de uma jurisdição estatal²⁴. Isto é, quando uma parte alega a invalidade da convenção de arbitragem, ela não estaria contestando um outro juiz, mas sim a sua investidura (qualidade de árbitro) ou o seu poder jurisdicional (qualidade de jurisdição do tribunal arbitral).

Entretanto, essa visão de competência nos parece excessivamente restritiva e parece desconsiderar que, tratando-se de competência, a ideia principal é a de “distribuição”, isto é, “a função das regras de competência é de repartir os poderes entre diversas pessoas”²⁵. Sobretudo, porque em matéria de arbitragem a questão da repartição da competência arbitral pode aparecer de duas maneiras diferentes.

Primeiramente, e de maneira mais clássica, a questão é saber quem pode julgar o litígio, o árbitro, jurisdição privada, ou o juiz estatal²⁶. Veja-se que admitir que, pelo seu efeito positivo, a cláusula de arbitragem atribui competência à jurisdição arbitral e, pelo seu efeito negativo, retira competência do juiz estatal, significa justamente admitir que o que está em jogo é a distribuição, repartição, do poder de julgar entre o juiz privado e o público²⁷.

Em segundo lugar, e mais moderna, a questão da competência arbitral aparece na distribuição da competência entre dois ou mais tribunais arbitrais²⁸. Nesse cenário, o que é contestado é a competência de um tribunal arbitral específico, constituído com fundamento em uma cláusula de arbitragem, em benefício de um outro tribunal arbitral, sob o fundamento de outra cláusula arbitral. Nesses casos, é clara a vontade das partes de se submeter à jurisdição arbitral, mas a questão é saber a qual tribunal arbitral deve ser atribuída a competência sobre o litígio específico. Esse caso traz igualmente à luz a diferença entre jurisdição e competência, visto que está claro que a jurisdição competente é a arbitral e que, conseqüentemente, o tribunal arbitral terá que verificar a sua competência²⁹.

Por essas razões, pode-se considerar que é “conforme à utilização correta do vocabulário jurídico falar de competência de um árbitro”³⁰. É nesse sentido que é possível afirmar que “[a] repartição dos litígios entre as jurisdições – intra-judiciária ou entre jurisdições judiciária e arbitral – decorre da natureza do litígio, e é portanto unicamente uma questão de competência”³¹. De fato, “competência” é o termo utilizado pelo art. 20 da Lei Brasileira de Arbitragem, bem como pela legislação de outros países do *civil law*, como no caso de Portugal, da Bélgica, da França e da Suíça.

A necessidade de segurança jurídica quanto à qualificação – Em razão do papel central da decisão arbitral sobre a competência, é essencial que essa decisão tenha um regime jurídico bem delimitado, o que passa, preliminarmente, pela determinação de sua qualificação. Entretanto, apesar da importância dessa questão, em Direito brasileiro sua qualificação ainda é objeto de discordância.

A questão aqui é saber o que faz de uma decisão arbitral uma verdadeira sentença arbitral³², sabendo-se que os árbitros podem proferir inúmeras decisões que poderiam ser classificadas como sentenças arbitrais definitivas, decisões provisórias, ordens processuais que participam à instrução do procedimento e medidas da administração arbitral³³.

Como já indicado, a natureza da decisão do tribunal arbitral pela qual esse se manifesta sobre sua competência já foi, e por vezes ainda é, objeto de muito debate. Fundando-se principalmente no fato dessa decisão não ser definitiva³⁴, no sentido de que ela é quase sempre revista tanto nos fatos quanto no direito pelas cortes estatais³⁵, por tempo parte da doutrina clássica negou seu caráter jurisdicional e até mesmo o fato de ela ser uma decisão. Alguns autores chegaram a afirmar que seria apenas uma opinião do tribunal arbitral sobre a sua competência. Era assim negada a jurisdicção da norma privada que constitui a sentença arbitral sobre a competência.

24 THÉRY Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, tese Paris I, 1981, espec. p. 21, nº 20.

25 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 330, nº 3. V., igualmente, MAYER P., “Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence”, *Rev. Crit. DIP* 1979, p. 1, espec. p. 10, p. 349 e p. 537.

26 Nesse sentido, MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 330, nº 3; BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013, espec. p. 332, nº 364.

27 A atividade da jurisdição arbitral e da jurisdição estatal gera o que Chiovenda chamava de “conflito de atividades” (*Principii di diritto processuale*, reed. 1965, p. 380), que se resolve pela incompetência de uma das duas jurisdições.

28 Ver nota de E. Silva Romero sobre a Sentença CCI nº 10671, proferida em 2000, *JDI* 2005, p. 1268, espec. p. 1276.

29 Por essa razão, E. Silva Romero fala em competência arbitral *in abstracto* (isto é, competência da jurisdição arbitral) e competência arbitral *in concreto* (isto é, competência de um tribunal arbitral específico); nota sobre a Sentença CCI nº 10671, proferida em 2000, *JDI* 2005, p. 1268, espec. p. 1276. Outra distinção possível, e talvez preferível em razão de sua existência há várias décadas em direito internacional privado, é aquela proposta por Étienne Bartin, que fala em competência geral e competência especial.

30 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 330, nº 3. Nesse sentido, v., igualmente, MAILLÉ F., *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, Economica 2016, espec. p. 167, nº 240 e 173, nº 252.

31 CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz 2001, espec. p. 140, nº 166.

32 Sobre a noção de sentença arbitral v. FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, espec. p. 748, nº 1349.

33 Para uma tipologia das decisões arbitrais, v. CHAINAIS C., nota sobre, 29 de novembro de 2007, Corte de Apelação de Paris (1ª Ch. C), 17 de junho de 2009, Corte de Cassação (1ª Ch. Civ.), 3 de julho de 2008, Corte de Apelação de Paris (1ª Ch. C), 25 de setembro de 2008, Corte de Apelação de Paris (1ª Ch. C), *Rev. Arb.* 2009, p. 748, espec. p. 758.

34 POUURET J.-F., BESSON S., *Comparative law of international arbitration*, Londres, Thomson, Sweet & Maxwell, Zurich, Schulthess 2007, espec. p. 384, nº 457.

35 Em uma decisão de 1983, a Corte de Apelação de Paris considerou que o árbitro seria soberano na apreciação de sua competência e que o controle de sua decisão a esse respeito estaria limitado à verificação da pertinência e coerência da fundamentação, Paris, 21 de outubro de 1983, *Rev. Arb.* 1984, p. 98, nota A, Chapelle. Entretanto, essa jurisprudência foi revertida já no ano seguinte pela famosa decisão no caso *Plateau des Pyramides*, Paris 12 de julho de 1984, *JDI* 1985, p. 129, nota B, Goldman; *Rev. Arb.*, 1986, p. 75; e Cass. Civ., 6 de janeiro de 1987, *JDI* 1987, p. 638, nota B, Goldman; *Rev. Arb.* 1987, p. 469, nota Ph. Leboulanger.

Entretanto, hoje em dia tanto a doutrina quanto o direito positivo comparado avançam a largos passos no sentido de reconhecimento da qualidade de sentença arbitral das decisões dos árbitros sobre sua competência³⁶, tanto para a decisão de competência quanto para a de incompetência.

No Brasil, essa evolução também não deve ser diferente. De fato, nada justifica que em Direito brasileiro a qualificação de verdadeira sentença arbitral seja negada à decisão do árbitro sobre a competência, nem mesmo a definição de sentença judicial adotada em processo civil.

A independência da noção de sentença arbitral – É necessário pensar a arbitragem de maneira autônoma com relação ao processo civil. Evidentemente, processo civil e arbitral são espécies do gênero processo e, conseqüentemente, possuem princípios em comum. Assim, os princípios fundamentais do processo, como o devido processo legal e a imparcialidade e independência do julgador, por exemplo, devem imperativamente ser respeitados nas duas jurisdições, sob pena de irregularidade do processo. Outro ponto em comum entre os dois sistemas é que tanto no processo judicial quanto no arbitral o terceiro neutro, juiz estatal e árbitro, exerce efetiva atividade jurisdicional na resolução dos litígios³⁷. Nesse sentido, o art. 18 da Lei Brasileira de Arbitragem dispõe que “[o] árbitro é juiz de fato e de direito”. Ainda, o STJ já teve a oportunidade de confirmar inúmeras vezes que é “reconhecida a natureza jurisdicional” da missão do árbitro³⁸. É justamente em razão desse fato que a Lei Brasileira de Arbitragem reconhece que “[a] sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”³⁹. Sendo o árbitro verdadeiro juiz, sua sentença deve produzir os mesmos efeitos que uma sentença judicial.

Entretanto, o fato de as duas jurisdições apresentarem pontos em comum, não significa necessariamente que as mesmas soluções adotadas em processo civil devem ser transpostas ao processo arbitral.

36 Nesse sentido, v. BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013, espec. p. 473, nº 575.

37 Para uma detalhada análise dos elementos que demonstram a natureza jurisdicional da atividade do árbitro, deve-se ver, principalmente, os trabalhos de Henri Motulsky “La nature de l'arbitrage”, “Arbitrage, Expertise, Transaction”, e “La nature juridique de l'arbitrage” prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer”, publicados in: *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, réed. 2010, p. 5, 26 e 44 respectivamente; e JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987. V., igualmente, OPPETIT B., “Sur le concept d'arbitrage”, in: *Mélanges Goldman, Litec*, 1983, p. 229; GIUSTI G., “O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz”, *Rev. Bras. Arb.* 2005, p. 2; e HUCK M., DA COSTA MANSO REAL AMADEO R., “Árbitro: juiz de fato e de direito”, *Rev. de Arb. e Med.* 2014, p. 771.

38 Conflito de Competência nº 139.519/RJ, 11 de outubro de 2017. V., igualmente, Conflitos de Competência nºs 111.230/DF e 146.939/PA, entre outros.

39 Art. 31 da Lei nº 9.307, de 1996.

O direito processual civil de um país é composto pelo conjunto de regras e princípios que regem a formação e o desenvolvimento válido da relação jurídica processual diante de suas cortes estatais. Por um lado, atende a princípios fundamentais ditados pela teoria geral do processo, comuns à enorme maioria dos ordenamentos jurídicos. Entretanto, por outro lado, o direito processual de cada país responde em grande parte a exigências puramente locais, ou seja, é elaborado após uma avaliação puramente local da oportunidade (conveniência) das soluções⁴⁰. Assim, um ordenamento jurídico pode atribuir um determinado regime jurídico a um ato processual, priorizando a celeridade processual ou a organização interna das vias recursais, diferentemente da solução adotada em outro ordenamento jurídico⁴¹. Por vezes essas soluções podem, inclusive, ser adotadas em detrimento da verdadeira natureza do ato⁴².

Ora, tirando-se os princípios fundamentais que deveriam ser comuns a todo processo de resolução de litígio⁴³, grande parte dos motivos que levam os legisladores brasileiros a adotarem determinadas qualificações e regimes jurídicos para o processo judicial interno não estão presentes em matéria de arbitragem⁴⁴. Além disso, as qualificações e os regimes jurídicos adotados em matéria de arbitragem devem, imperativamente, respeitar os fundamentos e a lógica do direito da arbitragem.

40 Isso é simplesmente a consequência natural da soberania de cada Estado em regular a maneira com que o direito é proferido por suas cortes dentro de seu território.

41 O direito comparado está repleto de exemplos nos quais atos processuais semelhantes (por vezes idênticos) são submetidos a regimes jurídicos diferentes, unicamente por razões de organização do processo judicial interno, sem que, por isso, os princípios fundamentais do processo comuns aos ordenamentos jurídicos em questão fossem violados. A questão da *res judicata* é um excelente exemplo. Apesar de responder nos mais variados ordenamentos jurídicos aos mesmos princípios de base, bem como à necessidade geral de estabilidade das decisões, seus limites não são os mesmos em Direito brasileiro, francês e inglês. Nesses dois últimos, a autoridade da coisa julgada é muito mais ampla, pois eles contêm, respectivamente, o princípio da “concentração de demandas” e do “*issue estoppel*”. Além disso, mesmo nesses dois sistemas, os limites da coisa julgada não são os mesmos. Para uma análise dessas questões em Direito francês e comparado, v. CHANAIS C., “L'autorité de la chose jugée en procédure civile: perspectives de droit comparé”, *Rev. Arb.* 2016, p. 3, e, em Direito inglês, v. VEEDER V. V., “*Issue Estoppel*, motivation des sentences et arbitrage transnational”, in: *Bull. CCI 2003, L'arbitrage complexe*, suplemento especial, p. 75.

42 No sistema de arbitragem CIRDI, por exemplo, adotou-se uma definição restritiva de sentença, tendo como único objetivo organizar o sistema de controle de anulação. Assim, nesse sistema somente as decisões pela qual o tribunal arbitral se declara incompetente são definidas como sentenças, as decisões de competência sendo qualificadas de “decisões” (v. o comentário de E. Gaillard sobre a decisão de competência de 6 de agosto de 2004, no caso *Joy Mining Machinery Ltd. c. República Árabe do Egito*, *JDI* 2005, p. 163, espec. p. 177). Entretanto, o objetivo não é negar a verdadeira natureza jurisdicional da decisão de competência, mas apenas excluir a possibilidade de que as partes solicitem imediatamente a anulação dessa decisão, fazendo, assim, com que essa decisão só possa ser controlada juntamente com a sentença de mérito.

43 Como, por exemplo, a imparcialidade e a independência, qualidades necessárias a qualquer terceiro que intervenha para resolver ou auxiliar as partes a resolver um litígio, seja ele juiz, árbitro, mediador ou perito. Nesse sentido, tratando do tema em matéria de mediação, Loïc Cadet afirma que as garantias da imparcialidade e independência “são exigências que ultrapassam o quadro jurisdicional: a independência e a imparcialidade são exigências o tribunal, não porque ele é um tribunal, mais porque ele é um terceiro com relação às partes”; CADTET L., “*Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*”, in: M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Société de législation comparée, 2002, p. 89, espec. p. 103.

44 Nesse sentido, v. BAPTISTA L. O., *Arbitragem comercial e internacional*, Lex Magister 2011, espec. p. 263.

Conseqüentemente, não é porque uma decisão do juiz estatal sobre a sua competência não recebe a qualificação de sentença que a mesma solução deve ser adotada em matéria de arbitragem⁴⁵. Nesse sentido, explica L. O. Baptista que, mesmo que o conceito de sentença judicial segundo o Código de Processo Civil (“CPC”) e o de sentença arbitral possam ser similares, tendo inclusive a sentença arbitral efeitos equiparáveis à decisão judicial, é necessário guardar as distinções advindas das diferenças entre as duas jurisdições. O autor conclui, assim, que não há “qualquer liame entre as normas do CPC e da lei de arbitragem. Cada um desses estatutos endereça-se a um universo diferente e sujeito a regras próprias. [...] Daí os dois sistemas terem características próprias”⁴⁶.

O próprio STJ afirmou expressamente que “vislumbra-se, em certa medida, a salutar harmonia dos institutos processuais incidentes no processo judicial com aqueles aplicáveis à arbitragem”⁴⁷, e, aqui, trata-se notadamente dos princípios fundamentais do processo. Dito isso, continua o STJ constatando que

[e]ssa circunstância, todavia, não autoriza o intérprete a compreender que a arbitragem – regida por princípios próprios (notadamente o da autonomia da vontade e da celeridade da prestação jurisdicional) – deva observar necessária e detidamente os regramentos disciplinadores do processo judicial, sob pena de

45 A assimilação entre sentença judicial e arbitral, que alguns autores pretendem fazer em Direito brasileiro, além de isolar o Brasil em direito comparado, gera distorções, pois desconsidera as diferenças e as necessidades particulares das duas jurisdições. Um exemplo dessas distorções é que muitos autores no Brasil aceitam como se fosse uma evidência que a decisão pela qual o árbitro se considera incompetente é uma sentença (v., por exemplo, CARMONA C. A., *Arbitragem e processo*, Atlas 2009, espec. p. 347 e 348). Mesmo estando absolutamente de acordo com essa qualificação, nós somos obrigados a constatar que o fato é que ela é longe de ser uma evidência. Como será demonstrado a seguir, a qualificação de “sentença” da decisão de “competência” é muito mais facilmente demonstrada do que aquela da sentença de “incompetência”. Se o suposto árbitro considera que a convenção de arbitragem não é válida (por se tratar de matéria inarbitrável, por exemplo), seria possível considerar que as partes nunca o investiram validamente da qualidade de árbitro e, portanto, qualquer decisão que provenha desse simples terceiro poderia ser tudo, menos uma sentença arbitral (em nossa opinião, entretanto, essa conclusão não é apropriada, pois esse círculo de incoerência lógica é quebrado pelo princípio da competência-competência, como demonstrado a seguir). Essa afirmação deixa muito claro que, primeiro, a qualificação de sentença para a decisão de incompetência não é uma evidência e, segundo, que toda definição de sentença arbitral que vise ser verdadeiramente legítima tem que buscar seus elementos nos fundamentos da teoria geral do processo e no direito da arbitragem, mas definitivamente não no Código de Processo Civil. Dito isso, é evidente que o Direito brasileiro poderia simplesmente transpor a definição de sentença judicial à sentença arbitral. Entretanto, isso seria apenas uma ficção jurídica que, além de desconsiderar os princípios fundamentais da teoria do direito da arbitragem, seria altamente inoportuna de um ponto de vista prático, isto é, da eficiência da arbitragem. Outra distorção, e isolamento da doutrina brasileira em direito comparado, é o fato de que muitos autores excluem, sem maiores explicações, a qualificação de sentença arbitral para a decisão de competência, quando em direito comparado tanto a jurisprudência quanto a doutrina aceitam com incalculável maior facilidade que essa decisão possui verdadeira natureza de sentença. A razão de ser desse fenômeno parece ser que a doutrina arbitralista clássica no Brasil aceita com mais facilidade que definições feitas exclusivamente para a organização do Judiciário brasileiro engessem noções que não são exclusivas a ele.

46 BAPTISTA L. O., *Arbitragem comercial e internacional*, Lex Magister 2011, espec. p. 263. Por essa razão, o autor afirma que “[a] sentença parcial, ou o nome que tenha, é uma decisão sobre certa questão preliminar – por exemplo, a determinação da competência do tribunal arbitral, ou a aplicabilidade da cláusula arbitral a quem não figura entre os signatários do contrato que a contém” (espec. p. 272 e 272).

47 REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 16.

*desnaturar esse importante modo de heterocomposição. Há que se preservar, portanto, as particularidades de cada qual.*⁴⁸ (grifo nosso)

Conseqüentemente, a noção de sentença arbitral deve se beneficiar de um conceito próprio ao direito da arbitragem, e não simplesmente de um empréstimo do direito processual civil⁴⁹. De fato, em razão das características particulares à jurisdição arbitral, a decisão do árbitro sobre a sua própria competência deve ser considerada uma verdadeira sentença arbitral (1) e, em consequência dessa natureza, deve ser submetida ao regime jurídico reservado exclusivamente às sentenças arbitrais (2).

1 A DECISÃO DE COMPETÊNCIA DO ÁRBITRO É UMA VERDADEIRA SENTENÇA ARBITRAL

A solução adotada em processo civil brasileiro de que as decisões sobre a competência são decisões interlocutórias⁵⁰ não deve ser transposta à arbitragem. Isso porque a lógica do processo civil brasileiro (1.1) não é a mesma da lógica do processo arbitral (1.2).

1.1 A LÓGICA DO PROCESSO CIVIL

A jurisdição estatal é “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”⁵¹. Essa jurisdição possui características específicas (1.1.1) e sua organização exige uma definição da noção de sentença judicial própria a ela (1.1.2).

48 Apesar dessa afirmação, no caso de espécie, o STJ operou por vezes assimilações entre as definições da sentença judicial e da arbitral para justificar a qualidade de sentença parcial da decisão de incompetência do árbitro. Dito isso, a leitura do acórdão parece deixar claro que tais assimilações foram feitas, pois, no caso em tela, facilitavam a justificativa da solução. Não significando, como claramente indicado no trecho citado, que a definição de uma dependa da definição da outra. Merece, assim, ser felicitada a decisão do STJ que explicou que “justamente em função da celeridade e da segurança jurídica da prestação jurisdicional perseguida pelas partes signatárias [...], a simples disparidade de forma pela qual a decisão (sentença) parcial é impugnada nos processos judicial e arbitral não consubstancia justificativa idônea a inadmiti-la neste último (no processo arbitral)” (espec. p. 17).

49 A importância das diferenças entre as características da jurisdição arbitral e estatal, bem como da decisão do árbitro sobre sua competência, foi destacada pelo STJ em recente julgado, em que foi decidido que “[n]o juízo comum (estatal), o julgador é investido diretamente pelo próprio Estado; no juízo arbitral, diferentemente, o julgador é investido diretamente pelas próprias partes. Portanto, se há algum momento em que não pode haver qualquer espécie de dúvida, incerteza ou mácula este reside no ato dessa verdadeira ‘investidura’ manifestada pelas partes. Afinal, o poder de dizer o direito sobre um caso concreto outorgado ao juiz arbitral só goza de tal predicado de impor decisão com eficácia vinculante para as partes porque estas assim o quiseram” (REsp 1.639.035/SP, 18 de setembro de 2018, *Paranapanema S.A. c/ Banco Santander Brasil S.A.* e outro, espec. p. 9).

50 Sobre qualificação de decisão interlocutória em direito processual brasileiro, v. THEODORO JÚNIOR H., *Curso de direito processual civil*, Forense 2017, espec. p. 263, nº 175 e 176, e p. 523, nº 349.

51 CINTRA A., GRINOVER A. P., DINAMARCO C., *Teoria geral do processo*, Malheiros 2009, 25. ed., espec. p. 147.

1.1.1 As características da jurisdição estatal brasileira

Jurisdição permanente: deve ser expressamente excluída – Uma característica fundamental da jurisdição estatal em Direito brasileiro, entre vários outros princípios fundamentais, é que ela é permanente. Isto é, conforme o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser solucionada pelo Poder Judiciário, quando provocado⁵² pelo interessado, na forma legal⁵³. Nesse quadro, só podem exercer a jurisdição os órgãos aos quais a Constituição atribui o poder jurisdicional⁵⁴, o qual, por sua vez, só pode ser exercido por juiz regularmente investido e exercendo efetivo cargo de magistrado⁵⁵. No âmbito da jurisdição estatal, a função de juiz é igualmente permanente, enquanto durar a investidura.

Unidade da jurisdição estatal – Adicionalmente, a jurisdição estatal brasileira é considerada una. Isto é, embora a partilha de competência entre os diferentes órgãos, o Poder Judiciário é único e manifesta vontade estatal única⁵⁶. A existência de uma pluralidade de órgãos judiciais compondo a jurisdição nada mais é do que “a existência de estruturas diversas, estabelecidas de acordo com a especialidade de cada uma dessas justiças, com o objetivo de assegurar a maior eficiência no seu desempenho⁵⁷”.

Decisão de incompetência não extingue o processo – A regra geral no Direito brasileiro é de que a incompetência do juízo onde foi apresentada uma demanda não é causa de extinção do processo⁵⁸. Nos termos do art. 64, § 3º, do CPC, “[c]aso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente”. Além disso, segundo o § 4º do mesmo artigo, “[s]alvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

Assim, a comunicabilidade das competências, que já existia de maneira excepcional no Código de 1973⁵⁹, é agora a regra geral aplicável aos atos decisórios do juiz incompetente. O objetivo é aumentar a eficiência preservando os atos praticados pelo juiz incompetente⁶⁰. Na prática, a solução dada pelo di-

52 O art. 2º do CPC de 2015 dispõe que “[o] processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

53 THEODORO JÚNIOR H., *Curso de direito processual civil*, Forense 2017, espec. p. 117.

54 Chamado princípio do juiz natural.

55 Princípio da investidura.

56 THEODORO JÚNIOR H., *Curso de direito processual civil*, Forense 2017, espec. p. 119.

57 GRECO L., *Instituições de processo civil*, Forense 2009, v. 1, p. 119, nº 5.1.

58 THEODORO JÚNIOR H., *Curso de direito processual civil*, Forense 2017, espec. p. 264.

59 Como, por exemplo, nas decisões que deferiam medidas de urgência, para que fosse possível preservar a efetividade da prestação jurisdicional. V., por exemplo, STJ, AgRg-REsp 1.022.375/PR, 2ª T., 28 de junho de 2006.

60 Nesse sentido, DINAMARCO C., *Instituições de direito processual civil*, Malheiros 2016, v. 1, espec. p. 477; THEODORO JÚNIOR H., *Curso de direito processual civil*, Forense 2017, espec. p. 265.

reito processual brasileiro ao contencioso sobre a competência aproxima essa decisão a simples medidas de administração judiciária.

Dito isso, é preciso ressaltar que essas características, e particularmente da decisão do juiz estatal sobre sua competência, são próprias ao processo judicial brasileiro e, portanto, não estão presentes na jurisdição arbitral. E é justamente em função dessas características, juntamente com outras considerações de oportunidade, que, para a organização do ordenamento jurídico brasileiro, é dada para o processo judicial uma definição de sentença que é a ele se adaptada e que, portanto, deve ser reservada ao processo judiciário brasileiro.

1.1.2 A definição da noção de sentença judicial em processo civil brasileiro

Evolução da definição – O art. 162, § 1º, do CPC de 1973 definia sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa⁶¹”. Entretanto, essa definição foi objeto de certas críticas, notadamente fundadas no fato de que muitas vezes uma sentença não encerrava o processo. Isso ocorre, entre outros possíveis exemplos, nos casos das sentenças mandamentais e executivas, nas quais não há um segundo processo, visto que a sentença é executada no próprio processo que deu origem à sentença⁶².

Assim, em vista das críticas, a Lei nº 11.232, de 2005, passou a definir a sentença como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 [atual 485⁶³] e 269 [atual 487⁶⁴] desta Lei”. Passaram, assim, a ser qualificados como sentença os atos do juiz pelos quais se declarava a impossibilidade de julgar o mérito do litígio (art. 267, atual art. 485) ou decidia de alguma forma o mérito (art. 269, atual art. 489).

Importante observar que, a partir da Lei nº 11.232, de 2005, a definição de sentença para os fins do CPC deixou de dar importância exclusiva ao resultado da decisão do juiz, isto é, aptidão a colocar um termo ao processo, e passou igualmente a dar importância ao conteúdo da decisão. Em outros termos,

61 Essa definição apresentava o benefício de permitir a fácil identificação das sentenças e, conseqüentemente, a identificação do recurso cabível.

62 Nesse sentido, ver. WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 426.

63 “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII – homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código.”

64 “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.”

“[s]e o ato decisório do juiz reconhecesse a existência de um defeito que impede, em termos absolutos, o julgamento do mérito, ou se procedesse à própria resolução do mérito, seria sentença – ainda que não pondo fim ao processo”⁶⁵.

Todavia, essa nova definição fez surgir novos problemas. Notadamente, ela:

permitiu a existência de sentenças parciais (*i.e.*, pronunciamentos que julgavam – ou reconheciam a impossibilidade de julgar – apenas uma parte do mérito da causa, com o processo indo adiante para a instrução do restante do mérito) que, pela letra da lei, seriam objeto de apelação – o que, se aplicado literalmente, geraria sérias confusões procedimentais.⁶⁶

Consequentemente, por razões de oportunidade, ou seja, para melhor organizar o avanço do processo e o sistema recursal, conforme ressaltado por parte da doutrina, o legislador do CPC de 2015 afina a definição de sentença no CPC, associando as definições de 1973 e de 2005, dispondo, assim, que, conforme o art. 203, § 1º, do CPC, “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”⁶⁷. Assim, “sentença é definida como o pronunciamento que encerra a fase cognitiva do processo ou a execução (com o que, em princípio, estará, daí sim, encerrando o processo como um todo) e que tem por conteúdo alguma das hipóteses dos arts. 485 ou 487 do CPC/2015”⁶⁸.

Caráter utilitário da definição de sentença no processo civil brasileiro – Entretanto, note-se bem que, para os fins da organização judiciária brasileira, só o conteúdo da decisão não é suficiente para se qualificar o ato de sentença. De fato, existem atos que tem por conteúdo alguma das hipóteses dos arts. 485 ou 487 do CPC de 2015, mas que não colocam fim ao procedimento. Assim, esses atos são qualificados como decisões interlocutórias, muito embora alguns deles tenham verdadeira natureza sentencial. São exemplos desses atos a decisão que reconhece a impossibilidade de se julgar o mérito de apenas parte do litígio⁶⁹, a decisão pela qual o juiz brasileiro julga apenas parte do mérito⁷⁰ ou decisão pela qual o juiz rejeita a alegação da existência de convenção de ar-

65 Nesse sentido, WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 426.

66 WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 426.

67 Note-se que, ao prever, igualmente, que “[r]essalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais”, esse mesmo dispositivo legal permite que outros atos, praticados no âmbito desses procedimentos especiais, sejam qualificados de sentença.

68 WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 426 e 427.

69 V. CPC: “Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento” (grifo nosso).

70 V. CPC: “Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: [...] § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento”.

bitragem⁷¹. O próprio STJ reconhece que certas decisões do juiz brasileiro, nas quais “afigura-se indiscutível o conteúdo sentencial”⁷², são impugnáveis por agravo de instrumento “apenas em razão do sistema recursal vigente”.

Ora, o anteriormente exposto deixa em evidência uma certa artificialidade da definição de sentença em processo civil brasileiro, na medida em que dela resultam duas qualificações jurídicas distintas (sentença e decisão interlocutória) e, por essa razão, dois regimes jurídicos distintos (agravo de instrumento e apelação), para algumas decisões do juiz que, na realidade, possuem a mesma natureza. Tanto no julgamento parcial do mérito do litígio quanto no julgamento final de mérito, o juiz estatal exerce verdadeira função jurisdicional. Ele decide o litígio que separa as partes, operando uma constatação, aplicando uma regra de direito e retirando a consequência jurídica dessa constatação⁷³. Tanto é verdadeira atividade a de *jurisdictio* que, depois do trânsito em julgado dessa “decisão interlocutória de mérito”, a decisão passa a ter autoridade de coisa julgada material⁷⁴. Além disso, é inegável que, de certa forma, para a questão que foi decidida no julgamento parcial do mérito o processo de cognição se encerra. Certo, estritamente falando, o processo avança, pois a fase cognitiva prosseguirá para as questões de mérito ainda não decididas. Contudo, com relação ao que foi decidido no julgamento parcial, a cognição foi encerrada.

Dito isso, é perfeitamente compreensível que, por razões específicas à organização e eficiência⁷⁵ do processo civil brasileiro, o legislador tenha optado por separar essas duas decisões, que nas suas características mais fundamentais possuem a mesma natureza. Como reconhecido pela doutrina processualista, o legislador do CPC de 2015 “retom[ou] o critério classificatório original do CPC/1973”, conjugando-o com a definição da Lei nº 11.232, de 2005, para sanar as confusões procedimentais por essa criados⁷⁶.

O mesmo é válido para as decisões do juiz que analisam questões relativas ao art. 485 do CPC. Fundamentalmente, não existe diferença alguma na atividade jurisdicional do juiz quando esse analisa a existência de uma con-

71 V. CPC: “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem”.

72 REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 17. V., nesse sentido, AgRg-AREsp 336.945/SC; AgRg-EDcl-Ag 1.132.332/SP; REsp 1.062.138/SC.

73 Sobre os elementos constitutivos do ato jurisdicional resultante da atividade do árbitro, v. MOTULSKY H., “La nature de l’arbitrage”, in: *Écrits. Études et notes sur l’arbitrage*, Dalloz, 1974, reed. 2010, p. 5, espec. p. 6-7.

74 Nesse sentido, WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 209.

75 Veja-se, por exemplo, que se não for atribuído efeito suspensivo ao agravo de instrumento, recurso cabível contra o julgamento de mérito, essa decisão poderá ser imediatamente submetida à execução provisória. Por outro lado, a apelação, recurso cabível contra a sentença de mérito, geralmente possui efeito suspensivo e, portanto, não poderá ser imediatamente executada.

76 WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 209.

venção de arbitragem, seja essa alegação acolhida ou rejeitada. Entretanto, por razões puramente organizacionais, isto é, a definição do recurso cabível, a decisão que acolhe essa exceção de arbitragem é uma sentença, enquanto a decisão que a rejeita é decisão interlocutória. Esse caráter utilitário da definição de sentença judicial foi igualmente constatado pela doutrina arbitralista, a qual notou que

[e]ventualmente, [determinadas] decisões são classificadas como decisões interlocutórias no âmbito do processo judicial e não como sentenças, mas isso se deve exclusivamente à necessidade de compatibilização com o sistema recursal. No fundo, tais decisões essencialmente possuem conteúdo de sentença.⁷⁷

Entretanto, esses argumentos de oportunidade e coerência do processo civil não são aplicáveis em matéria de arbitragem. Na prática, considerar que a decisão pela qual o árbitro rejeita a objeção à sua competência apresentada por uma das partes como sendo uma decisão interlocutória, e não uma verdadeira sentença arbitral, gera ineficiência no regime de controle das sentenças arbitrais e ignora as características fundamentais da jurisdição arbitral, bem como da verdadeira natureza jurídica desse ato decisório.

1.2 A LÓGICA DO PROCESSO ARBITRAL

A qualificação de sentença arbitral para as decisões do árbitro sobre sua competência se explica em razão das características próprias à jurisdição arbitral (1.2.1). Entretanto, para que essa afirmação possa ser demonstrada com legitimidade, é necessário analisar não só no que essa jurisdição se distingue da estatal, mas igualmente qual seria a fonte do poder do árbitro para proferir essa sentença, e isso desde um ponto de vista do direito da arbitragem (1.2.2).

1.2.1 As características da competência arbitral

A jurisdição arbitral, por seu lado, possui características bem diferentes da jurisdição estatal. Contrariamente a essa, a competência arbitral é de atribuição temporária e segmentada.

O poder jurisdicional do árbitro é de atribuição – Conforme explicado precedentemente, em Direito brasileiro a jurisdição estatal está sempre aberta para ser invocada por uma das partes, desde que respeitadas as regras de competência interna e internacional. Já a arbitragem tem fonte convencional e, por essa razão, só é acessível às partes caso exista uma convenção de arbitragem entre elas. A competência arbitral é de atribuição, ou seja, o árbitro só é inves-

77 FICHTNER J. A., MONTEIRO A. L., *Temas de arbitragem*, Renovar 2010, espec. p. 176-179.

tido de poder jurisdicional se as partes lhe atribuem esse poder por meio da manifestação de suas vontades. Em outros termos, “[d]iferente do juiz estatal, cuja competência pode ser questionada sem se atentar contra a validade da colação de poder jurisdicional à sua pessoa, o árbitro só tem poder jurisdicional para decidir aquela determinada controvérsia a que se refere a convenção de arbitragem”⁷⁸. Sem convenção de arbitragem válida, o suposto árbitro não é árbitro, é simples terceiro, a quem as partes nunca atribuíram poder jurisdicional para julgar o mérito do litígio. Na arbitragem a competência e investidura do árbitro têm sua fonte na vontade comum das partes, enquanto a competência e investidura do juiz estatal têm sua fonte em uma designação do Estado⁷⁹.

Do fato de que a fonte da arbitragem é convencional decorrem outras características da competência arbitral, e, conseqüentemente, das decisões do árbitro sobre a sua competência.

Poder jurisdicional temporário – Primeiramente, a competência do árbitro é temporária e existe, normalmente, apenas enquanto durar a instância arbitral, contrariamente à do juiz estatal, que é permanente⁸⁰.

É justamente em função desse caráter temporal do poder jurisdicional do árbitro que a Lei Brasileira de Arbitragem, assim como a de outros inúmeros países, permite a anulação da sentença que foi proferida fora do prazo previsto na convenção de arbitragem⁸¹. De fato, a sentença proferida fora do prazo acordado pelas partes é proferida com fundamento em cláusula arbitral caduca, ou seja, por quem já não mais era árbitro, pois já não mais estaria investido de poder jurisdicional. Expirada a convenção de arbitragem, ela deixa de produzir seus efeitos negativo e positivo, os quais, respectivamente, retiram a competência do juiz estatal e a atribuem ao árbitro. Nesse sentido, Cláudio Valença Filho explica que “[o] árbitro que profere sentença a partir de convenção de arbitragem caduca julga sem poderes de juiz: a hipótese é, mais uma vez, de ausência de poder jurisdicional. Tem-se não um árbitro, mas um usurpador de poderes pertencentes ao juiz estatal”⁸².

Para evitar esse problema, os regulamentos das mais variadas instituições de arbitragem preveem a possibilidade de que a instituição ou os árbitros

78 VALENÇA FILHO C., “Sentença arbitral inexistente”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 354, espec. p. 368.

79 BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013, espec. p. 328, nº 357.

80 JACQUET J.-M., DELEBECQUE Ph. E CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, Dalloz 2010, 2. ed., espec. p. 797, nº 1.028; BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013, espec. p. 328, nº 357.

81 O art. 32, inciso VII, da Lei nº 9.307, de 1996.

82 VALENÇA FILHO C., “Sentença arbitral inexistente”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 354, espec. p. 369.

prorroguem esse prazo, de maneira a que os árbitros sigam investidos de poder jurisdicional⁸³. Na prática, o controle da competência arbitral em função do respeito de seu caráter temporal é feito de maneira tão rigorosa em certos ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, na França⁸⁴, que a Corte da CCI exige que, em sentenças proferidas nesses países, os árbitros indiquem expressamente a data de cada sessão da Corte na qual o prazo foi prorrogado e a data de cada um dos novos prazos.

Inexistência de unidade da jurisdição arbitral – Em segundo lugar, pode-se falar também que a jurisdição arbitral é segmentada, no sentido de que, quando um árbitro se considera incompetente, não existe mecanismo para encaminhamento dos autos ao juiz ou outro árbitro supostamente competente⁸⁵. Não há nesse sentido comunicabilidade das decisões do árbitro incompetente. Consequentemente, a decisão arbitral de incompetência extingue necessariamente o procedimento arbitral em sua totalidade se a incompetência for total, e com relação uma parcela dos pedidos, em caso de incompetência parcial.

A decisão sobre a competência é um ato jurisdicional – Em terceiro lugar, quando um árbitro analisa a existência de sua competência, ele exerce atividade jurisdicional. Mais que uma simples cláusula contratual, a convenção de arbitragem pode ser considerada como uma convenção autônoma⁸⁶ contida no *instrumentum* do contrato pelo qual as partes regulam a sua operação econômica⁸⁷. O árbitro que decide sobre a sua competência porta um julgamento de valor sobre um litígio relativo à existência, validade e extensão de uma convenção contratual. Mais precisamente, ele estará julgando a validade

83 Ver, por exemplo, o art. 31(2) do Regulamento de 2017 da CCI, art. 43 do Regulamento de 2017 da Câmara de Comércio de Estocolmo, art. 31.2 do Regulamento de 2018 da HKIAC e art. 15.1 do Regulamento da CAM-FIESP. De maneira mais limitada, v. art. 10.1.1 do Regulamento de 2012 CAM-CCBC.

84 Os exemplos de anulação de sentenças arbitrais por desrespeito ao prazo previsto na convenção de arbitragem são inúmeros. Para uma análise detalhada dessa jurisprudência, v. Paris, 18 de junho de 2013, *M. Bruno Polge e outros c/ M. Philippe Chaumeau e outros*, *Rev. Arb.* 2003, p. 1.028, nota Th. Bernard.

85 Nesse sentido, RACINE J.-B., "La sentence d'incompétence", *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 755 e 756.

86 O princípio da autonomia da convenção de arbitragem com relação ao contrato no qual ela está contida surgiu no Direito francês e consagrado em 1963 na célebre decisão Gosset, na qual a Corte de Cassação decidiu que, "em virtude de uma regra material do direito da arbitragem internacional, a cláusula compromissória é independente juridicamente do contrato principal na qual ela está contida diretamente ou por referência"; Cass. Civ., 7 de maio de 1963, *Gosset*, *JCP* 1963, I, p. 13405, nota B. Goldman; *Rev. Crit. DIP* 1963, p. 615, nota H. Motulsky; *JDI* 1964, p. 82, nota J.-D. Bredin; *D.* 1963, p. 545, nota J. Robert. Com base nessa autonomia, a Corte de Cassação pode afirmar que "a cláusula compromissória, seja ela concluída separadamente ou inclusa no ato jurídico ao qual ela se refere, apresenta sempre, salvo circunstâncias excepcionais [...], uma completa autonomia jurídica, excluindo que ela possa ser afetada por uma eventual invalidade desse ato". Sobre o princípio da autonomia, v. Pierre Mayer, "Les Limites de la Separabilité de la Clause Compromissoire", *Rev. Arb.* 1998, p. 359; MAYER P., "The Limits of the Severability of the Arbitration Clause", *ICCA Congress Series* 1999, nº 9, p. 261. Hoje em dia, esse princípio é considerado um verdadeiro "princípio geral do comércio internacional". Nesse sentido, v. FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, espec. p. 213; VALENÇA FILHO C., "Sentença arbitral inexistente", in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 354, espec. p. 362.

87 Nesse sentido, o art. 8º da Lei Brasileira de Arbitragem dispõe que "[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".

ou a extensão dos efeitos dessa convenção contratual, de maneira a verificar a possibilidade de ordenar sua execução específica⁸⁸, isto é, a obrigação de se submeter ao processo acordado. Consequentemente, "uma sentença arbitral pode ter por objeto decidir um litígio sobre a competência arbitral"⁸⁹. Sendo assim, uma possível questão litigiosa como muitas outras, como considerado por Charles Jarrosson, a questão da competência arbitral pode ser objeto de uma sentença "qualquer que seja o sentido da resposta"⁹⁰, isto é, competência ou incompetência.

De fato, o desacordo das partes a respeito da competência arbitral constitui um verdadeiro litígio⁹¹, o qual é decidido pelo árbitro que retira a consequência jurídica de sua constatação, isto é, declara sua competência ou incompetência⁹². Consequentemente, a decisão de competência é um verdadeiro ato *jurisdictio*⁹³.

Conformidade com o direito brasileiro – O direito positivo brasileiro sustenta perfeitamente essa análise. Primeiramente, o art. 18 da Lei nº 9.307, de 1996, dispõe que "[o] árbitro é juiz de fato e de direito". Em seguida, ele atribui, no art. 8 da mesma lei, competência ao árbitro para decidir sobre sua própria competência, cabendo "ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem".

Além disso, caso o árbitro considere oportuno, o litígio entre as partes referente à sua competência pode ser decidido por meio de uma sentença parcial tratando exclusivamente da competência arbitral⁹⁴. Nesse sentido, o STJ decidiu que é indiscutível o caráter sentencial da decisão parcial de incompetência arbitral com relação a uma das partes⁹⁵. Ora, se o STJ admite a qualificação de sentença para a decisão de incompetência, não há razão alguma para negar essa qualificação à decisão de competência.

88 Sobre a execução específica da convenção de arbitragem, v. FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, p. 398, nº 631 e s.

89 RACINE J.-B., "La sentence d'incompétence", *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 739.

90 Paris, 25 de março de 1994, *Rev. Arb.* 1994, p. 391, nota Ch. Jarrosson.

91 LOQUIN E., "Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire", *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1034, 2010, espec. nº 85.

92 Estão assim presentes os elementos materiais constitutivos do ato jurisdicional: "O ato jurisdicional é o ato jurídico composto de uma constatação portando sobre uma alegada contestação e de uma decisão que decide definitivamente a contestação" (BONNARD, *Précis de droit public*, 1940, p. 70, relatado por JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ 1987, espec. p. 36 a 38).

93 RACINE J.-B., "La sentence d'incompétence", *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 743.

94 Art. 23, § 1º, da Lei nº 9.307, de 1996.

95 Afirmou o STJ: "Restando, pois, evidenciado o 'conteúdo sentencial' da sentença arbitral parcial que não admitiu a Petrobrás como litisconsorte no procedimento arbitral" (REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 21. V., igualmente, p. 17 e 20).

A própria Lei Brasileira de Arbitragem dispõe que a decisão do árbitro que se declara competente pode ser controlada pelo Poder Judiciário por meio da ação destinada à declaração de nulidade da sentença arbitral⁹⁶. Considerando que o regime de controle é determinado pela qualificação do ato controlado, fica claro que, para o Direito brasileiro, a sentença de competência é uma verdadeira sentença arbitral.

Por fim, um argumento adicional que pode ser avançado para demonstrar a pertinência dessa qualificação é que essa é a solução adotada na maioria dos ordenamentos jurídicos⁹⁷, como, por exemplo, os Direitos suíço, inglês, francês, belga, austríaco e italiano⁹⁸.

Contornos da definição de sentença arbitral – Ampliando a análise do tema aqui tratado, a coerência global do direito da arbitragem exige, na realidade, que não só as decisões sobre o mérito do litígio⁹⁹ e sobre a competência arbitral sejam consideradas sentenças, mas igualmente toda decisão definitiva dos árbitros relativas a questões processuais que *possam vir* a colocar fim ao processo arbitral em parte ou em todo, como, por exemplo, decisões definitivas sobre a admissibilidade de todos ou certos pedidos¹⁰⁰. Note-se aqui que o sentido da decisão, isto é, que encerre ou não o procedimento, é irrelevante para a qualificação de sentença arbitral. Os critérios determinantes, sendo a existência de atividade jurisdicional, bem como de uma decisão imediatamente definitiva sobre uma questão de mérito¹⁰¹ ou qualquer outra questão que possa vir, caso acolhida, a encerrar o procedimento arbitral.

Essa é a posição do Direito francês, em que, após a decisão da Corte de Apelação de Paris, no caso *Sardisud*, e com os ajustes propostos pela doutrina, podem ser considerados como “verdadeiras sentenças arbitrais”, os “atos dos árbitros que decidem de maneira definitiva, em todo ou em parte, o litígio

96 Ver art. 20, § 2º, da Lei nº 9.307, de 1996.

97 Berger K. P., *International economic arbitration*, Kluwer Law, 1993, p. 360.

98 Para o Direito suíço (art. 190, § 2, da LDIP), belga (1693.3 do Código Judiciário), inglês (art. 67 da Lei Inglesa de Arbitragem), tunisiano (art. 26, al. 2, do Código tunisiano da arbitragem) e austríaco (arts. 584.2 e 611.1 do CPC, modificado em 2006). Sobre o Direito italiano, v. GIOVANNUCCI-ORLANDI Ch., “La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 février 2006”, *Rev. Arb.* 2008, p. 19, espec. p. 23. Já, em outros ordenamentos jurídicos, esse reconhecimento é implícito, pela submissão dessa decisão ao regime reservado à anulação de sentenças arbitrais. V., por exemplo, o Direito escocês e neozelandês (FOHLIN P., “A Case for a Right of Appeal from Negative Jurisdictional Rulings in International Arbitrations Governed by the UNCITRAL Model Law”, *Asian DR* 2008, p. 114). Para uma análise detalhada do direito comparado, v., principalmente, RACINE J.-B., “La sentence d'incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 741.

99 “Não há uma relação absoluta e necessária entre sentença e resolução do mérito da causa [...], nem toda a sentença resolve o mérito da causa.” (WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 427)

100 É interessante notar que nessa delimitação da noção de sentença arbitral encontram-se alguns dos critérios necessários para qualificar um modo de resolução de litígios de “arbitragem”, isto é, um terceiro investido de uma missão jurisdicional de decidir um litígio de maneira definitiva. Nesse sentido, v. JARROSSON Ch., nota sobre, Paris, 25 de março de 1994, *Sardisud e outro c/ soc. Technip e outro*, *Rev. Arb.* 1994, p. 391, espec. p. 396.

101 Interpretado de maneira ampla para incluir, por exemplo, a questão do direito aplicável, caso seja objeto de litígio entre as partes.

que lhes é submetido, seja ele sobre o mérito, sobre a competência, ou sobre qualquer questão processual que [possa colocar]¹⁰² fim à instância arbitral¹⁰³.

Esclarecidos esses elementos determinantes da qualificação, uma questão adicional ainda deve ser respondida para que se possa afirmar com legitimidade que a decisão arbitral sobre sua competência é digna de receber a qualificação de verdadeira sentença arbitral. A questão é saber qual é a fonte do poder do árbitro de se declarar competente ou incompetente¹⁰⁴. De fato, nada adiantaria o ato apresentar em sua estrutura formal todas as características de uma sentença arbitral se ele foi proferido por um terceiro que não possuía o poder de proferir essa decisão¹⁰⁵.

1.2.2 A fonte do poder do árbitro de se declarar competente ou incompetente

O poder do árbitro para se declarar competente ou incompetente, algo que hoje é tido como absolutamente natural, nem sempre foi o caso. Mesmo na França, um dos países que mais contribuiu para o desenvolvimento do direito da arbitragem moderno¹⁰⁶, esse poder já foi negado ao árbitro¹⁰⁷. A principal razão da recusa era o fato de que essa solução implicaria em admitir a competência arbitral, quando o que se questiona é justamente essa competência¹⁰⁸. Adicionalmente, como notado por Pierre Mayer quando explicando essa posição, era considerado que pareceria existir algo de estranho em “permitir a um indivíduo, o pretendido árbitro, de se auto conferir o poder de decidir o litígio; ora, nada garantiria que sua afirmação da validade da convenção de arbitragem corresponderia à realidade”¹⁰⁹.

Entretanto, nessa mesma época foi notado que a doutrina majoritária já afirmava que todo juiz é juiz de sua própria competência. Assim, o árbitro, exercendo função jurisdicional e sendo o juiz comum do comércio internacional, aceitar a posição anteriormente indicada “seria recusar de reconhecer [o árbitro] pelo o que ele é, e demonstrar uma desconfiança injustificada, de

102 GUINCHARD S., FERNAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, 2008, nº 1016; CHAINAIS C., *Rev. Arb.* 2009, p. 752 e JARROSSON Ch., *Rev. Arb.* 1993, p. 311.

103 Paris, 25 de março de 1994, *Sardisud e outro c/ soc. Technip e outro*, *Rev. Arb.* 1994, p. 391, nota Ch. Jarrosson. Nessa mesma linha, v. Paris, 10 de novembro de 1995, *Rev. Arb.* 1997, p. 596, obs. J.P.; 11 de abril de 2002, *Rev. Arb.* 2003, p.143 (2º caso), nota D. Bensaudé; 18 de maio de 2006, *Rev. Arb.* 2006, p. 857; 29 de novembro de 2007, *Rev. Arb.* 2007, p. 933; Paris, 29 de novembro de 2007 e Cass. Civ., 29 de junho de 2009, *Rev. Arb.* 2009, p. 741 (1º caso), nota C. Chainais. Sobre uma sentença de competência, ver Paris, 9 de julho de 1992, *Rev. Arb.* 1993, p. 103, nota Ch. Jarrosson.

104 RACINE J.-B., “La sentence d'incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 731.

105 Nesse caso, o ato não poderia ser um ato jurisdicional, pois estaria ausente o critério orgânico, isto é, ato proferido por autoridade investida de poder jurisdicional, seja ela um juiz estatal ou privado.

106 GAILLAR E., “L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international”, *JDI* 2017, p. 529.

107 V., por exemplo, Cass. Civ., 6 de outubro de 1953, S. 1954, I, p. 149, nota J. Robert; Cass. Civ., 11 de janeiro de 1960, *Rev. Arb.* 1960, p. 44.

108 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 339, nº 9.

109 Idem, *ibidem*.

obrigá-lo a suspender o procedimento em razão de qualquer contestação de sua competência, por vezes puramente dilatórias¹¹⁰.

Ocorre que essa última afirmação não é por si só suficiente para justificar o poder do árbitro para se declarar competente ou, nos casos mais graves, incompetente. Se considerarmos que um terceiro só é árbitro (juiz) se a convenção de arbitragem pela qual as partes consentiram em submeter seu litígio à arbitragem for válida, no caso de convenção inválida esse terceiro não será um verdadeiro árbitro e, portanto, como poderia ele ser juiz de sua própria competência? Assim, é necessário admitir que é longe de ser evidente que um suposto árbitro tenha qualquer poder para julgar a sua própria competência. É por essa razão que alguns autores, considerando que o poder jurisdicional do árbitro decorre exclusivamente da convenção de arbitragem, negaram a possibilidade de o árbitro de proferir um verdadeiro julgamento sobre sua competência (1.2.2.1). Todavia, esse entendimento, além de estar cada vez mais isolado em direito comparado, não parece levar em consideração as modernas legislações de arbitragem, que contém uma fonte externa à convenção de arbitragem, atribuindo poder jurisdicional aos árbitros para ao menos decidir sobre sua competência (1.2.2.2).

1.2.2.1 A convenção de arbitragem: fonte insuficiente

O caso da decisão de competência – Analisando a questão do poder do árbitro para apreciar sua própria competência, Pierre Mayer aborda a questão sob a ótica do juiz estatal responsável pelo reconhecimento dessa decisão. Ele questiona, assim, se essa decisão seria uma verdadeira decisão suscetível de ser reconhecida pelo juiz estatal que executará a sentença de mérito ou, ao contrário, se ela seria apenas uma constatação que vincularia unicamente o próprio árbitro¹¹¹.

Partindo do fato de que o árbitro “só é investido do poder de julgar pelo acordo das partes declarado válido pela lei” e que “um indivíduo não pode se conferir o título de árbitro por sua própria decisão”, Pierre Mayer considera que a decisão do árbitro que se declara competente não pode ser reconhecida pela autoridade estatal que dará força executória à sentença de mérito. Não tendo o árbitro a “última palavra” sobre a sua competência, o reconhecimento de sua sentença de mérito estaria subordinado à verificação pelo juiz estatal de que o árbitro se considerou corretamente competente. Isso significaria que a essa

110 Idem, ibidem.

111 Ibidem, nº 10.

“decisão” não seria acordado nenhum valor normativo, tratando-se, portanto, de um tipo de decisão provisória¹¹². Nesse mesmo sentido, ele indica que,

até que a contestação de uma das partes sobre a validade ou alcance da convenção de arbitragem que o institui seja rejeitada [pelo juiz estatal], não fica estabelecido que ele seja um verdadeiro árbitro com relação a todos os aspectos do litígio; e como é só nessa qualidade que ele poderia [...] proferir qualquer decisão, reconhecer [como verdadeira decisão] a decisão pela qual ele se declara competente pressuporia que se tivesse anteriormente verificado que ele era efetivamente competente – o que tornaria sem objeto o reconhecimento.¹¹³

Assim, se o árbitro não pode tomar uma decisão definitiva relativa à sua competência que seja revestida de autoridade de coisa julgada, essa decisão não seria uma sentença. Consequentemente, Pierre Mayer considera inclusive que não se trata nem mesmo de verdadeira decisão, mas de simples opinião ou explicação preliminar ao mérito¹¹⁴, visto que essa opinião não seria “nem mesmo um verdadeiro ato jurídico”¹¹⁵.

Sendo apenas uma opinião sobre sua própria competência, o mencionado autor considera que o árbitro poderia, inclusive, ignorar a objeção e passar diretamente à análise de mérito, visto que sua competência será necessariamente controlada nos fatos e no direito (ou seja, re julgada) pelo juiz estatal¹¹⁶. Foi justamente nesse sentido o procedimento adotado pelo tribunal arbitral no caso *The Kelo*¹¹⁷, procedimento aprovado em seguida pela *High Court*¹¹⁸.

O caso da decisão de incompetência – Essa concepção das decisões arbitrais de competência é expressa com ainda mais força nos casos de incompetência, tendo, inclusive, sido afirmado que a sentença de incompetência seria um “total absurdo”¹¹⁹.

112 Ibidem, p. 342, nº 11.

113 Ibidem, p. 341 e 342, nº 11.

114 Ibidem, p. 343, nº 12. V., igualmente, o *obiter dictum* no caso *Christopher Brown v. Genossenschaft Osterreichischer Waldbesitzer Holzwirtschaftsbetriebe Registrierte Genossenschaft Mit Beschränkter Haftung*, [1954] 1 QB 8, espec. p. 12 e 13.

115 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 352, nº 21.

116 Ibidem, p. 343, nº 12.

117 *Kaukomarkkinat o/y v. “elbe” transport-union g.m.b.h.* (“The Kelo”), [1985] 2 Lloyd's Rep. 85.

118 Dito isso, P. Mayer considera que se no caso *The Kelo* o tribunal arbitral tivesse preferido se manifestar sobre sua competência, em termos de “opinião”, ele poderia ter adotado essa solução. Na opinião do mencionado autor, se, por um lado, o árbitro não necessitaria se manifestar sobre a sua própria competência e, por outro, ele poderia passar diretamente à análise de mérito, a sua competência para apreciar sua competência poderia ser entendida apenas como uma ausência da obrigação de suspender o procedimento em face de uma alegação de incompetência, notadamente porque ela será sempre controlada posteriormente. Na prática, a competência-competência se resumiria a responder à questão processual de saber em que momento deve o juiz controlar a competência arbitral, antes ou depois da sentença. Para P. Mayer, a competência-competência não é “nem um poder, nem uma competência”, mas a simples possibilidade de não estar obrigado a suspender o procedimento, até que a competência seja efetivamente controlada pelo juiz estatal, “apreciação [...] destinada a prevalecer” e que é “a única a constituir uma verdadeira decisão” (MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 344, nº 13).

119 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 353, nº 23.

Segundo J. Rubellin-Devichi,

eles [os árbitros] não devem proferir uma decisão de incompetência, que não teria valor algum, pois ela só pode ser considerada como um ato emanando de um simples particular, mas [devem] sim recusar-se de julgar. Sem dúvida, é necessário que essa recusa possa ser constatada para permitir às partes de levar o litígio diante das jurisdições estatais, mas a “sentença” pela qual eles se declaram incompetentes de sentença só terá o nome.¹²⁰

Essa mesma concepção da decisão de incompetência é defendida por Pierre Mayer, que sustenta que,

[n]o plano teórico, acordar uma autoridade qualquer à declaração de incompetência feita pela pessoa designada como árbitro é um total absurdo. Vê-se aí uma pessoa que ela mesma considera que a vontade das partes não lhe conferiu qualquer poder de julgar: assim, seria contraditório que ela pretenda tomar uma decisão jurisdicional, mesmo que seja para dizer que o litígio não está coberto pela convenção de arbitragem; ela de fato só exprime uma opinião desprovida de toda autoridade.¹²¹

Se ele é incompetente por qualquer razão, o terceiro, na realidade, nunca teria sido “árbitro” para poder proferir uma verdadeira sentença¹²². Ele seria assim apenas uma simples pessoa privada e sua decisão não teria “nenhum valor”, ou seja, a essa decisão não seria possível acordar “qualquer autoridade”. Não sendo sentença, essa decisão não teria, por exemplo, autoridade da coisa julgada. Esse seria, então, um caso clássico de “sentença inexistente”¹²³.

De maneira mais atenuada foi explicado que

[o]s árbitros que se declaram incompetentes não podem proferir uma “decisão de incompetência”. Eles só podem se recusar a julgar. Em razão do componente contratual da arbitragem, o árbitro que se declara competente não possui poder jurisdicional. Agindo não mais como juiz, mas como simples particular, sua

120 RUBELLIN-DEVICHI J., *Essai sur la nature de l'arbitrage*, LGDJ, 1965, nº 349, p. 234; “Ils [les arbitres] doivent, non pas rendre une décision d'incompétence, qui n'aurait aucune valeur, puisqu'il ne pourrait s'agir que d'un acte émanant de simples particuliers, mais refuser de juger. Sans doute, il faut bien que ce refus puisse être constaté pour permettre aux parties de porter l'affaire devant les juridictions étatiques, mais la 'sentence' par laquelle ils se déclarent incompétents n'en aura que le nom”.

121 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 353, nº 23; “Sur le plan théorique, accorder une quelconque autorité à la déclaration d'incompétence faite par la personne désignée comme arbitre est une totale absurdité. Voilà une personne qui considère elle-même que la volonté des parties ne lui a pas conféré un quelconque pouvoir de juger: il serait donc contradictoire qu'elle prétende prendre une décision juridictionnelle, serait-ce pour dire que le litige n'est pas couvert par la convention d'arbitrage; elle n'exprime en fait qu'une opinion dénuée de toute autorité, et qui notamment ne saurait s'imposer à un tiers que les parties ou l'organisme d'arbitrage désigneraient par la suite comme nouvel arbitre”.

122 Eric Loquin traz uma exposição dessas críticas à sentença de incompetência; “Perspectives pour une réforme des voies de recours”, *Rev. Arb.* 1992, p. 321, espec. p. 339-340.

123 Sobre esse fenômeno em processos judiciais v. ARRUDA ALVIM T., *Nulidades do processo e da sentença*, RT 2017, 8. ed., espec. p. 392.

“sentença” de incompetência não pode ser considerada como um ato jurisdicional.¹²⁴

Considerar que o fundamento do poder do árbitro para decidir sua própria competência advém da convenção de arbitragem expõe essa decisão a uma série de críticas relativas às suas incoerências lógicas, notadamente no caso da sentença de incompetência. Assim, para poder afastar essas críticas, é necessário que o fundamento da decisão sobre a competência arbitral seja exterior à convenção de arbitragem. Nesse sentido, Emmanuel Gaillard explicou que a fonte desse poder deve “ser unicamente fundamentada em uma regra que não deva nada à vontade das partes [que no caso da sentença de incompetência é], por definição inexistente ou manchada de um vício”¹²⁵.

Dois fundamentos exteriores à convenção de arbitragem foram assim avançados: o primeiro, sendo o contrato de árbitro; e o segundo, a regra da competência-competência, prevista na maioria das legislações modernas sobre a arbitragem.

1.2.2.2 Fontes externas à convenção de arbitragem

Contrato de árbitro – O chamado “contrato de árbitro”¹²⁶ foi outra possível fonte investigada pela doutrina para justificar o poder de o árbitro julgar sua própria competência. Essa é a posição de Thomas Clay, que diferencia competência e investidura, o árbitro sendo investido do seu poder de julgar pelo contrato de árbitro.

Por duas decisões fundadoras proferidas há quase dois séculos, a Corte de Cassação francesa considerou que tanto a competência quanto a investidura do árbitro possuíam suas fontes na convenção de arbitragem¹²⁷. Entretanto, as duas noções se dissociariam, pois, enquanto a competência “corresponde[ria] ao exame da extensão da convenção de arbitragem”, a investidura “corresponde[ria] ao exame da validade da convenção de arbitragem”¹²⁸. Assim, apoiada nessa posição, a jurisprudência e a doutrina, durante um certo tempo¹²⁹, considera-

124 LOQUIN E., “Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire”, *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 1034, 2010, espec. nº 86.

125 GAILLARD E., “L'effet négatif de la compétence-compétence”, in: *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret* 1999, p. 387, espec. p. 388.

126 A expressão parece ter sido cunhada por Th. Clay em sua tese de doutorado intitulada *L'arbitre*; Dalloz 2001. V. do mesmo autor, “Le coarbitre”, in: *Liber amicorum Pierre Mayer*, LGDJ 2015, p. 133.

127 Cass. Civ., 2 de dezembro de 1839, S. 1840, 1, p. 237; 2 de agosto de 1842, S. 1842, 1, p. 824. Mais recentemente, Cass. Civ. 2ª, 22 de fevereiro de 1949, *Caulliez*, *JCP* 1949, II, p. 4899, obs. H. Motulsky, S. 1949, 1, p. 73.

128 CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz 2001, espec. p. 115, nº 121.

129 Até 1957, quando foi proferido a decisão *Buck*, Paris, 22 de janeiro de 1957, *JCP* 1957, II, p. 10165, nota H. MOTULSKY; in: *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz 1974, reed. 2010, p. 371. V., igualmente, Paris, 12 de maio de 1959, *Rev. Arb.* 1959, p. 49; Paris, 21 de março de 1963, *Rev. Arb.* 1963, p. 130.

ram que o árbitro estaria impossibilitado de verificar a existência e a validade da convenção de arbitragem, ou seja, elementos de sua investidura, pois o princípio da competência-competência somente permitiria ao tribunal arbitral apreciar a extensão da convenção de arbitragem, ou seja, sua competência. A apreciação da investidura arbitral seria reservada ao juiz estatal¹³⁰.

Sem aderir a essas definições das noções de competência e investidura, Thomas Clay revisitou a análise dessas duas noções, retomando a distinção já abandonada pela jurisprudência francesa em 1957, mas agora de maneira a manter a possibilidade de que qualquer contestação relativa à convenção de arbitragem fosse analisada pelo tribunal arbitral¹³¹.

Foi retornando aos fundamentos das duas noções que Thomas Clay sustentou que a validade da convenção de arbitral não possui relação alguma com a investidura do árbitro. A investidura de um árbitro, assim como em outras áreas do direito “se define como a atribuição da competência arbitral a uma pessoa precisa”¹³², ou seja, ela eleva à qualidade de árbitro uma pessoa específica. Em outros termos:

[A] investidura é ligada ao árbitro, enquanto a competência é ligada ao litígio. A repartição dos litígios no seio das jurisdições – intrajudiciária ou entre jurisdições estatais e arbitrais – é atrelada à natureza do litígio, e é por conseguinte unicamente uma questão de competência. Ao contrário, saber se tal pessoa é dotada do poder jurisdicional para colocar fim a um litígio dado, releva da própria pessoa, isto é, de sua investidura.¹³³

Para o autor, essa divisão parece ser melhor fundamentada juridicamente do que a divisão entre validade e escopo da convenção de arbitragem, anteriormente utilizada pela jurisprudência francesa¹³⁴. Na mesma linha dessa distinção, M. de Boissésou escreveu que “a competência não é investidura. [...] Enquanto a investidura é o ato fundador do poder jurisdicional conferido à uma jurisdição”¹³⁵, “a competência é o poder que possui o árbitro, como toda outra jurisdição, de conhecer o litígio”¹³⁶.

Para detalhes sobre a divergência jurisprudencial sobre esse tema, v. RUBELLIN-DEVICHI J., *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, LGDJ 1965, espec. p. 221.

130 BARTIN É.-A., *Principes de droit international selon la loi et la jurisprudence*, Domat-Montchrestien 1930, espec. p. 406, nº 164; GLASSON E., TISSIER A., MOREL R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et procédure civile*, 1936, t. 5, nº 1816.

131 CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz 2001, espec. p. 111, nº 118.

132 Ibidem, espec. p. 140, nº 166.

133 Idem, ibidem.

134 Ibidem, espec. p. 141, nº 166.

135 DE BOISSÉSON M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly 1990, espec. p. 93, nº 113.

136 Ibidem, espec. p. 709, nº 730.

No campo do Judiciário brasileiro, a investidura na magistratura dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 78 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹³⁷ e do art. 93, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Já, no campo da justiça privada, para Thomas Clay a investidura adviria do contrato de árbitro e deve ser considerada como sendo “a verificação que uma pessoa possa ser árbitro”¹³⁸. Entre outros elementos, é saber se o árbitro foi devidamente designado, se é imparcial e independente¹³⁹ ou se ele possui as qualidades especificadas na convenção de arbitragem, como proficiência linguística, profissional ou uma determinada confissão religiosa¹⁴⁰.

Assim, se “a competência é a vocação de um litígio determinado a ser arbitrado, [e] a investidura é a verificação que uma pessoa possa ser árbitro”¹⁴¹, observa-se que contestações relativas à existência, à validade e ao âmbito de aplicação da convenção de arbitragem em nada afetariam a investidura do árbitro. O árbitro poderia, portanto, livremente decidir sobre essas contestações, visto que sua qualidade de juiz não estaria em questão.

Entretanto, para que essa afirmação possa ser considerada verdadeira, é necessário superar o argumento de que competência e investidura adviriam da convenção de arbitragem. É nesse ponto que Thomas Clay traz à luz o instrumento do contrato de árbitro, por meio do qual “[a] distinção entre investidura e competência se torna ‘racionalmente justificável’”¹⁴². Considerando que a investidura do árbitro tem como fonte o contrato de árbitro¹⁴³, “convenção pela qual o árbitro se engaja vis-à-vis das partes conjuntamente a executar a sua missão jurisdicional”¹⁴⁴, e a competência do árbitro tem como fonte a convenção de arbitragem, o autor sugere que cada noção possuiria seu próprio contrato¹⁴⁵. Consequentemente, o árbitro regularmente investido de poder jurisdicional pelo contrato de árbitro poderia, sem maiores contestações, decidir tanto sobre a existência e validade da convenção de arbitragem quanto sobre questões ligados ao seu escopo.

137 Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

138 CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz 2001, espec. p. 141, nº 168. Entretanto, M. de Boissésou retira dessa distinção uma consequência completamente diferente daquela retirada por Th. Clay. Enquanto aquele vincula a investidura à convenção de arbitragem, esse considera que a convenção de arbitragem está ligada unicamente à noção de competência (repartição) e vincula a investidura ao contrato de árbitro.

139 O art. 20 da Lei Brasileira de Arbitragem prevê, assim, objeções tanto à competência arbitral quanto à investidura do árbitro.

140 Ver, por exemplo, o caso *Jivraj cl Hashwani* submetido à Corte Suprema do Reino Unido, no qual a cláusula de arbitragem previa que os árbitros teriam que ser “respeitáveis membros da comunidade Ismaili e exercer cargos de chefia dentro da comunidade” ([2011] UKSC 40).

141 CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz 2001, espec. p. 141, nº 168.

142 Ibidem, espec. p. 137, nº 161.

143 Ibidem, espec. p. 528, nº 670.

144 Ibidem, espec. p. 138, nº 163.

145 Ibidem, espec. p. 141, nº 166.

Em apoio à distinção entre competência e investidura, uma autora explicou que, conforme já foi dito, “a investidura consiste a se perguntar quem é juiz, e a competência a determinar se o órgão jurisdicional, a jurisdição, pode exercer, relativamente a um litígio determinado, seu poder de julgar”¹⁴⁶. Transpondo, assim, esses conceitos à arbitragem, a autora conclui que “a investidura está ligada ao árbitro, contrariamente ao poder jurisdicional e à competência, que estão ligados ao tribunal arbitral como um todo – o órgão jurisdicional, a jurisdição – do ou dos membros que a compõem – os árbitros”¹⁴⁷.

Essa linha de pensamento parece ser uma via possível, que agrupa alguns adeptos¹⁴⁸. Entretanto, aderir a essa corrente significa admitir, em matéria arbitral, a cisão entre investidura e competência, o que não é algo evidente e é longe de ser unanimemente aceito¹⁴⁹.

Unidade entre investidura e competência – No que foi qualificado como uma “rude batalha” doutrinária¹⁵⁰ travada contra a divisão entre competência e investidura anteriormente adotada pela jurisprudência francesa, Henri Motulsky demonstrava, de maneira convincente, a unidade de fonte das duas noções em matéria arbitral¹⁵¹. O autor fundamentava sua posição:

Precisamente, na particularidade do árbitro. Esse, nós repetimos suficientemente, só é juiz na medida em que ele é regularmente investido. Mas assim sendo, não é possível conceber que se possa ter nessa relação [entre o árbitro e sua investidura] uma diferença no caso onde a questão é saber se as partes a um litígio estipularam de maneira válida uma cláusula compromissória, e a situação onde, admitindo-se a existência de uma cláusula compromissória, se seu texto permite ao árbitro de decidir um diferendo específico. Que a cláusula compromissória invocada nunca tenha sido aceita, que ela não se aplique às partes, que ela seja afetada por uma nulidade ou que ela seja validamente assinada ou aplicável às partes, mas que ela não vise, segundo seu texto, o diferendo preciso que deva ser decidido, é o que nos parece, quanto à nós, completamente indiferente com relação ao problema da investidura do árbitro; pois, em um caso como no outro, essa investidura não existe. Retirando seus poderes da cláusula arbitral, o árbitro só se torna juiz se ele for validamente instituído para o litígio preciso sobre o

146 BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013, espec. p. 328, nº 358.

147 Idem, ibidem.

148 Por exemplo, idem, ibidem.

149 Para uma parte importante da doutrina arbitralista moderna, do “contrato de árbitro” não advém poder jurisdicional algum, apenas a obrigação de executar a sua missão; RACINE J.-B., “La sentence d'incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 732 e 733. Além disso, outros importantes autores negam, salvo casos particulares, até a existência de um contrato entre os árbitros e as partes. Nesse sentido, v. MAYER P., “Le mythe du contrat d'arbitre”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel* 2018, espec. p. 1181.

150 FOUCHER Ph., “Henry MOTULSKY et l'arbitrage”, *Rev. Arb.* 1992, p. 523, espec. p. 532, nº 22.

151 MOTULSKY H., “Menace sur l'arbitrage: la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation de l'existence ou de la validité d'une clause compromissoire”, in: *Écrits*, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, reed. 2010, p. 189. V., igualmente, ROBERT J., e MOREAU B., *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1983, 50. ed., espec. p. 104, nº 126.

qual ele pretende decidir; ora, ele não é mais investido se a interpretação da cláusula leva a negar-lhe essa vocação que se a cláusula é inexistente ou afetada de nulidade.¹⁵²

Em outros termos, contrariamente ao juiz estatal incompetente (que, apesar de sua incompetência com relação a um litígio específico, continua sendo “juiz”), o árbitro só é árbitro nos casos em que as partes lhe conferiram validamente essa qualidade. Assim, nos casos em que um litígio não entre no escopo da convenção de arbitragem, o árbitro não só é incompetente, como também não é “juiz” (isto é, árbitro), pois nunca foi investido de poder jurisdicional¹⁵³.

Consequentemente, a distinção entre investidura e competência seria “uma discriminação racionalmente injustificada”¹⁵⁴. Essa é, após uma evolução, inclusive a posição atual da jurisprudência francesa, que desde a decisão *Buck* da Corte de Apelação, repetindo a explicação dada por Henri Motulsky, decidiu que distinguir competência e investidura em matéria de arbitragem seria “uma discriminação racionalmente injustificada”¹⁵⁵, que essa distinção seria “arbitrária”¹⁵⁶ ou que “nada permite, em fato e em direito, desconectar a investidura contratual do árbitro do objeto do litígio, do qual ele é chamado pelas partes a decidir”¹⁵⁷.

Além disso, fundamentar o poder do árbitro de decidir sobre todos os aspectos de sua competência no contrato de árbitro pode ser questionado por duas razões adicionais. Primeiramente, pois é possível avançar argumentos contra a própria existência do “contrato de árbitro”¹⁵⁸. Em segundo lugar, pois essa hipótese parece sofrer, pelo menos em parte, da crítica de incoerência lógica que foi feita contra a sentença de incompetência. Isso porque a parte que

152 MOTULSKY H., “Menace sur l'arbitrage: la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation de l'existence ou de la validité d'une clause compromissoire”, in: *Écrits*, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, reed. 2010, p. 189, espec. p. 200, nº 12.

153 Explicando essa diferença, P. Mayer ressaltou que “[o] juiz é um órgão do Estado dotado intrinsecamente do poder de julgar, enquanto o árbitro é, intrinsecamente, uma pessoa privada não dotada desse poder, e que só se tornou árbitro depois de um processo de designação cuja implementação supõe um acordo anterior das partes” (MAYER P., “Le mythe du contrat d'arbitre”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel* 2018, espec. p. 1193). Nesse sentido, v. STALEV Z., “The Arbitral Tribunal vis-à-vis the Arbitration Agreement”, *Rev. Hell. Dr. Int.*, v. 42-43, p. 233, espec. p. 236, nº 3.

154 MOTULSKY H., “Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale”, in: *Écrits*, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, reed. 2010, p. 208, espec. p. 216, nº 10.

155 Paris, 12 de maio de 1959, *Rev. Arb.* 1959, p. 49; Paris, 21 de março de 1963, *Rev. Arb.* 1963, p. 130. Para detalhes sobre a divergência jurisprudencial sobre esse tema, v. RUBELLIN-DEVICHI J., *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, LGDJ 1965, espec. p. 221.

156 Paris, 12 de maio de 1959, *Rev. Arb.* 1959, p. 49.

157 Paris, 21 de março de 1963, *Rev. Arb.* 1963, p. 130.

158 MAYER P., “Le mythe du contrat d'arbitre”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel* 2018, espec. p. 1181. O autor explica, analisando os mais variados mecanismos de nomeação dos árbitros, que, salvo casos excepcionais, “nenhuma troca de consentimento entre as partes de um lado e os árbitros do outro é a origem das obrigações recíprocas de uns e de outros. As obrigações e os poderes dos árbitros resultam da lei” (espec. p. 1195). Negando igualmente a existência do contrato de árbitro, M. MUSTILL, S. BOYD, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Butterworths 1989, 2. ed., p. 220-223.

alega a incompetência do árbitro muitas vezes pode se sentir obrigada a designar um árbitro apenas para impedir a continuidade do procedimento sem a sua participação. A designação de um árbitro não implica aceitação de sua investidura pela parte objetante. Nos casos em que uma parte alega a incompetência arbitral, a designação de um árbitro é feita unicamente para evitar agravar sua própria situação, não havendo uma verdadeira vontade de investi-lo de qualquer poder. Nesse sentido, Pierre Mayer sustenta a existência de apenas uma conclusão possível: “O encontro dos consentimentos entre a parte e o árbitro não forma um contrato. Ele possui por único efeito colocar um árbitro no seio do tribunal arbitral, sem que isso possua qualquer outra consequência jurídica, notadamente em termos de obrigações recíprocas”¹⁵⁹.

Princípio da competência-competência – É no princípio da competência-competência, existente no direito da arbitragem de grande parte dos ordenamentos jurídicos, que nós consideramos que se encontra a fonte do poder do árbitro para julgar a sua própria competência.

Como explicado, a arbitragem tem sua fonte na vontade das partes expressa na cláusula arbitral, a qual produz efeitos positivo e negativo. O primeiro efeito dá competência aos árbitros para julgar os litígios que entram em seu âmbito de aplicação e, o segundo, impede os juízes estatais de julgar o mesmo litígio. Como explicado por Emmanuel Gaillard, “[o] princípio da ‘competência-competência’ prolonga cada um desses dois efeitos nas situações nas quais a existência ou a validade da convenção de arbitragem são contestadas”¹⁶⁰.

O princípio da competência-competência é há muito tempo conhecido das jurisdições estatais. Historicamente, invocava-se o princípio perante as jurisdições estatais em matérias em que uma outra jurisdição beneficiava de competência exclusiva sobre o mérito, para saber se essa jurisdição seria a única que poderia analisar com prioridade e de maneira definitiva se a questão seria realmente de sua competência exclusiva¹⁶¹. É assim que a expressão alemã *Kompetenz-Kompetenz* era originalmente invocada em Direito alemão¹⁶². Posteriormente, esse princípio foi invocado em matéria de arbitragem e consagrado por meio do princípio da *compétence-compétence*, que concede ao

159 MAYER P., “Le mythe du contrat d'arbitre”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel* 2018, espec. p. 1181, espec. p. 1187.

160 GAILLARD E., “L'effet négatif de la compétence-compétence”, in: *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret* 1999, p. 387, espec. nº 2.

161 V. Ibidem, espec. p. 389; MAILLHÉ F., *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, Economica 2016, espec. p. 263, nº 387.

162 Nesse sentido, v. GLOSSNER O., “Germany”, *Handbook Commercial Arbitration, ICCA Publication* 1987, espec. p. 14; PETER BERGER K., *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, espec. p. 359.

árbitro poder para decidir sobre sua própria competência (efeito positivo) com um eventual controle posterior pelo juiz estatal (efeito negativo)¹⁶³.

Toda regra de competência é uma norma jurídica. Portanto, o litígio sobre a competência é uma espécie de problema de direito inscrito na *juris dictio*, ao qual “toda jurisdição deveria poder responder”¹⁶⁴. Esse poder é um atributo natural do poder jurisdicional¹⁶⁵. Consequentemente, o reconhecimento por uma legislação nacional de que o árbitro também possui o poder de decidir sobre a sua própria competência é a demonstração de que esse ordenamento jurídico aceita e acentua o caráter jurisdicional da arbitragem¹⁶⁶. Como constatado, “essa solução não possui nada de chocante ou absurdo: da mesma maneira que o direito [nacional de um país determinado] aceita que as partes designem juízes privados, os árbitros, para decidir o mérito de seu litígio, ele pode autorizar as partes a designar pessoas privadas para decidir se seu litígio é da competência de um tribunal arbitral”¹⁶⁷, mesmo que essa decisão possa vir a ser posteriormente controlada.

É nesse princípio do direito da arbitragem e, mais precisamente, em seu efeito positivo – o qual dá competência ao árbitro para decidir sua própria competência – que parte importante da doutrina considera situar-se a fonte do poder do árbitro para declarar sua competência ou incompetência¹⁶⁸.

Com a exceção dos casos em que o árbitro é manifestamente incompetente, a aparência minimamente razoável de competência arbitral será suficiente para que o princípio da competência-competência produza seus efeitos e, assim, “conduzir à constituição do tribunal arbitral, e a investi-lo de parcela mínima de poder jurisdicional: o poder de julgar a sua própria competência”¹⁶⁹.

Isso, entretanto, não significa de forma alguma que o princípio da competência-competência simplesmente advenha da convenção de arbitragem ou mesmo da aparência de convenção de arbitragem. Se assim o fosse, explicaria unicamente o poder do árbitro para declarar a sua competência, mas seria

163 É o caráter não definitivo da decisão do árbitro sobre a sua competência o ponto essencial para distinguir o princípio da *compétence-compétence* consagrado pelas Cortes francesas em matéria arbitral, da *Kompetenz-Kompetenz*, aplicado pelas Cortes alemãs em temas que não eram de arbitragem. É por essa razão que o emprego da expressão *compétence-compétence*, ou competência-competência em português, parece ser mais apropriado.

164 MAILLHÉ F., *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, Economica 2016, espec. p. 264, nº 387.

165 CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz 2001, espec. p. 105, nº 114.

166 MAILLHÉ F., *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions*, Economica 2016, espec. p. 264, nº 388.

167 Idem, ibidem.

168 FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, espec. p. 414, nº 658: “O princípio da competência-competência permite igualmente aos árbitros de constatar, se for o caso, a nulidade da convenção de arbitragem e de prolatar uma sentença concluindo a sua incompetência”.

169 BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013, espec. p. 476, nº 581.

incapaz de justificar a origem do poder do árbitro para declarar a sua incompetência. A sentença de incompetência sofreria da contradição lógica antes analisada.

Na realidade, esse princípio deriva da Lei de Arbitragem, exterior à vontade das partes, e por essa razão é capaz de quebrar o paradoxo de que, se a convenção de arbitragem não é válida, o terceiro não seria árbitro e não poderia proferir uma sentença, mesmo que para constar sua incompetência. É nesse sentido o entendimento de Antonias Dimolitsa, que fala da ruptura do “impasse lógico”¹⁷⁰, e de Emmanuel Gaillard, que considera que o princípio da competência-competência retira qualquer incoerência lógica das sentenças arbitrais sobre a competência, seja qual foi o sentido da decisão. Ele sustenta assim:

[N]o seu efeito positivo, o princípio da competência-competência se endereça ao árbitro. Ele permite aos árbitros cuja competência é colocada em dúvida possa se pronunciar sobre o fundamento de sua investidura sem que lhe seja oposta a contradição consistindo, para um órgão cuja competência ainda não foi estabelecida, a empreender qualquer raciocínio, seja ele sobre o tema dessa competência. Melhor, ele permite aos árbitros que estimam que não existe convenção de arbitragem válida entre as partes, ou que não cubra a matéria litigiosa, de proferir uma sentença nesse sentido. Na ausência desse princípio, esse seria um ato impossível. De fato, os árbitros não poderiam ao mesmo tempo negar sua competência no dispositivo da sentença e afirmar eles mesmos essa decisão em tal sentença. O ato seria contradito por seu próprio conteúdo.¹⁷¹

O poder do árbitro para decidir sobre a existência, a validade e o âmbito de aplicação da convenção de arbitragem é, portanto, exterior à convenção, fato que justifica a possibilidade de que o árbitro avalie a eficácia do consentimento das partes em se submeter à arbitragem¹⁷². Seja qual for o caso, o árbitro sempre terá, pelo menos, “um poder jurisdicional mínimo”¹⁷³ para avaliar sua competência, pois ele não retira todo seu poder de julgar sua competência da convenção de arbitragem, “mas igualmente de sua qualidade intrínseca de juiz que lhe outorga o princípio da competência-competência”¹⁷⁴.

170 DIMOLITSA A., “Autonomie et ‘Kompetenz-Kompetenz’”, *Rev. Arb.* 1998, p. 305, espec. p. 325, nº 21.

171 GAILLARD E., “L’effet négatif de la compétence-compétence”, in: *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret* 1999, p. 387, espec. p. 387 e 388.

172 Nesse sentido, E. Gaillard explica que, “para pronunciar a sua incompetência, os árbitros só podem se fundar em uma regra que não deva nada à vontade das partes, por definição inexistente ou manchada de um vício. É esse suplemento de competência, fornecido aos árbitros pelo direito objetivo da arbitragem, que é o princípio da competência-competência em seu efeito positivo” (“L’effet négatif de la compétence-compétence”, in: *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret* 1999, p. 387, espec. p. 388, nº 3). Na ausência desse princípio, a sentença de incompetência seria um ato jurídico impossível, espec. nº 3.

173 LOQUIN E., “Perspectives pour une réforme des voies de recours”, *Rev. Arb.* 1992, p. 321, espec. p. 340, nº 36.

174 RACINE J.-B., “La sentence d’incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 734.

Conformidade com o Direito brasileiro da arbitragem – A análise *supra* está em consonância com ordenamento brasileiro, cujas normas reconhecem ao árbitro a competência-competência, com efeitos positivo e negativo.

Primeiramente, a Lei de Arbitragem dispõe, de maneira genérica, no parágrafo único do art. 8º que “[c]aberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem”. Posteriormente, a interpretação desse artigo foi refinada, ficando hoje clara a existência dos dois efeitos.

Com relação ao efeito positivo, o STJ afirmou que

[q]uestões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei nº 9.307/1996. Trata-se da denominada *kompetenz-kompetenz* (competência-competência), que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência, sendo condenável qualquer tentativa das partes ou do juiz estatal de alterar essa realidade.¹⁷⁵

Já, com relação ao tão importante efeito negativo, o STJ afirmou que

[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 a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015). (grifo nosso)¹⁷⁶

Esse efeito negativo, enunciado frequentemente pelo STJ, o foi de forma mais clara em uma decisão recente, na qual foi reconhecido que,

[c]omo corolário do princípio competência-competência, dispostos nos arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307/1996, a legislação brasileira sobre arbitragem estabelece uma precedência temporal ao procedimento arbitral, permitindo que seja franqueado o acesso ao Poder Judiciário somente após a edição de sentença arbitral. (grifo nosso)¹⁷⁷

Dito isso, é importante ressaltar que o princípio de competência-competência de forma alguma estabelece uma supremacia da decisão arbitral.

175 SEC 12781/EX, *Everlast World's Boxing Headquarters Corp c/ Onkoy Sports Ltda*, 7 de junho de 2017.

176 Conflito de Competência nº 139.519/RJ, *Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras c/ Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*, 11 de outubro de 2017.

177 REsp 1614070/SP, 26 de junho de 2018, *Sppatrim Administração e Participações Ltda c/ BNE Administração de Imóveis S.A.*

Essa sempre estará sujeita ao controle posterior do Judiciário¹⁷⁸. Nesse sentido, Rodrigo Garcia da Fonseca explica que “[p]elo princípio da competência-competência, cabe ao árbitro dispor sobre sua própria competência em prioridade cronológica com relação ao juiz togado, reservado a este a possibilidade de reapreciar a questão *a posteriori*, em eventual demanda de nulidade da sentença arbitral”¹⁷⁹. Fica, assim, afastada qualquer possível crítica de que a lei brasileira, ao estabelecer esse poder jurisdicional mínimo do árbitro para se manifestar sobre a sua própria competência, estaria afastando a apreciação da questão pelo Judiciário ou criando qualquer tipo de tribunal de exceção. Nesse sentido, como afirma Pierre Mayer, “[a] lei não pode permitir que um indivíduo cujos poderes não estão comprovados de se auto proclamar juiz; ela pode, entretanto, permitir, em função das vantagens que ela observa, diferir por um determinado tempo o momento onde esses poderes serão verificados”¹⁸⁰.

Com base no supraexposto, fica demonstrado que a decisão do árbitro sobre sua competência é uma verdadeira sentença arbitral, seja qual for o sentido da decisão, isto é, competência ou incompetência¹⁸¹. Primeiramente, porque o poder do árbitro para proferir tais decisões é exterior à convenção de arbitragem, afastando, assim, qualquer argumento e incompatibilidade lógica. Em seguida, pois, em razão das características da arbitragem, o árbitro que profere uma decisão sobre a sua competência decide de maneira obrigatória e final um litígio jurídico por meio de um ato jurisdicional. Os elementos que permitem a qualificação de sentença arbitral estão assim presentes. Finalmente, o fato de a sentença sobre a competência estar sujeita a um controle posterior pelas cortes estatais não pode afastar a qualificação de sentença. Esse fato não tira a natureza jurisdicional dessa decisão arbitral¹⁸². Nesse sentido,

178 Conflito de Competência nº 139.519/RJ, *Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras c/ Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*, 11 de outubro de 2017. Importante ressaltar que encontramos na jurisprudência do STJ decisões que utilizam a expressão de que o tribunal arbitral decidiria com “primazia sobre o Poder Judiciário”, o que poderia gerar confusão. Nesse sentido, v. REsp 1.550.260/RS, *Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe c/ Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica*, 12 de dezembro de 2017. O problema é que, entre as acepções dadas pelo dicionário Aurélio à palavra primazia, aparecem como principais definições aquelas que dão a entender que a sentença arbitral teria algum tipo de valor superior com relação à decisão do juiz estatal, como, por exemplo: “Está em primeiro lugar; que ocupa o lugar mais importante; cuja categoria é superior; [...] Que detém a primeira colocação; que ocupa esse primeiro lugar: atleta permanece mantendo sua primazia sobre os demais”. Assim, a palavra “primazia” deve ser evitada, em benefício da expressão “prioridade temporal”. Felizmente, essas decisões esclarecem em outras passagens que essa “primazia” é apenas temporal.

179 GARCIA DA FONSECA R, “A arbitragem na jurisprudência recente do STJ”, *Revista de Arbitragem e Mediação* 2008, p. 16, espec. p. 19 e 20. Nesse sentido, v. igualmente, TIBURCIO C., “A competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência”, in: *Estudos de direito: uma homenagem ao Professor José Carlos de Magalhães*, Atelier Jurídico 2018, p. 753.

180 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 350, nº 20.

181 Reconhecendo a existência das sentenças de incompetência em Direito brasileiro, v. MAGNO VIANNA GONÇALVES R., *Arbitragem: teoria e prática*, Lumen Juris 2018, espec. p. 179.

182 BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2013, espec. p. 476, nº 581.

até não tanto tempo atrás, as regras de direito internacional privado de vários ordenamentos jurídicos permitiam uma revisão pelo juiz do foro da correição do julgamento estrangeiro no momento de seu *exaquetur*¹⁸³, sem que por isso o caráter jurisdicional, ou de verdadeira sentença, do julgamento estrangeiro fosse colocado em questão.

Assim, em direito da arbitragem brasileiro, parece não existir justificativa alguma para não qualificarmos tanto as sentenças de competência quanto de incompetência como verdadeiras sentenças. Na prática, a natureza de sentença da decisão arbitral de incompetência foi, inclusive, reconhecida pelo STJ em uma decisão recente¹⁸⁴.

2 O REGIME DE CONTROLE DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL SOBRE A COMPETÊNCIA

O regime jurídico¹⁸⁵ da sentença arbitral é o conjunto de normas que incidem sobre ela, determinando, por exemplo, seus efeitos e eventuais mecanismos de controle. Sendo verdadeiras sentenças, as decisões dos árbitros sobre a sua competência devem necessariamente produzir os mesmos efeitos de qualquer outra sentença arbitral e ser submetidas ao regime de controle previsto no Direito brasileiro da arbitragem às sentenças arbitrais.

Efeitos – Assim sendo, com relação aos efeitos de uma sentença arbitral sobre a competência, essa decisão produzirá “os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”¹⁸⁶. Isto é, seja qual for a decisão do árbitro, de competência ou de incompetência total ou parcial¹⁸⁷, referida

183 Em direito internacional privado francês, por exemplo, a proibição geral do poder do juiz francês de rever o mérito do litígio no momento de reconhecer sentenças judiciais estrangeiras foi enunciada pela Corte de Cassação somente em 1964, na decisão Munzer; Cass. Civ., 7 de janeiro de 1964, *Rev. Crit. DIP* 1964, p. 334, nota H. Batiffol; *JDI* 1964, p. 302, nota B. Goldman. Entretanto, essa decisão manteve o controle pelo juiz francês da lei aplicável segundo as regras de conflito de leis francesas. Isto é, exigia-se que o juiz estrangeiro fizesse aplicação das mesmas regras de conflito que o juiz francês, o que significava, na prática, um resqúcio de controle por uma via oblíqua do mérito do julgamento estrangeiro. Por sua vez, esse controle foi abandonado somente em 2007, com a decisão *Cornelissen*; Cass. Civ., 20 de fevereiro de 2007, *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 420, nota B. Ancel e H. Muir Watt; *JDI* 2007, p. 1195, nota F.-X. TRAIN, *D.* 2007, p. 115, nota L. D'Avout e S. Bollée.

184 REsp 1.519.041/RJ, 1 de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 21.

185 Para uma definição de regime jurídico, v. DE PLACIDO E SILVA, atualizado por SLAIBI FILHO N., GOMES P. P. V., *Vocabulário jurídico*, Forense 2016, espec. p. 1192.

186 Art. 31 da Lei nº 9.307, de 1996.

187 RACINE J.-B., “La sentence d'incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 747.

decisão possuirá autoridade da coisa julgada¹⁸⁸ desde o momento de sua prolação¹⁸⁹, tanto no seu efeito negativo quanto positivo¹⁹⁰.

Assim decidiu o STJ, afirmando que a sentença de incompetência, seja ela parcial ou final, é “apta, no ponto, à formação da coisa julgada”¹⁹¹. Complementa o STJ, admitindo que

é de suma relevância reconhecer que a questão decidida pela sentença arbitral parcial encontrar-se-á definitivamente julgada, não podendo ser objeto de ratificação e muito menos de modificação pela sentença arbitral final, exigindo-se de ambas, por questão de lógica, naturalmente, coerência, tão-somente.¹⁹²

Conseqüentemente, não há dúvidas de que, para o STJ, a decisão do árbitro sobre a sua competência é uma verdadeira sentença arbitral, possuindo, portanto, autoridade da coisa julgada¹⁹³.

Além disso, essa autoridade vincula não só o próprio tribunal arbitral dentro da mesma instância, como igualmente as partes diante de outros tribunais arbitrais. Nesse tocante, apesar da autoridade que uma sentença proferida por um tribunal arbitral possa ter sobre um segundo tribunal arbitral seja uma

188 Formal e material, segundo a distinção adotada em Direito brasileiro. Sobre a autoridade da coisa julgada das sentenças arbitrais, ver, principalmente, JARROSSON Ch., “L’authorité de chose jugée des sentences arbitrales”, *Procédures* agosto de 2007, nº 8, estudo nº 17, nº 18; MAYER P., “Litispendance, connexité et chose jugée dans l’arbitrage international”, in: *Liber Amicorum Claude Reymond: autour de l’arbitrage*, Litec, 2004, p. 185; HANOTIAU B., “Quelques réflexions à propos de l’authorité de chose jugée des sentences arbitrales”, *Liber Amicorum L. Simont* 2002, p. 301; HANOTIAU B., “L’authorité de chose jugée des sentences arbitrales”, *Bull. CCI* 2003, supplément spécial, p. 45; ZAJDELA B., *L’authorité de la chose jugée devant l’arbitre du commerce international*, Bruylant 2018; SCHAFFSTEIN S., *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, Oxford Publication, 2016; e SCHEFFER DA SILVEIRA G., *Les modes de Règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Bruylant 2019, espec. p. 603, nº 577 e s.

189 O art. 29 da Lei Brasileira de Arbitragem dispõe que “[p]roferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem”. Portanto, o árbitro que decidir ser totalmente incompetente proferirá uma sentença final de incompetência, a qual produzirá imediatamente todos os efeitos da coisa julgada. Sobre essa afirmação, é preciso esclarecer que o art. 30 da Lei Brasileira de Arbitragem de forma alguma coloca em questão a autoridade da coisa julgada da sentença. Esse artigo, assim como as disposições similares contidas nos diferentes regulamentos de arbitragem, não permite ao árbitro revisitar o mérito da sua decisão, permitindo apenas a reparação de certos elementos sem dar-lhes poder para alterar o *decisum*. Além disso, o § 1º de seu art. 28 dispõe que “[o]s árbitros poderão proferir sentenças parciais”. Assim sendo, nos casos de sentenças parciais extingue-se a arbitragem, com relação aos pontos decididos na sentença parcial. Portanto, se o árbitro proferir uma sentença parcial de competência ou de incompetência sobre parte do litígio, essas decisões serão igualmente cobertas pela autoridade da coisa julgada.

190 WAMBIER L. R., TALAMINI E., *Curso avançado de processo civil*, RT 2018, espec. p. 834.

191 REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 21.

192 Em outra passagem, o STJ afirmou “[n]ão é demasiado lembrar, no ponto, que a sentença final arbitral não tem o condão de ratificar, e muito menos de modificar o teor da matéria definitivamente decidida por ocasião da sentença parcial” (REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 25 e 26).

193 No caso de espécie, o STJ ainda decidiu que “[d]essa sentença parcial arbitral, todavia, a Copergás não promoveu, no prazo de noventa dias, nos termos do § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/1996, o ajuizamento de competente ação anulatória, a evidenciar, por conseguinte, a implementação da decadência. A delimitação subjetiva da arbitragem restou, portanto, definitivamente decidida, formando-se sobre ela, inarredavelmente, coisa julgada”. Nos parece, todavia, que um esclarecimento deve ser aqui feito. A sentença arbitral possui autoridade formal e material da coisa julgada imediatamente após sua prolação. Assim, não é porque o prazo para exercício da ação anulatória expirou que se formou a coisa julgada. Ela existiu desde o momento da prolação da sentença parcial. Além disso, o recurso de anulação tem o objetivo de anular a sentença por algum vício e, se aceito, desfaz a sentença arbitral restaurando as partes à posição em que se encontravam antes da arbitragem.

questão mais debatida, a Resolução nº 1, de 2006, da Associação de Direito Internacional, contendo recomendações sobre a litispendência e a autoridade da coisa julgada em arbitragem também é no sentido de que, “[a] fim de promover a eficiência e a finalidade da arbitragem comercial internacional, as sentenças arbitrais deveriam se beneficiar, no quadro de procedimentos posteriores, dos efeitos positivo e negativo da autoridade da coisa julgada”¹⁹⁴.

Entretanto, considerando que a questão da coisa julgada das sentenças arbitrais, incluindo as sentenças sobre competência, é uma das mais complexas em matéria de direito da arbitragem, essa questão merece um detalhado estudo específico. Portanto, ela não será objeto de estudo no quadro desse trabalho, ficando a análise aqui limitada ao regime referente ao controle das sentenças sobre a competência. Mais precisamente, será analisada a operação do controle estatal da sentença sobre a competência em sede de anulação (2.1), o qual não pode ser afastado pelas partes ou pelo tribunal arbitral (2.2).

2.1 A OPERAÇÃO DO CONTROLE ESTATAL DA SENTENÇA SOBRE A COMPETÊNCIA EM SEDE DE ANULAÇÃO

No Direito brasileiro da arbitragem, somente os atos dos árbitros que receberem a qualificação de sentença arbitral são submetidos ao regime de controle da ação de declaração de nulidade da sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem¹⁹⁵. Devendo ser qualificadas de sentenças arbitrais, esse é, portanto, o caso, tanto para a sentença de competência quanto de incompetência, as quais estarão sujeitas a esse controle (2.1.1). Conseqüentemente, as decisões sobre a competência arbitral terão necessidade de respeitar as condições de forma obrigatórias a toda sentença arbitral, sob pena de nulidade (2.1.2).

2.1.1 Fundamento do controle de anulação

Tanto a sentença de competência quanto a de incompetência estão sujeitas ao controle de anulação pelo juiz estatal, visto que “competência e incompetência são as duas faces do mesmo fenômeno. Se o controle é possível para a competência, é racional e lógico que ele seja igualmente para a incompetência”¹⁹⁶.

194 Sobre essas recomendações, v. SERAGLINI Ch., “Brèves remarques sur les Recommandations de l’Association de droit international sur la litispendance et l’authorité de la chose jugée en arbitrage”, *Rev. Arb.* 2006, p. 909.

195 Nesse sentido, VALENÇA FILHO C., “Requalificação de ato de órgão arbitral por jurisdição estatal: comentário ao acórdão proferido em 01.07.1999, pela Corte de Apelação de Paris, no caso *Braspetro Oil Services Company c/ The management authority of the Great Man-Made River Project*”, in: *Estudos sobre Arbitragem*, Juruá 2008, p. 339, espec. p. 353. O autor nota acertadamente que, da mesma foram, somente verdadeiras sentenças arbitrais podem ser objeto de homologação pelo STJ segundo o regime da Convenção de Nova Iorque de 1958.

196 RACINE J.-B., “La sentence d’incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 740.

Apesar disso, alguns ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o holandês, não permitem o controle da sentença de incompetência. Um dos principais argumentos avançados para explicar a razão dessa ausência de controle é que seria inapropriado forçar um árbitro a decidir um litígio contra a sua vontade¹⁹⁷. Essa posição é, entretanto, “estranha”¹⁹⁸, tanto de um ponto de vista prático quanto teórico. No plano prático, porque se o árbitro que se considerou originariamente incompetente não estiver disposto a aceitar essa competência, ele pode renunciar ou ser substituído. No plano teórico, “é inadmissível permitir que uma pessoa privada torne sem efeito uma convenção de arbitragem, o que pode ter consequências graves, quando as partes à essa convenção claramente não lhe investiram do poder de tomar essa decisão”¹⁹⁹. Assim, mesmo os autores mais críticos da sentença de incompetência temperam os seus propósitos admitindo um controle estatal dessas decisões.

Conclui-se, portanto, que, apesar do fato de que algumas legislações nacionais só prevejam expressamente a possibilidade de controle da sentença pela qual o árbitro se considera competente, não significa de forma alguma que a decisão de incompetência teria algum tipo de autoridade sobre o juiz estatal e escaparia, portanto, de seu controle. O que pode variar nesses casos é o fundamento jurídico do controle.

Esse é, por exemplo, o caso do Direito brasileiro, no qual, muito embora o fundamento para anulação das duas variações de sentença sobre a competência não seja o mesmo, ambas devem ser controladas.

Sentença de competência – A Lei Brasileira de Arbitragem possui um fundamento específico para a anulação da sentença arbitral de competência. Seu art. 20 prevê que

[a] parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.²⁰⁰

197 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCAD* 1989, p. 352, nº 23.

198 *Idem*, *ibidem*.

199 *Idem*, p. 353, nº 23.

200 Esse requisito de apresentação da objeção à competência na primeira oportunidade de manifestação nada mais é do que uma consequência da natureza voluntária da arbitragem. Nos casos em que uma parte que poderia alegar a incompetência do tribunal arbitral por nulidade relativa da convenção de arbitragem não o faz, e participa do procedimento arbitral, aceita implicitamente, por seu comportamento, a competência arbitral. Há aqui preclusão lógica. Nesse sentido, v. THEODORO JÚNIOR H., *Curso de direito processual civil*, Forense, 2017, espec. p. 1155; TOSCAN A., *Preclusão processual civil estática e dinâmica*, RT 2015, esp. p. 116. Entretanto, nos casos em que a nulidade da convenção de arbitragem é absoluta, como na inarbitrabilidade, apesar de não haver preclusão (MAGNO VIANNA GONÇALVES R., *Arbitragem: teoria e prática*, Lumen Juris 2018, espec. p. 219) e que, portanto, o tema será enfrentado pelo tribunal arbitral, esse comportamento da parte, que esperou o avanço do procedimento para só então alegar a questão, poderá ser levado em consideração pelo tribunal arbitral no momento da alocação dos custos da arbitragem. Sobre a preclusão, v. MENDONÇA SICA V. H., *Preclusão*

Nos casos em que uma parte questiona a competência arbitral, o § 2º desse mesmo artigo prevê que “[n]ão sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”. O art. 33, por sua vez, é justamente o dispositivo legal que permite às partes de “pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

Em vista dos dispositivos legais anteriormente indicados, a sentença arbitral pela qual o árbitro se considera competente está sujeita ao regime de controle exclusivo às sentenças arbitrais e, assim, pode vir a ser anulada se o árbitro se considerou indevidamente competente.

Nesses casos, dois fundamentos legais são possíveis e variarão em função da questão que justifique o controle e a eventual anulação. Caso o árbitro tenha se considerado competente e que fique comprovada a nulidade relativa ou absoluta da convenção de arbitragem ou a sua inexistência, a anulação será proferida com fundamento no inciso I do art. 32²⁰¹. Caso o árbitro tenha se considerado incorretamente competente, com relação ao âmbito de aplicação *ratione personae* ou *materiae* da cláusula de arbitragem, a anulação da sentença arbitral será proferida com fundamento no inciso IV do art. 32²⁰².

Importante notar que, ao submeter a decisão de competência ao regime de controle reservado às sentenças arbitrais, o próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece a verdadeira qualificação de “sentença arbitral” dessas decisões²⁰³.

processual civil, Atlas, 2008, 2. ed. V., por exemplo, SEC 856-EX (2005/0031430-2), *L'aiglon S.A. c/ Têxtil União S.A.*, no qual foi decidido que “[t]em-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória”.

201 Art. 32: “É nula a sentença arbitral se: I – for nula a convenção de arbitragem”. Nesse sentido, v. VALENÇA FILHO C., “Sentença arbitral inexistente”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 354, espec. p. 360. Como indicado pelo Professor Francisco Cahali, na “adequada exegese do inciso I em exame estão contidos, como visto, os defeitos da convenção elencados no art. 20 da Lei de Arbitragem (nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção), e a este deve ser agregado o parágrafo único do art. 8º, conferindo ao árbitro a [competência] para decidir ‘as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem’” (*Curso de arbitragem*, Revista dos Tribunais 2018, 7. ed., espec. p. 407).

202 Artigo 32, IV: “É nula a sentença arbitral se: [...] IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”. Nesse sentido, v. VALENÇA FILHO C., “Sentença arbitral inexistente”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 354, espec. p. 364.

203 Devemos ressaltar que é a natureza jurídica que determina o regime, e não o contrário. Assim, de forma alguma estamos deduzindo a qualificação de sentença do regime atribuído pela lei. A natureza jurídica de sentença arbitral das decisões sobre a competência arbitral foi demonstrada anteriormente. Aqui, simplesmente se constata que o Direito brasileiro, coerentemente, submete expressamente a sentença de competência ao regime de controle exclusivo às sentenças arbitrais, o que pode ser considerado como um reconhecimento dessa qualificação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Sentença de incompetência – Ao contrário do caso de sentença de competência, a Lei Brasileira de Arbitragem não contém dispositivo expresso se referindo à possibilidade de ação anulatória caso o árbitro tenha se considerado incorretamente incompetente. De fato, como antes demonstrado, o art. 20, § 2º, da Lei Brasileira de Arbitragem apenas prevê expressamente que a sentença pela qual o árbitro se considera competente está sujeita à ação de anulação do art. 33 do mesmo dispositivo legal.

Assim, a inexistência de previsão expressa na Lei de Arbitragem sobre o controle do juiz brasileiro da sentença de incompetência²⁰⁴ poderia levar a pensar que essa decisão não está sujeita a controle²⁰⁵⁻²⁰⁶.

Entretanto, esse não parece ser o entendimento mais adequado, além de não ter sido a posição adotada pela jurisprudência. Em uma recente decisão, o STJ decidiu que é inquestionavelmente cabível a ação anulatória contra uma sentença de incompetência e que essa ação deve ser exercida imediatamente após a sua prolação (e não após a sentença final de mérito, nos casos de sentença de incompetência parcial). Decidiu o STJ que nos casos de sentença parcial de incompetência

a ação anulatória destinada a infirmá-la – único meio admitido de impugnação do *decisum* – deve ser intentada de imediato, sob pena de a questão decidida tornar-se imutável, porquanto não mais passível de anulação pelo Poder Judiciário, a obstar, por conseguinte, que o Juízo arbitral profira nova decisão sobre a matéria.²⁰⁷

204 Alguns ordenamentos jurídicos preveem expressamente a possibilidade de anulação nos casos em que o tribunal arbitral se considera incorretamente incompetente. Esse é, por exemplo, o caso do Direito suíço desde os tempos do Concordat de 1969 com o art. 36 (b) e, hoje em dia, art. 190. 2. b) da LDIP. Outro exemplo é o Direito francês (para arbitragens internas: art. 1.492-1º do CPC; e, para arbitragens internacionais: art. 1.520-1º).

205 Nesse sentido, um autor afirmou que “a decisão de acolhimento da impugnação à convenção, com a extinção do processo sem julgamento de mérito, além de ser inatacável via recurso ou qualquer outra medida, impedirá o juiz togado de proferir juízo de valor sobre a questão” (PARENTE E., “Processo arbitral e sistema”, Tese USP 2009, espec. p. 187). V., igualmente, CARMONA C. A., *Arbitragem e processo*, Atlas 2009, 3. ed., espec. p. 286-287.

206 A mesma questão foi levantada com relação à Lei Modelo da CNUDCI de 1985, que qualifica a decisão de competência como uma verdadeira sentença arbitral e prevê, no seu art. 16, alínea 3, sua submissão a um procedimento de anulação. Porém, nada é previsto sobre a decisão de incompetência, tema que tampouco foi levantado durante os trabalhos preparatórios (RACINE J.-B., “La sentence d’incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 737). Assim, em razão do fato de não estar expressamente previsto na Lei Modelo, em alguns países que inspiraram suas leis nesse instrumento, como Croácia e Singapura, a qualificação de sentença é afastada em caso de decisão de incompetência (BOO L. GS, “Ruling on Arbitral Jurisdiction – Is that an Award?”, *Asian Int'l Arb. J.* 2007, v. 3, n. 2, p. 125). Outro exemplo é o Direito holandês, onde, muito embora não seja baseada na Lei Modelo da CNUDCI, a decisão de incompetência não recebe a qualificação de sentença e não pode ser objeto de recurso (V. art. 1052, al. 5, do CPC holandês; e POUURET J.-F., BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant-LGDJ-Schultess 2002, espec. p. 430, nº 481).

207 REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 21. Lembramos que, no caso em tela, conforme indicado no relatório do acórdão, a discussão versava sobre uma “sentença arbitral parcial, na qual se indeferiu o pedido efetuado por Copergás de inclusão na lide da Petrobrás na qualidade de litisconsorte” (v. p. 3). A justificativa dessa solução é perfeitamente compreensível. Nos termos do próprio STJ, “não há, nessa medida, qualquer argumento idóneo a autorizar a compreensão de que a impugnação ao comando da sentença parcial arbitral, por meio da competente ação anulatória, poderia ser engendrada somente por ocasião da prolação da sentença arbitral final. Sob o enfoque da celeridade, da efetividade e da segurança jurídica especialmente perseguidas pelas partes signatárias de um compromisso

Justificativas para a admissibilidade da ação anulatória – Existem pelo menos quatro principais fundamentos para se considerar que a ação anulatória está igualmente aberta às sentenças de incompetência²⁰⁸.

Em primeiro lugar, porque a posição contrária está em desacordo com o princípio da competência-competência, tal como compreendido no Direito brasileiro da arbitragem. Conforme já explicado antes, esse princípio não estabelece em caso algum competência exclusiva ao árbitro para decidir a questão de sua competência. Ele estabelece apenas uma prioridade temporal para o árbitro se manifestar sobre sua própria competência antes do juiz estatal, mas de forma alguma instala uma primazia, isto é, superioridade da decisão do árbitro²⁰⁹. A decisão do árbitro não é soberana. Conforme indicado pelo STJ:

[C]omo corolário do princípio competência-competência, dispostos nos arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307/1996, a legislação brasileira sobre arbitragem estabelece uma *precedência temporal ao procedimento arbitral, permitindo que seja franqueado o acesso ao Poder Judiciário somente após a edição de sentença arbitral*. (grifo nosso)²¹⁰

Em segundo lugar, porque, na prática, atribuir uma primazia à decisão do árbitro poderia trazer grandes inconvenientes, tanto no caso de uma decisão de competência quanto de incompetência. Com relação ao primeiro caso, como notado por B. Goldman, atribuir superioridade à decisão do tribunal arbitral “abriria um vasto campo para arbitragens obrigatórias, sem controle algum, a uma parte que não teria, na realidade, consentido a confiar ao árbitro a missão de decidir o litígio; essa investidura contratual sendo o fundamen-

arbitral, absolutamente contraproducente a adoção de tal postura. De fato, encontrando-se determinado capítulo da causa maduro para ser julgado, não haveria razão para que a correlata matéria não fosse desde logo decidida. E, uma vez resolvida a questão em sentença parcial, caso esta venha a ser anulada, salutar que o referido provimento judicial seja exarado o quanto antes, a fim de não comprometer ainda mais o procedimento arbitral. E, na específica situação dos autos, uma vez delimitado os limites subjetivos da arbitragem, não haveria razão para obstar que aquele que foi excluído do procedimento (no caso, a Petrobrás), por ocasião da prolação da sentença parcial, aguardasse o desfecho do processo para só então buscar a tutela de seus direitos, seja no âmbito do Poder Judiciário, seja por meio da instauração de outro procedimento arbitral” (grifo nosso) (espec. p. 22).

208 Com relação aos países que possuem suas legislações baseadas na Lei Modelo da CNUDCI, argumentou-se que, nos casos em que o tribunal arbitral se considera incompetente, as partes poderiam solicitar às cortes estatais que se pronunciem sobre a existência, a validade e o escopo da convenção de arbitragem (V., nesse sentido, “Rapport de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa 18e session”, 3-21 juin 1985, supplément nº 17 (A/40/17), § 163, p. 34. Sobre a história da elaboração desse ponto na Lei Modelo, v. L. GS Boo, “Ruling on Arbitral Jurisdiction – Is that an Award?”, *Asian Int'l Arb. J.*, 2007, v. 3, n. 2, p. 125). Sigvard Jarvin afirmou, inclusive, considerar possível que o juiz estatal se manifeste sobre a decisão de incompetência, “deve ser possível em virtude das regras gerais do direito”, julgando, quando apropriado, que o tribunal arbitral é competente. A natureza dessa ação é objeto de debate, parecendo não ser um recurso, mas sim uma ação tendo por objetivo a aplicação da convenção de arbitragem. Sobre essas questões, ver JARVIN S., “La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international”, *Rev. Arb.* 1986, p. 503, espec. p. 518; KRÖLL S. M., “Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction”, *Arb. Int'l.* 2004, v. 2, 0 Issue 1, p. 55, espec. p. 60.

209 V., por exemplo, REsp. 1614070/SP, 26 de junho de 2018, *Sppatrim Administração e Participações Ltda c/ BNE Administração de Imóveis S.A.* Posição consagrada igualmente pela doutrina, GARCIA DA FONSECA R., “A arbitragem na jurisprudência recente do STJ”, *Revista de Arbitragem e Mediação* 2008, p. 16, espec. p. 19 e 20.

210 REsp 1614070/SP, 26 de junho de 2018, *Sppatrim Administração e Participações Ltda c/ BNE Administração de Imóveis S.A.*

to indispensável do seu poder de julgar²¹¹. Com relação ao segundo, Pierre Mayer denunciou que “é inadmissível permitir que uma pessoa privada torne sem efeito uma convenção de arbitragem, o que pode ter consequência graves, quando as partes à essa convenção claramente não lhe investiram do poder de tomar essa decisão²¹². De fato, sendo o consentimento das partes o fundamento legal da arbitragem, é natural que as decisões do árbitro sobre a sua competência estejam sujeitas ao controle de anulação²¹³.”

Em terceiro lugar, somente aceitar ação anulatória contra a sentença de competência acarretaria um inaceitável desequilíbrio entre as partes, visto que a ação anulatória estaria aberta somente a uma das partes. Esse foi, inclusive, o principal argumento apresentado pela Corte de Apelação de Paris no caso *Swiss Oil*²¹⁴, para admitir que o “recurso de anulação” contra a sentença arbitral estaria igualmente aberto em caso de sentença pela qual o árbitro se declara incompetente²¹⁵. Tanto de um ponto de vista teórico quanto prático²¹⁶, é extremamente importante assegurar que ambas as partes possam obter o controle estatal da decisão do árbitro sobre sua competência. Nos termos de J.-B. Racine, “em uma visão modernizada do regime da arbitragem, é lógico e desejável tratar formalmente de maneira idêntica os dois aspectos do mesmo fenômeno²¹⁷.”

Em quarto lugar, porque o árbitro que se considera incorretamente incompetente viola a missão que lhe foi atribuída pelas partes, pois decide fora dos limites da convenção de arbitragem²¹⁸. Nesse sentido, J.-B. Racine afirma que essa “solução é perfeitamente lógica. A partir do momento em que um

211 Cass. Civ., 6 de janeiro de 1987, *SPP c/ Egypte*, *JDI* 1987, p. 38, note B. Goldman, espec. p. 641.

212 MAYER P., “L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence”, *RCADI* 1989, p. 353, nº 23.

213 Esse foi o fundamento utilizado pela Corte de Apelação de Paris, para admitir um recurso de anulação contra uma sentença de incompetência; Paris, 21 de junho de 1990, *Honeywell Bull*, *Rev. Arb.* 1991, p. 96, nota J.-L. Delvolvé.

214 Paris, 16 de junho de 1988, *Rev. Arb.*, 1989, p. 309, nota Ch. Jarrosson.

215 É interessante notar, aqui, que a situação do Direito brasileiro hoje é exatamente o caso do Direito francês da arbitragem antes da reforma de 2011. Sob a égide dos decretos sobre a arbitragem de 1980 e 1981, o Direito francês da arbitragem só previa a possibilidade de *recurso de anulação* nos casos em que o árbitro havia se declarado incorretamente competente. O antigo art. 1502-1º do CPC previa unicamente que a sentença seria nula “[s]e o árbitro decidiu sem convenção de arbitragem ou com fundamento em uma convenção nula ou expirada”. Consequentemente, a jurisprudência voltou-se ao antigo art. 1502-3º do CPC, o qual permitia a anulação da sentença nos casos em que o “árbitro decidiu sem se conformar à missão a ele confiada”. Ver, por exemplo, Paris, 16 de junho de 1988, *Swiss Oil*, *Rev. Arb.* 1989, p. 309, nota Ch. Jarrosson; 21 de junho de 1990, *Honeywell Bull*, *Rev. Arb.*, 1991, 96, nota J.-L. Delvolvé; 7 de julho de 1994, *Uzinexportimport Romanian Co*, *Rev. Arb.* 1995, p. 107, note S. Jarvin; *RTD Com.* 1995, p. 593, obs. E. Loquin; 26 de outubro 1995, *SNCFT*, *Rev. Arb.* 1997, p. 553; 22 de maio de 2008, *Abela*, *D.* 2008, p. 3117, obs. Th. Clay; *Rev. Arb.* 2008, p. 730, note F.-X. TRAIN; *JCP* 2008, I, 222, nº 7, obs. Ch. Seragliani, decisão *Abela* mantida pela Corte de Cassação, Cass. Civ., 6 de outubro de 2010, *Rev. Arb.* 2010, p. 813, nota F.-X. TRAIN; 26 de março de 2009, *Société Papillon Group Corporation c/ République Arabe de Syrie e outros*, *Rev. Arb.* 2010, p. 525, nota V. Chantebout.

216 Nesse sentido, F.-X. TRAIN sobre o caso *Abela*, Paris, 22 de maio de 2008, *Rev. Arb.* 2008, p. 730, espec. p. 743, nº 10.

217 RACINE J.-B., “La sentence d'incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 763.

218 Sobre o dever do árbitro de se conformar à sua missão, v., principalmente, GIROUD P., *Le devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission*, Bruylant 2017. V., igualmente, decisões citadas na nota de rodapé nº 214.

árbitro se declara incompetente, quando as regras de direito lhe obrigavam a reconhecer a sua competência, ele não respeita a missão a ele confiada, isto é, decidir o litígio, e mais amplamente proferir a justiça²¹⁹. Na prática, controlar a missão do árbitro é controlar os limites dentro dos quais ela é exercida. Nesse sentido, em um dos casos *Vivendi c/ Argentina*, um comitê *ad hoc* de anulação do CIRDI afirmou que

*é entendido, e nenhuma das partes contesta, que um tribunal CIRDI excede seus poderes não somente quando ele exerce uma competência que ele não possui em virtude do contrato ou do tratado aplicável e da Convenção CIRDI, interpretados conjuntamente, mas igualmente quando ele não exerce uma competência a ele pertencente em virtude desses instrumentos.*²²⁰ (grifo nosso)

Critério de anulação – A propósito desse quarto ponto, ele é particularmente importante, pois, além de servir como justificativa para a admissibilidade da ação anulatória contra a sentença de incompetência, é igualmente o fundamento para a sua anulação. Nesse sentido, o inciso IV do art. 32 da Lei nº 9.307, de 1996, prevê justamente a nulidade da sentença se essa “for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”.

Analisando a questão dos limites da missão do árbitro em arbitragens CIRDI, mas em termos perfeitamente aplicáveis à arbitragem comercial, Ph. Pinsolle afirmou que

[a] expectativa das partes deve ser respeitada. Em outros termos, quando existe consentimento à arbitragem, não existe escapatória para o tribunal arbitral. Recusar-se de dar efeitos à convenção de arbitragem resulta em modificar o acordo entre as partes. Isso resulta em negar às partes o que elas querem.²²¹

Assim, podemos considerar que o árbitro que se declara incorretamente incompetente profere essa sentença fora dos limites da convenção de arbitragem.

Por essas razões, o entendimento de que a decisão de incompetência do árbitro é insuscetível de controle pelo juiz estatal foi objeto de duras críticas²²²

219 RACINE J.-B., “La sentence d'incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 761.

220 Comitê *ad hoc*, *Vivendi c/ Argentina*, 3 de julho de 2002, § 86, *JDI* 2003, p. 195, obs. E. Gaillard. V. igualmente a decisão do comitê *ad hoc* no caso *Indústria Nacional de Alimentos SA e Indalsa Peru SA c/ Peru*, 5 de setembro de 2007, em que foi decidido, no parágrafo 99, que “where a tribunal assumes jurisdiction in a matter for which it lacks competence under the relevant BIT, it exceeds its powers. The same is true in the inverse case where a tribunal refuses or fails to exercise jurisdiction in a matter for which it is competent under the BIT. The Ad Hoc Committee considers that these situations are analogous and should be assessed according to the same legal standards” (*JDI* 2008, p. 345, obs. E. Gaillard).

221 PINSOLLE Ph., “Jurisdictional Review of ICSID Awards”, *J. World Investment & Trade*, 2004, p. 613, espec. p. 620.

222 Segundo Lorde Wilberforce, tal solução “seria totalmente inaceitável para a profissão, visto que ela colocaria os árbitros em uma situação inextricável”; citado por SAMUEL A., *Jurisdictional Problems in International*

e, em nosso entendimento, merece ser rejeitado. De fato, na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, a decisão de incompetência recebe a qualificação de sentença arbitral e é submetida ao regime de controle específico²²³.

2.1.2 As condições formais obrigatórias de sentença

A consequência lógica da qualificação de sentença arbitral das decisões arbitrais sobre competência é que essas decisões devem, necessariamente, ser proferidas respeitando as formalidades impostas às sentenças, e não por uma simples ordem processual. Nesse sentido, afirma B. Hanotiau que se o árbitro “decide de se pronunciar totalmente ou parcialmente incompetente [ou competente] ele deverá se pronunciar por meio de sentença”²²⁴.

A doutrina já ressaltou que “não poderia uma sentença arbitral ser validamente proferida sem que, na relação processual que serviu de instrumento para a sua produção, tivessem sido respeitadas as formalidades necessárias”²²⁵ para o seu proferimento, sejam essas formalidades previstas em uma legislação nacional eventualmente aplicável (2.1.2.1) ou na convenção de arbitragem (2.1.2.1).

2.1.2.1 Condições formais previstas na lei eventualmente aplicável

A Lei brasileira prevê alguns requisitos formais para a validade da sentença arbitral, seja ela sobre a competência ou o mérito do litígio.

Prevê, assim, o art. 26 da Lei nº 9.307/1996:

[S]ão requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

Commercial Arbitration, A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, p. 219. V., igualmente, P. Fohlin, “A Case for a Right of Appeal from Negative Jurisdictional Rulings in International Arbitrations Governed by the UNCITRAL Model Law”, *Asian DR* 2008, p. 113.

223 Alguns ordenamentos jurídicos reconhecem a sentença de incompetência de maneira expressa. Ver, por exemplo, o Direito sulgo (art. 190, §2, da LDIP), belga (1693.3 do Código Judiciário), inglês (art. 67 da Lei Inglesa de Arbitragem), tunisiano (art. 26, al. 2, do Código tunisiano da arbitragem) e austríaco (arts. 584.2 e 611.1 do Código de Processo Civil, modificado em 2006). Já, em outros ordenamentos jurídicos, esse reconhecimento é implícito, pela submissão dessa decisão ao regime reservado à anulação de sentenças arbitrais. V., por exemplo, o Direito escocês e neozelandês (FOHLIN P., “A Case for a Right of Appeal from Negative Jurisdictional Rulings in International Arbitrations Governed by the UNCITRAL Model Law”, *Asian DR* 2008, p. 113, espec. p. 114). Para uma análise detalhada do direito comparado, v., principalmente, RACINE J.-B., “La sentence d'incompétence”, *Rev. Arb.* 2010, p. 729, espec. p. 741.

224 HANOTIAU B., “Les différentes manières pour un arbitre de trancher les conflits qui lui sont soumis”, in: *La sentence arbitrale*, Bruylant 2006, p. 27, spéc. p. 37.

225 VALENÇA FILHO C., “Requalificação de ato de órgão arbitral por jurisdição estatal: comentário ao acórdão proferido em 01.07.1999, pela Corte de Apelação de Paris, no caso *Braspetro Oil Services Company c. The management authority of the Great Man-Made River Project*”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 339, espec. p. 355.

III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV – a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Assim, caso o tribunal arbitral profira uma sentença parcial de competência ou uma sentença final de incompetência que não respeite esses requisitos formais, a sentença estará sujeita a sua anulação, com fundamento no art. 32, III, da Lei Brasileira de Arbitragem²²⁶.

Com relação ao inciso II, relativo à fundamentação, por exemplo, não é necessária a indicação detalhada de cada um dos argumentos apresentados pelas partes, incluindo os fundamentos periféricos. Entretanto,

é indispensável que o julgador (a) examine todos os pontos fundamentais da causa, desenvolvendo corretos raciocínios dedutivos a partir da *fattispecie* legal e conduzindo-os logicamente às conclusões e (b) apoie suas decisões nos elementos instrutórios constantes dos autos e faça alusão a eles, em raciocínios críticos interligados logicamente e construídos sobre os elementos de convicção examinados e comentados.²²⁷

A partir do momento em que a fundamentação indique “de forma clara e inequívoca quais os aspectos da realidade fática viabilizaram a subsunção do caso analisado à norma jurídica” estará respeitada essa condição formal²²⁸.

Consequentemente, poderão ser anuladas as decisões arbitrais sobre a competência, proferidas em forma de “ordem processual”, que tenham fundamentação extremamente reduzida, ao ponto de poder-se considerá-las como inexistentes, ou que sejam assinadas somente pelo presidente do tribunal arbitral.

Outra situação de possível anulação da decisão sobre a competência por vício formal é quando o tribunal, em um ato no qual está sendo decidida questão de administração do procedimento, como produção de provas, decide questão relativa à sua competência de forma incidental, sem inclusão da sua decisão em uma parte dispositiva²²⁹.

226 “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...] III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei.”

227 RANGEL DINAMARCO C., *A arbitragem na teoria geral do processo*, Malheiros 2013, espec. p. 166.

228 TJSP, Apelação Cível nº 1007915-84.2017.8.26.0100, de 14 de setembro de 2017.

229 Notamos aqui que a exigência do dispositivo como elemento essencial da sentença é uma condição legal do Direito brasileiro. Essa exigência não é encontrada com unanimidade em direito comparado. O Direito francês, por exemplo, não considera a existência de dispositivo como um requisito de validade da sentença arbitral em

2.1.2.2 Condições formais previstas pela convenção de arbitragem

Além de todos os requisitos formais previstos na lei como requisitos obrigatórios da sentença arbitral, o tribunal arbitral deve igualmente respeitar todos os requisitos formais previstos na convenção de arbitragem ou no regulamento de arbitragem aplicável.

Nesse sentido, o art. 21 da Lei Brasileira de Arbitragem dispõe que “[a] arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada [...]”. Adicionalmente, o art. 5º da mesma lei dispõe que, “[r]eportando-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”.

Nos termos desses dispositivos legais, as regras do regulamento aplicável determinam a maneira dos árbitros exercerem sua missão; elas informam os limites dessa missão e, portanto, são obrigatórias. Exceto quando houver anuência das partes, o árbitro não tem o direito de não as aplicar, sob pena de proferir sentença “fora dos limites da convenção de arbitragem”, que, consequentemente, pode ser anulada com fundamento no art. 32, IV, da Lei Brasileira de Arbitragem²³⁰.

Os árbitros devem, portanto, respeitar qualquer outra regra para prolação de sentença prevista no regulamento de uma eventual instituição de arbitragem aplicável ao procedimento, como, por exemplo, a necessidade de submeter a minuta de sentença arbitral ao exame prévio da Corte da CCI, conforme previsto expressamente no art. 34 de seu regulamento de 2017.

As partes, ao fazerem referência ao regulamento da CCI aderem à aplicação de suas regras, que obrigam não só as partes, mas igualmente os árbitros e a instituição. Nos termos empregados por Cláudio Valença Filho, “[t]ais regras integram a própria convenção, cujos limites se confundem com os limites do seu poder jurisdicional. Assim, ao desrespeitar o regulamento eleito pelas partes, o árbitro desrespeita a convenção e a missão que lhe foi atribuída”²³¹. Por

arbitragem internacional. Nesse sentido, v. Paris, 2 de outubro de 2012, *Rev. Arb.* 2013, p. 439, nota. J.-B. Racine.

230 Cláudio Valença Filho explica que “[o]s limites do poder jurisdicional do árbitro se confundem com os limites da própria convenção de arbitragem. Ao decidir fora dos limites da convenção, o árbitro decide onde não tem poder jurisdicional” (VALENÇA FILHO C., “Sentença arbitral inexistente”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 354, espec. p. 364).

231 VALENÇA FILHO C., “Requalificação de ato de órgão arbitral por jurisdição estatal: comentário ao acórdão proferido em 01.07.1999, pela Corte de Apelação de Paris, no caso *Braspetro Oil Services Company c. The management authority of the Great Man-Made River Project*”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 339, espec. p. 356.

esse motivo, em uma arbitragem CCI, a decisão de um árbitro sobre a sua competência²³² que não tenha sido submetida ao exame prévio da Corte sofre de um vício e poderá ser anulada com fundamento no art. 32, IV, da Lei Brasileira de Arbitragem²³³.

2.2 IMPOSSIBILIDADE DE ESCAPAR AO CONTROLE ESTATAL

A qualificação – A operação de qualificação é inerente à atividade jurisdicional. De fato, toda a regra de direito possui uma estrutura hipotética, isto é, ela define as situações jurídicas por ela regulada (a hipótese) e a consequência jurídica de sua aplicação à situação específica (o efeito). Consequentemente, todo juiz, antes de aplicar qualquer regra de direito a uma situação litigiosa, verifica se essa situação se enquadra nos casos que são regidos por essa regra. Em outros termos, trata-se de classificar a questão litigiosa dentro das categorias existentes, para determinar o seu regime jurídico²³⁴. Assim, por exemplo, antes de aplicar as disposições de proteção ao consumidor a uma relação jurídica, o juiz estatal deve verificar se a situação que ele possui diante dele pode ser qualificada como uma relação de consumo. Ele deverá, portanto, verificar se a relação jurídica foi concluída entre um consumidor e um fornecedor, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078, de 1990, respectivamente. Caso não esteja diante de uma relação de consumo, ele deverá requalificar a situação, para aplicar as normas jurídicas apropriadas.

Qualificar é igualmente ato corriqueiro entre os operadores do direito internacional privado, como parte do raciocínio conflitualista²³⁵. O método conflitual, no qual é baseado o direito internacional privado brasileiro, é fundado no estabelecimento de categorias de situações jurídicas às quais estão vinculados elementos de conexões que, por sua vez, remetem ao direito aplicável. Entre as categorias de direito internacional privado mais comuns, pode-se mencionar os atos jurídicos, os fatos jurídicos, a capacidade e o estado das pessoas, o estatuto real e as questões processuais, entre outros. Dentro dessas categorias existem, ainda, subcategorias: fundo e forma, condições e efeitos, entre outras possíveis. Assim, para que o juiz estatal possa determinar qual o direito aplicável a uma situação dada, ele deve primeiro classificar essa relação jurídica dentro desses compartimentos, que, por meio dos respectivos

232 Bem como qualquer outro ato do árbitro que deva receber a qualificação de sentença arbitral.

233 Nesse sentido, v. VALENÇA FILHO C., “Requalificação de ato de órgão arbitral por jurisdição estatal: comentário ao acórdão proferido em 01.07.1999, pela Corte de Apelação de Paris, no caso *Braspetro Oil Services Company c. The management authority of the Great Man-Made River Project*”, in: *Reflexões sobre a arbitragem* – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna, Forense 2002, p. 339, espec. p. 356.

234 Ch. Jarrosson fala em “classificar uma situação em uma noção”, JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, espec. p. 245, nº 500.

235 Tanto no estado da escolha do direito aplicável quanto no momento da escolha da regra de direito aplicável dentro da legislação que regerá a questão litigiosa.

elementos de conexão, levam ao direito aplicável. Por exemplo, no sistema de direito internacional privado brasileiro, “[a] lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”²³⁶. Já o § 1º desse mesmo artigo dispõe que “[r]ealizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração”. Assim, o casamento pode ser submetido a duas regras de conflitos diferentes em função da qualificação dada à questão examinada.

Em matéria de arbitragem – A operação de qualificação está igualmente presente em matéria de arbitragem, tanto na atividade do árbitro quanto na do juiz estatal.

Do lado do árbitro, a exemplo do que fazem os juízes estatais, ele igualmente terá que classificar as questões litigiosas dentro de categorias para poder determinar tanto o direito aplicável a uma questão²³⁷ quanto a regra de direito aplicável dentro de um ordenamento jurídico específico.

Já, do lado do juiz estatal, a questão da qualificação aparece principalmente em face de duas questões: a primeira, saber se um método de resolução de litígio deve ser qualificado como “arbitragem”²³⁸; e a segunda, se um ato jurídico deve ser qualificado como “sentença arbitral”. Na prática, essas questões serão muitas vezes submetidas ao juiz estatal de forma misturada, isto é, quando uma parte apresenta, por exemplo, uma ação visando à execução ou à anulação de uma suposta sentença arbitral, e a parte contrária contesta a qualificação afirmando não se tratar de arbitragem e, portanto, de não haver sentença arbitral. O direito comparado está repleto de decisões estatais relativas a esse contencioso. Nesse sentido, a jurisprudência estatal comparada é rica. Na França, a busca pelo critério da noção de arbitragem remonta a pelo menos 1862, ano em que foi julgado o caso *Cie d'Éclairage de l'Allier*²³⁹. Já, no

236 Art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Esse elemento de conexão não é único possível. Em direito comum francês, as questões qualificadas como relativas à capacidade dos indivíduos são regidas pela lei da sua nacionalidade. Além da previsibilidade e simplicidade de aplicação, parece que a principal razão da escolha pelo legislador francês desse elemento de conexão foi feita em função da necessidade de assegurar a permanência do estado das pessoas, seja qual for o país em que eles estejam domiciliados e onde, portanto, possam vir a contratar.

237 Entretanto, o fato de que o árbitro não possui foro territorial, ou seja, ele não profere o direito em nome de Estado algum (nem mesmo da sede da arbitragem), faz com que a operação de qualificação diante do árbitro apresente particularidades e dificuldades específicas. Sobre a questão da qualificação pelo árbitro, v., principalmente, KAUFMANNKÖHLER G., “La qualification en arbitrage commercial international”, *Trav. Com. fr. DIP* 2010-2012, p. 299.

238 O principal trabalho sobre a definição e os critérios de identificação da arbitragem é o estudo feito por Ch. Jarrosson sobre a noção de arbitragem (JAROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987). Para um exemplo onde a verificação da qualificação de arbitragem foi operada pelo próprio árbitro, e só em seguida controlada pelo juiz estatal, v. Paris, 20 de novembro de 2003, *Soc. Sagua la Sablière c/ SARL Optimal Conseil*, *Rev. Arb.* 2005, p. 1053 (sumário), nota Ch. Jarrosson.

239 Cass. req., 31 de março de 1862, *Cie d'Éclairage de l'Allier c/ Bouchand*, *DP* 1862, 1, p. 242; *S.* 1862, 1, p. 362. Para uma análise da evolução da jurisprudência francesa, v. MOTULSKY H., “La nature de l'arbitrage”, in:

Brasil, a questão deve ainda ser detalhada pela jurisprudência, considerando que a noção de “arbitragem” foi objeto de maus-tratos pelo STJ, ao qualificar como arbitragem²⁴⁰ a resolução de controvérsias instaurada com fundamento em cláusula que, na verdade, era de arbitramento²⁴¹.

Melhor andou o STJ no que se refere à noção de “sentença arbitral”. A propósito, aquela corte determinou que a sentença não precisa necessariamente tratar o mérito do litígio²⁴²:

É de se reconhecer, portanto, a absoluta admissão, no âmbito do procedimento arbitral, de se prolatar sentença parcial, compreendida esta como o ato dos árbitros que, em definitivo (ou seja, finalizando a arbitragem na extensão do que restou decidido), resolve parte da causa, com fundamento na existência ou não do direito material alegado pelas partes ou na ausência dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional pleiteada.²⁴³

A importância prática da questão é que a sentença arbitral se beneficia de um regime jurídico próprio, exclusivo aos atos jurisdicionais dignos de receber essa qualificação²⁴⁴. Outros tipos de decisões, sejam elas provenientes de outros mecanismos de resolução de diferendos, sejam elas provenientes de tribunais arbitrais, não estão sujeitas ao regime de homologação e anulação exclusivos à sentença arbitral.

A requalificação – Antes de homologar sentença estrangeira ou anular a sentença proferida no Brasil, deve o juiz estatal verificar se, de fato, está diante de uma sentença arbitral.

Écrits. *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, reed. 2010, p. 5; e “La nature juridique de l'arbitrage” prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer”, p. 44; OPPETIT B., “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel – à propos d'une jurisprudence récente”, *Rev. Arb.* 1977, p. 315; OPPETIT B., “Sur le concept d'arbitrage”, in: *Mélanges Goldman, Litec*, 1983, p. 229; Paris, 26 de maio de 1987, *Baraudon c/ GAN Vie*, *Rev. Arb.* 1987, p. 509, nota Ch. Jarrosson; Paris, 17 de junho de 2004, *Le Parmentier c/ Soc. Miss France*, *Rev. Arb.* 2004, p. 736 (somm.); *Rev. Arb.* 2006, p. 161, nota T. Azzi; *JCP* 2004, II, p. 10 156, nota G. Ghabot; *JDI* 2005, p. 1165, nota E. Loquin; Paris, 2 de abril de 2009, *Soc. General Motors France SAS c/ Soc. Espace Automobile SAS*, *Rev. Arb.* 2009, p. 787, nota J. Billefont. Sobre a questão específica da inexistência de arbitragem quando a “arbitragem” não é obrigatória, v. CACHARD O., “L'arbitrage non-obligatoire n'est pas un arbitrage! À propos de l'arrêt rendu le 17 juin 2004 par la Cour de Paris”, *RDAI* 2006, p. 147; Paris, 24 octobre 1991, *Rev. Arb.* 1993, p. 110, obs. Ch. Jarrosson.

240 STJ, Recurso Especial nº 1.569.422/RJ, 26 de abril de 2016.

241 Nesse sentido, MARINO F., “Arbitramento, Arbitragem e Dispute Boards: o papel do terceiro na determinação do preço em opção de venda de ações”, *Rev. Bras. Arb.* 2017, p. 7. Para uma detalhada análise da distinção entre arbitragem e as noções vizinhas, v. SCHEFFER DA SILVEIRA G., *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Bruylant 2018, espec. p. 115 e s. e p. 135 e s.

242 No caso em questão, foi decidido que era “[s]em consistência jurídica, por conseguinte, a tese sustentada pela Copergás, em contrarrazões, no sentido de que a sentença parcial que indeferiu o seu pedido de inclusão da Petrobrás, como litisconsorte, não poderia ser compreendida como ‘sentença’, já que esta não teria resolvido questão relacionada ao mérito”.

243 REsp 1.519.041/RJ, 1º de setembro de 2016, *Termopernambuco S.A. c/ Companhia Pernambucana de Gás Copergás*, espec. p. 20.

244 Para exemplos em Direito francês: Cass. 2ª Civ., 20 de outubro de 1993, *Rev. Arb.* 1994, p. 580; Cass. Com., 9 de abril de 1991; *Bull. Civ.*, IV, nº 139 e *RTD Com.* 1993, p. 492. Nesse sentido, v. SERAGLINI Ch., ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, espec. p. 25, nº 21.

Ainda que se reconheça à autonomia da vontade relevante papel no campo das qualificações²⁴⁵, não é permitido às partes subtrair ao regime jurídico próprio das sentenças arbitrais os atos jurídicos que merecerem tal qualificação²⁴⁶. Assim, o fato de um tribunal arbitral travestir em ordem processual o que, de fato, é sentença sobre a própria competência, é absolutamente irrelevante no que se refere à determinação do regime jurídico do controle estatal dessa decisão. O juiz deve ir além do *nomen iuris* atribuído à decisão, requalificando-a de modo a destacar a real natureza do ato e, em decorrência, aplicar o regime jurídico adequado.

Esse poder de requalificação foi expressamente afirmado pelo STJ, o qual afirmou que na determinação da qualificação de arbitragem a nomenclatura utilizada pelas partes era “irrelevante”²⁴⁷. Como constatado por um autor, “a qualificação da sentença não depende dos termos utilizados pelo árbitro ou pelas partes”²⁴⁸. É a realidade o que importa.

O direito comparado também conta com exemplos do reconhecimento desse poder de requalificação pelos mais variados ordenamentos jurídicos²⁴⁹. Nesse sentido, decidiu a Corte de Cassação francesa em 1862 que “a qualificação [de árbitro] atrelada a terceiros não poderia depender da qualificação dada a eles pelas partes ou seus mandatários e ressaí da natureza da missão confiada a ele”²⁵⁰. Do mesmo modo, é clara a decisão do Tribunal de grande instância do Sena: “[O] fato de que as partes estejam de acordo para considerar que a

245 Sobre essa questão, v., principalmente, TERRÉ F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957.

246 Nem o contrário, isto é, submeter a esse regime atos jurídicos que não sejam em sua natureza sentenças arbitrais.

247 STJ, Recurso Especial nº 1.569.422/RJ, 26 de abril de 2016. Entretanto, como já afirmamos, a decisão é muito insatisfatória quanto aos critérios utilizados pelo STJ para a verificação de que realmente se tratava de arbitragem. Considerando-se que o próprio STJ já afirmou inúmeras vezes que a arbitragem é um modo jurisdicional de resolução de litígios, o STJ deveria ter verificado no caso específico que as partes haviam efetivamente buscado dar ao terceiro responsável de resolver o diferendo uma missão jurisdicional. Essa missão, por sua vez determinada pela existência de um verdadeiro litígio (pretensão jurídica resistida e não mero desacordo sobre um elemento referente à formação de um contrato como o preço), que deveria ser resolvido pelo terceiro por meio de uma decisão que é imediatamente obrigatória e final. A ausência de qualquer um desses elementos retiraria o caráter jurisdicional da missão do terceiro. Para um exemplo de falsa arbitragem, pois a decisão do terceiro não era imediatamente final, pois estava sujeita a um tipo de recurso, v. CACHARD O., “L'arbitrage non-obligatoire n'est pas un arbitrage! À propos de l'arrêt rendu le 17 juin 2004 par la Cour de Paris”, *RDAI* 2006, p. 147; Paris, 24 de outubro de 1991, *Rev. Arb.* 1993, p. 110, obs. Ch. Jarrosson.

248 VALENÇA FILHO C., “Requalificação de ato de órgão arbitral por jurisdição estatal: comentário ao acórdão proferido em 01.07.1999, pela Corte de Apelação de Paris, no caso *Braspetro Oil Services Company c.*, *The management authority of the Great Man-Made River Project*”, in: *Reflexões sobre a arbitragem – Estudos em homenagem ao Desembargador Cláudio Vianna*, Forense 2002, p. 339, espec. p. 350. V., igualmente, nesse sentido, FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, espec. p. 750.

249 No Canadá e na Inglaterra, a qualificação de arbitragem foi igualmente controlada, para verificar se os terceiros neutros se beneficiavam das imunidades reservadas a verdadeiros árbitros. V. Corte Suprema do Canadá, *Sport Maska c/ Zitter* 1988, 1 R.C.S. 564, 83 N.R. 322; Câmara dos Lordes, *Sutcliffe c/ Thackrah*, [1974], AC 727; Câmara dos Lordes, *Arensen c/ Arensen*, [1977], AC 405.

250 Cass. req., 31 de março de 1862, *Cie d'Éclairage de l'Allier c/ Bouchand*, DP 1862, 1, p. 242; S. 1862, 1, p. 362.

decisão do perito seja uma verdadeira sentença arbitral não dispensa o tribunal [de grande instância de Paris] de buscar sua natureza jurídica exata”²⁵¹.

Além disso, a Corte de Apelação de Paris decidiu que

essas ordens processuais [das quais uma decidia a competência arbitral] decidiram assim questões processuais litigiosas entre as partes, e constituem decisões de natureza jurisdicional exprimindo o poder reconhecido aos árbitros de decidir sobre sua própria competência e regular de maneira autônoma o procedimento arbitral: que assim elas possuem o caráter de sentença arbitral.²⁵²

Por fim, o Tribunal federal suíço afirmou que, para verificar a natureza da decisão, “a terminologia empregada pelas partes não é decisiva” e que o juiz “do *exequatur* está habilitado a verificar se a sentença respeita as condições de uma decisão de um tribunal arbitral ou se ela não é simplesmente uma perícia-arbitragem²⁵³ que não está sujeita ao regime do *Concordat*”²⁵⁴.

O juiz estatal tem o dever de aferir se a decisão proferida pelo árbitro se insere na categoria sentença arbitral, a partir de critérios existentes no ordenamento do foro. Na hipótese de o tribunal haver intitulado “ordem processual”, o que, de fato, é sentença, deve o juiz requalificar o ato jurisdicional e submetê-lo ao regime jurídico aplicável às sentenças²⁵⁵. A definição de sentença remete à noção de arbitragem, de relação de instância arbitral; aquela, só existe se proveniente desta. Em certa medida, a noção de sentença é corolária da de arbitragem²⁵⁶.

251 TGI do Sena, 2 de junho de 1960, *Bonnel c/ Veuve Ferrand*, *Rev. Arb.* 1960, p. 133.

252 Paris, 9 de julho de 1992, *Société Industrialexport-import c/ société GECl e GFC*, *Rev. Arb.* 1993, p. 303, nota Ch. Jarrosson.

253 Tipo de arbitramento.

254 TFS, 30 de setembro de 1993, *Bull. ASA* 1994, p. 46; TFS, 1981, atf 107 la 318.

255 Em direito internacional privado, a qualificação geralmente é feita segundo a *lege fori*, notadamente porque, sendo a regra de conflito de leis uma regra do foro, é natural que sua aplicação seja feita segundo as concepções do juiz do foro da qual ela emana. Em Direito francês, esse princípio foi expressamente enunciado a primeira vez em 1955, no caso *Caraslanis*, sobre a questão da validade de um casamento entre dois gregos ortodoxos realizado na França segundo a forma civil. Enquanto, no sistema secular francês, o caráter civil ou religioso do casamento é uma questão de forma, regida pelo local de celebração do casamento, em outros países onde essa questão é um tema de fundo (um sacramento do qual a forma religiosa é consubstancial de seu próprio conteúdo) é regido pela lei da nacionalidade dos nubentes. Assim, no caso em tela, a qualificação *lege fori* ou *lege causae* levaria, respectivamente, à validade ou invalidade do casamento. Confrontada a esse conflito de qualificação, a Corte de Cassação decidiu que “[a] questão de saber se um elemento da celebração do casamento pertence à categoria das regras de forma ou àquelas de fundo deve ser decidida pelos juízes franceses segundo as concepções do Direito francês, segundo as quais o caráter religioso ou laico do casamento é uma questão de forma” (Cass. Civ., 22 de junho de 1955, *Caraslanis*, *Rev. Crit DIP* 1955, p. 723, nota H. Batiffol).

256 JARROSSON Ch., nota sobre, Paris, 25 de março de 1994, *Sardisud e outro c/ soc. Technip e outro*, *Rev. Arb.* 1994, p. 391, espec. p. 396.

CONCLUSÃO

As sentenças sobre a competência são a evidência da “diversidade da atividade jurisdicional do árbitro”²⁵⁷. De fato, o árbitro que decide sobre sua competência resolve definitivamente um litígio jurídico que opõe as partes (sobre a validade ou aplicação de uma cláusula contratual, a convenção de arbitragem), exercitando seu poder jurisdicional expressamente reconhecido no Direito brasileiro pelo princípio da competência-competência. Consequentemente, é inquestionável a natureza sentencial dessa decisão e, portanto, sua submissão ao regime jurídico reservado às sentenças arbitrais.

No que se refere ao regime de controle, não importa se a decisão do árbitro confirma ou nega a própria competência. Na prática,

a **sanção** do árbitro que excedeu sua competência e a **sanção** do árbitro, que ao **contrário**, **concebeu** essa competência de maneira **demasiadamente** estrita, são os dois aspectos de um mesmo controle: o controle do respeito das condições e limites nos quais o Estado aceita que os litígios de direito privado sejam excluídos do conhecimento de suas jurisdições para serem obrigatoriamente e definitivamente resolvidos pela via arbitral. Esse controle essencial só pode ser uniforme, qualquer que seja o sentido da decisão dos árbitros.²⁵⁸

Essa conclusão é essencial para assegurar a eficiência da arbitragem, impedindo que árbitros usurpem a competência estatal ou se neguem indevidamente de exercer a competência arbitral. Além disso, ela é igualmente a única apta a garantir a igualdade entre as partes, visto que tanto a parte que questiona a competência arbitral quanto a parte que questiona a incompetência arbitral poderão se beneficiar de um controle final por parte do juiz estatal.

257 CHAINAIS C., *Rev. Arb.*, 2009, espec. p. 753.

258 F.-X. TRAIN sobre o caso *Abela*, Paris, 22 de maio de 2008, *Rev. Arb.*, 2008, p. 730, espec. p. 745.

Reflexões sobre Arbitrabilidade Objetiva e o Voto da Administração Pública na Qualidade de Controladora de Sociedade de Economia Mista

MARIA BEATRIZ GRELLA VIEIRA

Advogada em São Paulo.

RESUMO: O objetivo deste artigo é responder se são arbitráveis as disputas relacionadas à deliberação social formada pelo voto da Administração Pública na qualidade de controladora de sociedade de economia mista, considerando que a Administração Pública poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Para tanto, passa-se pela análise do interesse público *vis-à-vis* à disponibilidade do direito e à possibilidade de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública via arbitragem, bem como da arbitrabilidade objetiva de conflitos societários, inclusive aqueles envolvendo deliberações sociais. Conclui-se que são arbitráveis as disputas envolvendo deliberação social formada pelo voto da Administração Pública, mesmo quando o voto busque atender a um interesse público primário.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitrabilidade; sociedade de economia mista; voto da administração pública; interesse público; disponibilidade de direitos.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to assess whether disputes related to corporate resolutions composed by the vote of a public entity in its capacity of controlling shareholder of a mixed private-public ownership company is subject to arbitration, considering that the public entity may guide the activities of the company to meet the public interest that justified its incorporation. In this way, the public interest will be analyzed *vis-à-vis* the disposition of the right and the possibility of settling disputes involving public entities through arbitration, as well as objective arbitrability of corporate conflicts. The conclusion is that the disputes involving corporate resolutions formed by the vote of the public entity could be subject to arbitration, even if the vote aimed to meet a primary public interest.

KEYWORDS: Arbitrability; mixed private-public ownership company; public administration vote; public interest; disposition of the right.

SUMÁRIO: Introdução; I – Sociedade de economia mista; II – Administração Pública e arbitrabilidade objetiva; III – Arbitrabilidade objetiva e direito societário; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Notícias envolvendo a Petrobras e o preço dos combustíveis¹, bem como o caos instalado no País no primeiro semestre de 2018², trouxeram novamente

1 "Caminhoneiros protestam em 13 Estados contra reajuste no diesel". *Valor Econômico*, 21 maio 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5537409/caminhoneiros-protestam-em-13-estados-contra-reajuste-no-diesel>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

2 "Greve afeta abastecimento de combustível e sinaliza caos". *Valor Econômico*, 24 maio 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5546143/greve-afeta-abastecimento-de-combustivel-e-sinaliza-caos>>. Acesso em: