

Competência Arbitral. Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. Alegação de Contrato de Adesão

SUMÁRIO: I – Julgado; II – Comentário.

I – JULGADO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Medida Cautelar nº 17868/BA (2011/0061155-6)

Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino

Requerente: Ferroatlântica S. L.

Advogados: Patrícia Vasques de Lyra Pessoa Roza e outro(s)
Rafael Gomes Rodrigues

Requerido: Zeus Mineração Ltda.

Requerido: José Rubens Moretti Júnior

Requerido: Guilherme Moretti

Advogado: Marco Antônio Guanais Aguiar Rochael

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM – AGRAVO DE INSTRUMENTO – POSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAL AGREGAÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL E VIABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL DEMONSTRADOS

1. Recebimento, em juízo de retratação, da medida cautelar proposta com a finalidade de atribuir efeito suspensivo a recurso especial inadmitido pelo Tribunal de origem, porquanto demonstrados, de forma clara, a viabilidade do recurso especial e o perigo de dano irreparável.
2. A previsão de cláusula compromissória consubstancia a vontade das partes de não submeter suas controvérsias à jurisdição estatal, de modo que a intervenção do Poder Judiciário ensejaria afronta ao princípio da autonomia privada.
3. Impasse acerca da competência do juízo arbitral que pode ser resolvido pelo próprio árbitro, considerando que à arbitragem também se aplica a regra da “Kompetenz-Kompetenz”.

3. Presença de perigo de dano irreparável diante do elevado valor discussão.
4. Medida cautelar deferida.

DECISÃO

Vistos etc.

Ferroatlântica S.L. interpôs o presente *agravo regimental* contra decisão que indeferiu a petição inicial da medida cautelar proposta com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial manejado nos autos da ação cautelar inominada proposta por Zeus Mineração Ltda., José Rubens Moretti Júnior e Guilherme Moretti. A decisão agravada foi ementada nos seguintes termos:

MEDIDA CAUTELAR – PEDIDO DE CONCESSÃO, POR ESTE TRIBUNAL, DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL – PENDÊNCIA DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – INVIABILIDADE – SÚMULAS NºS 634 E 635/STF

1. Não é cabível a concessão de efeito suspensivo, por esta Corte Superior, a recurso especial cujo exame de admissibilidade ainda não tenha sido realizado pelo Tribunal de Origem, sob pena de supressão de instância e de invasão da competência do Presidente do Tribunal de Justiça *a quo*, em consonância com os Enunciados Sumulares nºs 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, aplicados analogicamente. 2. Apenas excepcionalmente, quando a decisão combatida for manifestamente ilegal ou teratológica, estando presentes o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, esse entendimento pode ser flexibilizado, o que não se verifica no caso concreto. Petição inicial indeferida.

Sustentou que o Tribunal de origem proferiu decisão teratológica, pois negou vigência aos arts. 1º, 5º e 8º da Lei nº 9.307/1996 e à Convenção de Nova York, tendo decidido que as cláusulas compromissórias lançadas em contratos firmados entre particulares possuem caráter relativo e que o Poder Judiciário é competente para exercer controle incidental sobre Tribunal Arbitral. Alegou que a decisão agravada incidiu em erro de fato, considerando que não existe nenhuma arbitragem em curso perante a Câmara de Comércio Brasil-Canadá, mas, sim, perante a Câmara de Comércio Internacional de Paris, o que é fato incontroverso nos autos. Explicou que o equívoco constante do acórdão recorrido foi objeto de embargos de declaração. Argumentou que o contrato de *joint venture* não configura contrato de adesão, ressaltando que se trata de contrato de valor superior a vinte milhões de dólares, cujo objeto é a exploração comercial de jazidas de minério no interior do Brasil. Salientou que tal equívoco também constou do acórdão recorrido e apontou que ele foi devidamente impugnado em embargos de declaração. Asseverou que a natureza do contrato jamais foi questionada pelos recorridos, tampouco sua validade ou sua eficácia.

Aduziram que a questão limita-se à possibilidade de o Poder Judiciário poder intervir antes que o árbitro decida sobre sua própria competência. Reiterou estarem presentes os requisitos necessários à concessão da medida cautelar, enfatizando que o exame de admissibilidade de recurso especial pode demorar mais de dois anos para ser realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Requereu o provimento do recurso.

A agravante peticionou nos autos reiterando o excessivo lapso temporal que usualmente decorre entre a interposição de recurso especial e a decisão acerca de sua admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Foi oficiado ao tribunal de origem para que prestasse informações acerca de eventual medida cautelar proposta perante ele, fixando-se prazo para a apreensão da admissibilidade do recurso especial e da respectiva medida cautelar.

A agravante manifestou-se nos autos afirmando que foi inadmitido o recurso especial e noticiando a interposição de agravo de instrumento, ao qual postulou a agregação de efeito suspensivo.

Relatei.

Decido.

Reconsidero a decisão anteriormente proferida, para receber a medida cautelar.

Na decisão agravada, com sucumbência nas Súmulas nºs 634 e 635 do STF, foi indeferida a petição inicial da medida cautelar, porquanto ainda não havia sido realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial.

A atual conjuntura processual, porém, autoriza, em juízo de retratação, analisar-se a pretensão veiculada na presente medida cautelar.

Em primeiro lugar, já houve manifestação do tribunal de origem no sentido de inadmitir o recurso especial, sendo que a competência para decidir acerca da agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento passou a recair, neste momento processual, sobre esta Corte.

Em segundo lugar, as questões controvertidas que, antes estavam obscuras, foram melhor explicitadas nas razões do agravo regimental, revestindo-se de verossimilhança as alegações da requerente.

De um lado, esclareceu-se que o procedimento arbitral que teve seu curso suspenso tramitava perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI), e não perante a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), tendo constado de forma diversa no acórdão recorrido em razão de erro material.

De outro lado, melhor analisando os autos, observa-se também que não se pode concluir que o contrato firmado entre as partes é de adesão.

Tal questão, conquanto tenha servido de fundamento ao acórdão recorrido, não foi discutida nos autos pelas partes.

Ademais, os elementos constantes dos autos indiciam justamente o contrário.

O contrato firmado consiste em *joint venture* visando à exploração de jazidas de ferro e de manganês, por meio do qual os agravados concederam direitos minerários de sua propriedade à agravante, mediante o investimento de valores.

Sendo assim, considerando a peculiaridade do contrato firmado, a importância das obrigações assumidas e o montante pecuniário envolvido, não é possível presumir-se que se trata de contrato de adesão, não sendo aplicável ao caso as disposições constantes do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/1996.

Em juízo de retratação, portanto, torno sem efeito a decisão agravada e recebo a petição inicial da medida cautelar.

Passo à análise de sua pretensão.

A questão discutida no agravo de instrumento ao qual se pretende atribuir efeito suspensivo versa, em síntese, acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em procedimento arbitral já em curso, para dirimir dúvida acerca da competência para o julgamento da controvérsia submetida à arbitragem.

A agravante, em razão de cláusula compromissória inserta no contrato de *joint venture*, levou o conflito à Câmara de Comércio Internacional.

Os agravados, contudo, ingressaram em juízo com ação cautelar, visando a obstar a arbitragem em curso, sob argumento de que, no contrato social da pessoa jurídica criada para a exploração comercial dos direitos minerários, inseriu-se cláusula compromissória elegendo a Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

A discussão, portanto, cinge-se à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para solucionar o impasse referente à competência arbitral.

Em análise perfunctória, tenho que há verossimilhança nas alegações da requerente, devendo ser atribuído efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Inicialmente, ressalto que, à primeira vista, deve ser admitido o recurso especial, não sendo o caso de aplicação dos Enunciados nºs 5 e 7 da Súmula da jurisprudência deste Tribunal, porquanto a controvérsia não envolve o reexame de matéria fático-contratual além daquela que serviu de pressuposto para o acórdão recorrido.

Tampouco encontra aplicação a Súmula nº 83 desta Corte, não tendo o tribunal de origem explicitado em relação a que ponto da controvérsia o acórdão recorrido estaria no mesmo sentido do entendimento sedimentado nesta instância superior.

No caso em comento, conquanto haja dúvida acerca do juízo arbitral competente, é incontroversa a existência de cláusula compromissória por meio da qual as partes renunciaram à jurisdição estatal, o que afasta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da autonomia privada.

Note-se que o fato de haver cláusula compromissória tanto no contrato de *joint venture* como no contrato social da pessoa jurídica, antes de ensejar conflito a ser submetido ao crivo judicial, reforça a vontade das partes não se submeter à jurisdição tradicional.

Outrossim, o impasse referente ao juízo arbitral competente para dirimir a controvérsia surgida pode ser perfeitamente solucionado pela via eleita pelas próprias partes para a solução de seus conflitos, porquanto também na arbitragem vigora a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, atribuindo-se poderes ao árbitro para analisar sua própria competência para o julgamento da causa que lhe é submetida a exame.

Saliento, por fim, ser evidente o perigo de dano irreparável decorrente da manutenção dos efeitos do acórdão recorrido, mormente considerando que, no procedimento arbitral que teve seu curso suspenso, discute-se a extinção de contrato de *joint venture* que ensejaria aos agravados a obrigação de restituir a quantia de 22 milhões de dólares.

Ante o exposto, recebo, em juízo de retratação, a petição inicial da medida cautelar e defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Oficie-se, com urgência, ao juízo de origem.

Intimem-se.

Brasília/DF, 29 de Junho de 2011.

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Relator

II — COMENTÁRIO

Comentário à Medida Cautelar nº 17688-BA (2011/0061155-6)

INTRODUÇÃO

A principal questão tratada no acórdão anteriormente transcrito é a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em procedimento arbitral já em

curso, para dirimir dúvida acerca da competência para o julgamento da controvérsia submetida à arbitragem. Dessa questão decorrem outras que devem ser analisadas: os conflitos entre cláusulas compromissórias e a problemática dos procedimentos paralelos.

Com o intuito de contextualizar o caso, passa-se a analisar a origem da controvérsia com base nos acórdão e decisões disponibilizados no *site* do Superior Tribunal de Justiça e no Diário Oficial dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Caetité (“Vara de Caetité”).

Zeus Mineração Ltda. (“Zeus”), José Rubens Moretti Junior (“Rubens”), Guilherme Moretti (“Guilherme”) e Ferroatlântica SL (“Ferroatlântica”) firmaram contrato de *joint venture* visando a exploração de jazidas de ferro e manganês, por meio do qual foram concedidos à Ferroatlântica direitos minerários da propriedade de Zeus, Rubens e Guilherme, mediante investimento. Esse contrato continha uma cláusula compromissória elegendo a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“Corte de Arbitragem da CCI”) como a competente para administrar futuras controvérsias entre as partes.

Ocorre que, no Contrato Social da Empresa Fat Brasil¹, pessoa jurídica criada para a exploração comercial dos direitos minerários, as partes firmaram cláusula compromissória elegendo o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá (“Centro de Arbitragem da CCBC”) como competente para administrar controvérsias decorrentes do contrato. A sede da arbitragem, de acordo com ambas as cláusulas, era São Paulo, Brasil. De acordo com esse contrato, Zeus contribuiria com os direitos minerários e Ferroatlântica teria que investir US\$ 22 milhões na sociedade².

O contrato de *joint venture* previa o direito de retirada de Ferroatlântica se o resultado das pesquisas minerárias não atingisse as metas. Exercendo essa opção, Ferroatlântica teria o direito de receber o valor investido – US\$ 22 milhões – deduzido o valor das despesas com pesquisas.

Ocorre que, no entendimento de Ferroatlântica, as metas não foram atingidas. Em função disso, exerceu o direito de retirada e requereu o pagamento do saldo de seu investimento. Uma vez que Zeus, Rubens e Guilherme recusaram-se a pagar, Ferroatlântica apresentou requerimento de arbitragem perante a Corte de Arbitragem da CCI.

Em resposta, Zeus, Rubens e Guilherme ajuizaram medida cautelar contra Ferroatlântica perante a Vara de Caetité, Bahia, com o objetivo de determi-

1 Processo nº 0000289-58.2010.805.0038, em trâmite na Vara de Caetité, Bahia, sentença proferida em embargos de declaração opostos por Ferroatlântica, publicada em 19.04.2012 no Diário Oficial.

2 MACIEL, Pedro. Brazilian Court of Appeal Reverses Anti-Arbitration Injunction. 02 jun. 2010. Disponível em: kluwerarbitrationblog.com/blog.

nar a suspensão desse procedimento³. A 1ª instância concedeu a liminar determinando o sobrestamento da arbitragem e, contra essa decisão, Ferroatlântica interpôs agravo de instrumento⁴.

A 4ª Câmara Cível do TJBA, após conceder efeito suspensivo ao agravo, negou provimento ao recurso, em acórdão de 02.03.2011, por entender que: (i) a existência de cláusula compromissória nos contratos firmados entre as partes não teria o efeito de retirar da jurisdição estatal a competência para decidir questões incidentais à arbitragem; e (ii) o contrato de *joint venture*, no valor de 22 milhões, que tem por objeto a exploração comercial de jazidas de minério no interior do Brasil, é um contrato de adesão⁵.

Contra essa decisão, a Ferroatlântica interpôs recurso especial e ajuizou medida cautelar no Superior Tribunal de Justiça pleiteando a concessão de efeito suspensivo a esse recurso⁶. Em decisão monocrática proferida em 30.03.2011, o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino indeferiu a petição inicial por entender incabível a medida antes de ter o Tribunal de Justiça da Bahia se manifestado sobre a admissibilidade do recurso especial⁷.

Contra essa decisão, a Ferroatlântica interpôs agravo regimental. Em juízo de retratação, o Ministro Relator recebeu a petição inicial da medida cautelar⁸ e deferiu o pedido de atribuição de efeito ativo ao agravo de instrumento de despacho denegatório de recurso especial⁹.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino sustentou que a natureza do contrato, sua validade ou eficácia não foram questionadas por Zeus, Rubens e Moretti e que a questão principal a ser decidida era a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na arbitragem antes que o árbitro decidisse sobre sua própria competência. Afirmou, ainda, que o caráter de adesão do contrato de *joint*

3 Medida Cautelar nº 0000103-35.2010.805.0036 e Ação Ordinária nº 0000289-58.2010.805.0036, ambas em trâmite na Vara dos Feitos Relativos às Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Caetité.

4 Agravo de Instrumento nº 0002546-67.2010.805.0000-0, 4ª Câmara Cível. Segundo informação contida no site do Tribunal de Justiça da Bahia (www.tjba.jus.br), o acórdão não foi disponibilizado pelo gabinete. Em virtude disso, não foi possível ter acesso ao acórdão.

5 Resumo extraído do acórdão comentado.

6 Segundo Ferroatlântica, ajuizou medida cautelar antes de proferida decisão acerca da admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em virtude do lapso temporal de 2 anos entre a interposição do recurso e o exame pelo TJBA.

7 STJ, Medida Cautelar nº 17868/BA, Decisão Monocrática, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 30.03.2011, p. 01.04.2011. Disponível em: www.stj.gov.br.

8 Em 05.05.2011, o STJ oficiou o Tribunal de Justiça para que decidisse sobre a admissibilidade do recurso especial dentro de 30 dias. Dessa forma, embora a requerente tenha justificado o cabimento da medida cautelar antes de realizado o exame de admissibilidade do recurso especial no fato desse exame levar cerca de 2 anos para ser realizado, o TJBA negou seguimento ao recurso especial no prazo concedido para que fizesse a análise, a Ferroatlântica apresentou agravo de instrumento de despacho denegatório de recurso especial.

9 A questão, no entanto, está longe de ser resolvida. Assim que o Juiz de 1ª Instância lhe concedeu prazo para razões finais, a Ferroatlântica requereu ao STJ que suspendesse a ação cautelar e principal movida por Zeus, Rubens e Guilherme, sob pena de decisões contraditórias sobre o mesmo assunto e para que a 1ª instância não decidisse novamente questões já resolvidas por instância superior mas esse pedido foi indeferido (Medida Cautelar nº 17.868, decisão de 18.08.2011).

venture, embora tenha servido de fundamento para o acórdão proferido pelo TJBA, não foi discutido pelas partes. Não obstante, o Ministro Relator afirmou que, tendo em vista a importância das obrigações assumidas e o valor envolvido no contrato de *joint venture*, não se trata de contrato de adesão.

No seu ver, como a existência de cláusula compromissória é questão incontroversa, é incontroverso também que as partes renunciaram à jurisdição estatal, o que afastaria a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da autonomia privada. E que, por força do princípio da competência-competência, a competência para decidir é dos árbitros.

Não obstante a decisão do STJ, a Vara de Caetité proferiu sentença confirmando a liminar anteriormente proferida e determinando a suspensão do procedimento instaurado perante a Corte de Arbitragem da CCI. O STJ, por sua vez, julgou prejudicado o exame do agravo de despacho denegatório de recurso especial, tornando sem efeito a liminar ora analisada¹⁰. A Ferroatlântica embargou duas vezes e apelou da sentença.

Nos segundos embargos, Ferroatlântica alegou a perda de objeto do processo em função de fato superveniente, qual seja a decisão do Tribunal Arbitral confirmando a sua jurisdição sobre o contrato de *joint venture* e sobre o contrato social de Fat Brasil. Os embargos trataram também do fato da sentença ter exigido a celebração de compromisso arbitral para validade do procedimento, equiparando-a à Ata de Missão¹¹.

Ao julgar esses embargos, o Juiz de 1ª Instância entendeu que não se tratava de fato superveniente, pois, embora a decisão do Tribunal Arbitral sobre sua jurisdição tenha sido disponibilizada às partes somente em fevereiro de 2012, ela é anterior à sentença, pois datada de 16.11.2012 (como, por analogia, se as decisões vinculassem as partes antes de sua publicação). A Vara de Caetité decidiu também: (i) que os embargos de declaração suspendem o prazo para recurso mas não os efeitos da sentença; (ii) as partes, ao firmarem Ata de Missão em que foi acordado que os árbitros decidiriam sobre sua competência em relação aos dois contratos não renunciaram à jurisdição estatal; (iii) a Ata de Missão não equivale ao compromisso arbitral porque houve por parte de Zeus, Rubens e Guilherme posicionamento contrário à competência do Tribunal Arbitral.

Da leitura dessa sentença de embargos declaratórios percebe-se a nítida confusão de conceitos da arbitragem e certa relutância em aceitar a clara orientação do Superior Tribunal de Justiça. Ao julgar a apelação, espera-se que o TJBA analise as questões à luz da Lei Brasileira de Arbitragem. No entanto, se

10 Agravo em Recurso Especial nº 79.592/BA, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 15.02.2012, p. 22.02.2012, decisão monocrática.

11 Processo nº 0000289-58.2010.805.0038, em trâmite na Vara de Caetité, Bahia, sentença proferida em embargos de declaração opostos por Ferroatlântica, publicada em 19.04.2012 no Diário Oficial.

não o fizer, certamente o STJ o fará, não sem prejuízo à autonomia da vontade e à força obrigatória dos contratos.

I – A COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Como é sabido, o conceito de competência-competência pode ser estabelecido como a autoridade concedida ao árbitro para decidir qualquer questão relacionada à sua jurisdição ou sobre a validade da convenção de arbitragem. Assim, na hipótese de a controvérsia se referir a vícios que afetem o contrato ou a cláusula compromissória, será do árbitro a jurisdição para decidir a questão¹². Dessa forma, na hipótese da controvérsia versar sobre vícios que afetem o contrato ou a contradição entre cláusulas compromissórias, como, neste caso, é do árbitro a jurisdição para decidi-la.

O art. 8º da LAB confere à arbitragem nacional os efeitos negativo e positivo da competência-competência, uma vez que confere ao árbitro o poder de decidir, de ofício ou por provocação das partes, acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato em que estiver inserida.

Destarte, o efeito positivo é o de conferir aos árbitros o poder de apreciar todos os requisitos ensejadores de sua competência, tais como a capacidade das partes, a validade da manifestação de vontade e a arbitrabilidade do litígio. Já o efeito negativo do princípio obriga o juiz estatal a declinar a sua competência para decidir questões relativas à validade da convenção arbitral, somente podendo intervir após o pronunciamento dos árbitros sobre essas questões e se uma das partes propuser ação de anulação da sentença com base nesse argumento¹³.

Vejam que, ao contrário do que estabelece o art. II(3) da Convenção de Nova Iorque¹⁴, a lei brasileira não confere ao Judiciário o poder de realizar uma análise *prima facie* da convenção de arbitragem, confere aos árbitros a prioridade cronológica para analisar sua própria competência. Dessa forma, como corretamente decidiu o STJ, a competência para decidir qual Câmara é a competente para administrar a disputa advinda entre as partes é dos árbitros.

12 MARTINS, Pedro Batista. Parecer – Poder Judiciário – Princípio da autonomia da cláusula compromissória – Princípio da competência-competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento pelo Tribunal Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 7, p. 176, out./dez. 2005.

13 STJ, MC 14.295/SP, Relº Min. Nancy Andrighi, decisão monocrática, J. 09.06.2008, p. 13.06.2008.

14 “Art. II(3) Cada Estado signatário deverá reconhecer de ofício o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou possam surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.”

A Vara de Caetité deveria ter remetido as partes à arbitragem, permitindo com que os árbitros analisassem os contratos e decidissem acerca de sua jurisdição, notadamente em relação às cláusulas compromissórias conflitantes. Ainda mais neste caso em que não há notícia de que Zeus, Rubens e Guilherme tenham instaurado arbitragem no Centro de Arbitragem da CCBC. Não há conflito de competência entre Câmaras a ser decidido pelo Juiz de 1ª Instância. E, nos parece, que o direito de retirada, exercido por Ferroatlântica, estava previsto somente no contrato de *joint venture* que contém a cláusula elegendo a Corte de Arbitragem da CCI.

O STJ, em caso similar, decidiu que “não há conflito de competência sem a afirmação positiva ou negativa de dois órgãos judiciais, para apreciar a lide posta em juízo. Não há conflito quando a competência não está sendo reclamada pela outra Câmara”¹⁵. Dessa forma, neste caso, para que houvesse conflito de competência entre a Corte de Arbitragem da CCI e o Centro de Arbitragem da CCBC, os Tribunais Arbitrais nomeados em procedimentos paralelos nessas Câmaras teriam que se declarar competentes.

Embora o STJ tenha decidido no caso CC 113.260/SP¹⁶ que os conflitos de competência entre Câmaras Arbitrais devem ser dirimidos pelo Juízo de 1ª Instância¹⁷, me parece, com base na LBA e na Convenção de Nova Iorque, que a decisão mais acertada é a no sentido de que os árbitros decidam sobre sua própria competência. Há julgado no sentido de que o Juízo Arbitral não integra o Poder Judiciário, tampouco compõe o Poder Estatal, e, nessa medida, o conflito de competência, não deve ser analisado pelo Poder Judiciário¹⁸.

II – CONFLITO ENTRE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS

A problemática desse caso decorre, além da não aplicação do princípio da competência-competência pelo Juízo de Caetité, de cláusulas compromissórias contraditórias inseridas em contratos relacionados firmados pelas mesmas partes. No contrato de *joint venture* as partes elegem a Corte de Arbitragem da

15 STJ, CC 109.011, Rel. Min. Sidnei Beneti, decisão monocrática, J. 06.05.2010, p. 11.05.2010.

16 A Ministra Nancy Andrigli proferiu voto vencido no sentido de que o STJ é competente para apreciar conflito de competência entre duas Câmaras Arbitrais.

17 “PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – CÂMARAS DE ARBITRAGEM – COMPROMISSO ARBITRAL – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA – INCIDENTE A SER DIRIMIDO NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU – INCOMPETÊNCIA DO STJ – ART. 105, III, ALÍNEA D, DA CF – CONFLITO NÃO CONHECIDO

1. Em se tratando da interpretação de cláusula de compromisso arbitral constante de contrato de compra e venda, o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmaras de arbitragem deve ser dirimido no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os pressupostos e alcance do art. 105, I, alínea d, da Constituição Federal.

2. Conflito de competência não conhecido.” (CC 113260/SP, Relª Min. Nancy Andrigli, Rel. p/o Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª S., Julgado em 08.09.2010, DJe 07.04.2011)

18 CC 122.430/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, decisão monocrática, J. 15.05.2012, p. 22.05.2012.

CCI e no Contrato Social da sociedade criada pelas partes para os fins estabelecidos no contrato de *joint venture* as partes elegeram o Centro de Arbitragem da CCBC.

Em casos de cláusulas compromissórias divergentes, Bernard Hanotiau defende a posição de que, em princípio, os árbitros devem aceitar a jurisdição somente em relação ao escopo de uma das cláusulas de arbitragem. No entanto, se os escopos das cláusulas se confundirem o Tribunal Arbitral, tem jurisdição sobre toda a controvérsia (CCI 7325/1993)¹⁹.

João Bosco Lee, em parecer sobre conflito de cláusulas compromissórias²⁰, ressalta que a incompatibilidade das cláusulas compromissórias não torna, em princípio, a arbitragem inviável. É necessário avaliar a vontade das partes naquela relação contratual. Ademais, o fato de um Tribunal Arbitral ter jurisdição apenas em relação a um contrato não significa que ele não possa levar o outro em consideração.

Esse tema das cláusulas conflitantes está em voga em função do *Caso Jirau*, que expõe muito bem a questão do conflito de disposições contratuais e as consequências indesejáveis desse problema.

No *Caso Jirau*, segundo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²¹, há conflito entre as cláusulas 7ª e 12 do Contrato de Seguros de Riscos de Engenharia (“Contrato de Seguros”). A cláusula 7ª dispõe que qualquer disputa nos termos da apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil. Já a cláusula 12 prevê que no caso do segurado e da seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob a apólice, a disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as Regras de Arbitragem de Arias.

Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Enesa Engenharia S.A. (“Seguradas”) propuseram em 12.12.2011 ação cominatória com pedido de tutela antecipada para que Sul America Companhia Nacional de Seguros S.A., Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A., Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporation S.A. e Zurich Brasil Seguros S.A. (“Seguradoras”) se abstivessem de requer arbitragem perante a Arias – The Insurance and Reinsurance Arbitration Society enquanto se discute a competência para julgar as disputas decorrentes no Con-

19 HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: Multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. Kluwer Law International, 2006.

20 LEE, João Bosco. Parecer: Conflito cláusula compromissória. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 30, p. 7-23, abr./maio/jun. 2011.

21 Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Enesa Engenharia S.A. x SulAmérica Companhia Nacional de Seguros S.A., Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A., Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporation S.A. e Zurich Brasil Seguros S.A. (TJSP, AI 0304979-49.2011.8.26.0000, 6ª C., Rel. Des. Paulo Alcides, J. 19.04.2012, por maioria. Voto vencido Des. Alexandre Lazzarini)

trato de Seguros. A tutela antecipada foi indeferida e as seguradas interpuseram agravo de instrumento.

De outro lado, as seguradoras instituíram arbitragem, em 29.11.2011, perante a Arias com base na cláusula 12 do contrato.

Em 12.12.2011, o TJSP concedeu efeito ativo ao agravo de instrumento interposto pelas seguradas e, em resposta, em 13.12.2011, as seguradoras, requereram perante a 1ª instância de Londres (*Commercial Court*) uma *antisuit injunction* para suspender a ação proposta pelos segurados no Brasil e consequentemente permitir o processamento da arbitragem. No dia 19.12.2011, a liminar foi deferida, determinando que as seguradas se abstivessem de instaurar qualquer procedimento perante o Judiciário Brasileiro, sob pena de prisão. Nesta decisão, o Judiciário Inglês entendeu que a lei aplicável à cláusula de arbitragem era a lei inglesa e por isso os requisitos do art. 4º da Lei Brasileira de Arbitragem eram irrelevantes. As seguradas apelaram dessa decisão. A Corte de Apelação negou provimento ao recurso²².

Ocorre que ao julgar o agravo de instrumento das seguradas, o TJSP, por maioria, determinou a suspensão da arbitragem até que a questão jurisdicional fosse definitivamente resolvida pelo Judiciário Brasileiro e fixou multa diária de R\$ 400.000,00, por descumprimento.

O *Caso Jirau*, bem como o caso ora comentado, seguem sem solução definitiva. No entanto, verifica-se que tanto a decisão do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino na Medida Cautelar nº 17.868 quanto o voto vencido proferido pelo Desembargador Alexandre Lazzarini no *Caso Jirau*, apontam como resposta à problemática das cláusulas conflitantes a aplicação do princípio da competência-competência. A regra da competência-competência é de fundamental importância ao instituto da arbitragem na medida em que pode, também, evitar procedimentos paralelos²³ e esforços duplicados.

III – A PROBLEMÁTICA DOS PROCEDIMENTOS PARALELOS

Os procedimentos paralelos podem ocorrer entre um Tribunal Internacional e um Tribunal Arbitral, o Judiciário e um Tribunal Arbitral e dois Tribunais Arbitrais. O efeito de diversos processos é o gasto adicional de tempo, esforços e recursos e o risco dos Tribunais alcançarem decisões contraditórias

22 PENDELL, Guy. The Brazilian dispute with the “close” connection to England & Wales. Disponível em: kluwerarbitrationblog.com/blog. Court of Appeal, SulAmérica CIA Nacional De Seguros S.A. v. Enesa Engenharia S.A. [2012] EWCA Civ 638. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>.

23 Estudos aprofundados sobre o tema: HANOTIAU, Bernard. Op. cit.. CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coord.). Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration. *Dossiers ICC Institute of World Business Law*. ICC Publication, 2005. AYMONE, Priscila Knoll. A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2011.

em relação aos mesmos fatos. Ou, ainda, um Tribunal simplesmente confirmar a decisão proferida pelo outro.

Ao tratar do tema, Norah Gallagher relembra que os Tribunais Arbitrais são constituídos para julgar determinada controvérsia existente entre as partes e cita decisão proferida no caso Joy Mining contra Egito em que o Tribunal Arbitral declara que não foi constituído para julgar com base nas decisões de outros Tribunais, mas sim para decidir a controvérsia com base naqueles fatos específicos e na lei aplicável àquele procedimento²⁴. Ademais, não há hierarquia entre os Tribunais Internacionais, Tribunais Arbitrais e o Judiciário.

Um caso de procedimentos paralelos exaustivamente citado na doutrina internacional é o caso Ronald S. Lauder x República Checa e CME x República Checa²⁵. A controvérsia surgiu da interferência do governo nos direitos de transmissão televisivos concedidos em 1993 para a Empresa Central European Television 21 (CET21), controlada pela empresa holandesa CME, da qual o Lauder, cidadão norte americano, era controlador.

Lauder iniciou uma arbitragem Uncitral, em Londres, contra a República Checa, com base no Tratado Bilateral de Investimento Estados Unidos/República Checa. Seis meses depois CME iniciou uma arbitragem Uncitral contra a República Checa com base no Tratado Bilateral de Investimento Países Baixos/República Checa.

O Tribunal com sede em Londres julgou improcedentes os pedidos de Lauder em sentença datada de 03.09.2005. No entanto, o Tribunal com sede em Estocolmo entendeu que a República Checa havia violado o Tratado Bilateral de Investimentos e a condenou a pagar à CME indenização de \$ 268,814,00, acrescida de juros. O objeto de ambas as arbitragens era a responsabilidade da República Checa por medidas adotadas em relação à CET21. Apesar disso, os Tribunais chegaram a diferentes conclusões.

O Tribunal de Estocolmo afirmou que o fato da República Checa ter se recusado a consolidar os procedimentos, eventual abuso de direito por parte dos requerentes, não afetava a jurisdição do segundo Tribunal. A República Checa tentou anular a segunda sentença, tentativa essa frustrada pelas Cortes Suíças que entenderam não existir litispendência ou coisa julgada em relação aos procedimentos, uma vez que não se configurava a tríplice identidade: partes e lei aplicável não eram iguais.

A consolidação dos procedimentos da República Checa teria resolvido a problemática das decisões conflitantes. No entanto, o que se verifica na prá-

24 Joy Mining Machinery Ltd. v. Egito, caso ICSID ARB/03/11. GALLAGHER, Norah. Parallel proceedings, Res Judicata and Lis Pendens. In: MISTELIS, Loukas A.; LEW, Julian DM. (editors). *Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwer Law International, Países Baixos, 2006. p. 331/332.

25 No original: CME v. Czech Republic and Ronald Lauder x Czech Republic. Laudos disponíveis em inglês no site do Ministério das Finanças Checo: www.mfcr.cz.

tica é que após a eclosão das disputas é difícil que as partes consintam com a consolidação.

Algumas condições devem ser observadas para consolidação: (i) deve existir forte conexão entre as demandas de modo que a decisão proferida em um caso irá afetar diretamente o outro caso; (b) a consolidação deve ser no interesse de ambas as partes, além de ser uma justa e efetiva solução para os processos; (c) deve haver o consentimento das partes se requerido pela lei aplicável ao procedimento; (a) a consolidação deve ser viável dentro dos diferentes mecanismos de resolução de disputas escolhidos pelas partes²⁶.

O art. 10 do novo Regulamento da Corte de Arbitragem CCI (2012) disciplina a consolidação de procedimentos e os poderes da Corte para tanto. De acordo com esse artigo, se uma das partes requerer a consolidação a Corte poderá fazê-lo se houver concordância das partes. Não havendo concordância, a consolidação será possível se as demandas forem formuladas com base na mesma convenção de arbitragem. Ou, ainda, se as demandas forem formuladas com base em mais de uma convenção de arbitragem, as arbitragens envolvam as mesmas partes, as disputas sejam relacionadas à mesma relação jurídica e a Corte entenda que as convenções de arbitragem são compatíveis. Dispõe, ainda, que a Corte deverá levar em conta outras circunstâncias que entender relevantes, por exemplo, se os árbitros já foram confirmados ou nomeados em mais de uma arbitragem²⁷.

Uma segunda solução para o problema seria a aplicação do princípio da litispendência. No entanto, embora alguns autores, como Francisco Orrego Vicuña, defendam a aplicação da litispendência por Tribunais Internacionais, a maioria entende que não se aplica. Aquele autor defende que além da litispendência há mecanismos suplementares para evitar os indesejáveis procedimentos paralelos, como a *forum non conveniens*, coisa julgada e *forum shopping*.

A sua tese é no sentido de que o Tribunal (judicial, internacional ou arbitral) deve primeiramente verificar se a anterioridade de seu processo resulta de boa-fé de uma das partes ou é apenas um mecanismo para evitar o cumprimento de obrigações que resultariam do julgamento da controvérsia em outro fórum. Em segundo lugar, ambos os Tribunais devem, utilizando os conceitos

26 CREMADES, Bernardo M.; MADALENA, Ignacio. Parallel proceedings in international arbitration. In: CREMADES, Bernardo LEW; Julian D. M. (Coord.). Op. cit., p. 26.

27 A definição de Corte e suas atribuições encontram-se no art. 1º do Regulamento. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>.

O novo Regulamento do Centro de Arbitragem da CCBC dispõe sobre consolidação em seu artigo 4.5. “Antes de constituído o Tribunal Arbitral, o Presidente do CAM/CCBC examinará objeções sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem que possam ser resolvidas de pronto, independentemente de produção de provas, assim como examinará pedidos relacionados a conexão de demandas, nos termos do artigo 4.20. Em ambos os casos, o Tribunal Arbitral, após constituído, decidirá sobre sua jurisdição, confirmando ou modificando a decisão anteriormente prolatada”.

de *forum non conveniens* desenvolvidos em litígios internacionais, decidir qual Tribunal tem maior conexão com a demanda. Em terceiro lugar, devem avaliar a possibilidade de consolidação.

Embora bem fundamentada, essa tese depende de total cooperação entre os Tribunais, o que pode não ocorrer. Se logo no primeiro passo um Tribunal entender que a regra da anterioridade se aplica, pois resulta de boa-fé, e o outro que não se aplica nenhum dos dois suspenderá os procedimentos que prosseguirão de forma paralela.

Como é sabido, a litispendência requer três elementos, a tríplice identidade: mesmas partes, mesmo objeto e mesma causa de pedir. E, no Brasil, aplica-se no Judiciário o critério da anterioridade, uma vez que, de acordo com o art. 219 do CPC, a citação válida torna prevento o juízo e induz litispendência. No Brasil, ainda, de acordo com o art. 90 do CPC, não há litispendência entre uma ação ajuizada no estrangeiro e outra ajuizada no Brasil.

Julian Lew é enfático ao concluir que a litispendência não se aplica à arbitragem internacional²⁸. Não há hierarquia de Tribunais com base no fator tempo. O princípio da anterioridade aplicado ao processo judicial não se aplica ao procedimento arbitral. Os árbitros podem suspender o procedimento ou não, devendo fazê-lo somente em casos excepcionais em que realmente não vejam como possível a continuidade do processo²⁹.

A International Law Association, ao analisar o tema das arbitragens paralelas, elaborou um relatório sobre litispendência e arbitragem³⁰ com recomendações aos árbitros. A primeira recomendação é no sentido de que os tribunais devem aplicar o princípio da competência-competência no seu efeito positivo, decidindo sua própria jurisdição, independentemente dessa questão estar sendo considerada por uma Corte Estatal ou outro tribunal.

A recomendação da ILA define procedimentos paralelos como sendo aqueles em que as partes e objetos são substancialmente iguais, não necessariamente idênticos. O comitê encarregado do relatório entende que a litispendência não deve ser aplicada como um conceito rígido, mas sim como um critério para adequada condução do procedimento.

Conclui que embora o árbitro tenha a obrigação de cumprir seu mandato, julgando a demanda, o tribunal arbitral deve ter a discricionariedade de suspender o procedimento dentro das circunstâncias adequadas.

28 LEW, Julian D. M. Concluding remarks. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coord.). Op. cit., p. 311.

29 PARENTE, Eduardo. Processo arbitral e sistema. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, 2009.

30 Filip de Ly and Audley Sheppard, *ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration*, Arbitration International, (Kluwer Law International 2009 Volume 25 Issue 1) p. 3-34.

O Tribunal Arbitral deve aplicar a lei do lugar da sede da arbitragem quando for decidir sobre sua jurisdição. O Judiciário do local da sede é quem terá competência para julgar eventual ação anulatória da sentença arbitral e dificilmente manterá decisão de jurisdição contrária ao seu entendimento. Se a lei da sede determina que as Cortes Estatais decidam a questão, o tribunal deve suspender o procedimento e remeter o processo para o judiciário.

Em relação às arbitragens paralelas envolvendo a mesma controvérsia, a ILA recomenda que o segundo tribunal leve em consideração questões de condução de procedimento. O segundo não deve dar continuidade ao seu procedimento, negando a existência do primeiro. A regra da anterioridade não deve ser necessariamente aplicada, mas o Tribunal deve avaliar se é o caso de suspender a arbitragem como um todo ou em relação a algumas questões.

Alternativa que se coloca para que sejam mitigados os efeitos de procedimentos paralelos é a aplicação do princípio da coisa julgada. De acordo com esse princípio, o dispositivo da sentença tem força obrigatória entre as partes, sendo proibido relitigar as demandas já decididas. Se as partes, objeto e causa de pedir são idênticos aos de processo cuja sentença transitou em julgado, essa primeira decisão tem força vinculante em relação ao segundo processo.

No Brasil, a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença estatal (art. 31 da LAB), produzindo, portanto, os efeitos da coisa julgada. Já a Convenção de Nova Iorque, no art. III, prevê que os Estados signatários reconhecerão as sentenças como obrigatórias.

Nos países de direito anglo-saxão, a coisa julgada pode ser arguida pela parte como *cause of action stoppel* ou *issue stoppel*³¹. De acordo com *cause of action stoppel*, a parte não pode relitigar a causa de pedir que deu origem a uma decisão transitada em julgado. Já no *issue stoppel* não é permitido à parte relitigar o objeto de uma demanda já decidida, ainda que a causa de pedir seja outra. Essas defesas são plenamente aceitas em procedimentos arbitrais³².

A doutrina não é conclusiva sobre a aplicação da coisa julgada em arbitragem internacional. O relatório da ILA – Final Report in *Res Judicata* e Arbitration – conclui que a coisa julgada deverá ser necessariamente aplicada pelos árbitros quando houver a tríplice identidade³³. É o que defende também Julian Lew no Dossier da Câmara de Comércio Internacional sobre o tema³⁴.

31 Nos Estados Unidos é *claim preclusion* e *issue preclusion*. No *claim preclusion* a parte não pode relitigar demanda que poderia ter sido apresentada em procedimento anterior.

32 LEW, Julian DM. Concluding remarks. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coord.). Op. cit., p. 12.

33 International Law Association Berlin Conference (2004). Internacional Commercial Arbitration. Interim Report: *Res Judicata* and Arbitration. International Law Association Toronto Conference (2006). Internacional Commercial Arbitration. Final Report: *Res Judicata* and Arbitration – p. 27 do the Final Report: *Lis Pendens* and Arbitration. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>>.

34 LEW, Julian D. M. Concluding remarks. In: CREMADES, Bernardo M.; LEW, Julian D. M. (Coord.). Op. cit., p. 310.

No entanto, se uma das partes, em violação à convenção de arbitragem, iniciar procedimentos judiciais, o Tribunal Arbitral não está vinculado a essa decisão. Se a decisão proferida pelo Judiciário estiver dentro dos limites da convenção de arbitragem ela não terá força obrigatória.

CONCLUSÃO

A arbitragem e procedimentos judiciais pertencem a mundos distintos com jurisdição e convenções próprias, que negligenciam a interface entre a jurisdição estatal e arbitral. No entanto, algumas convenções, como a de Nova Iorque, e as leis nacionais de arbitragem contêm os meios para permitir que as Cortes Estatais recusem a jurisdição de disputas que se encontrem sob a jurisdição dos árbitros ou recusem a homologação de decisões estatais que não respeitaram essa jurisdição³⁵.

Arbitragem é baseada na confiança das partes nos árbitros. Assim, a resposta para procedimentos paralelos encontra-se ancorada na habilidade do árbitro de interpretar a convenção de arbitragem de acordo com o princípio da competência-competência.

Dessa forma, a solução para o caso ora comentado é a extinção da ação, nos termos do art. 267, VII, do CPC, e do art. 8º da LAB para que, respeitando a opção validamente realizada pelas partes de que as demandas surgidas dos contratos fossem decididas por arbitragem, uma vez que a controvérsia sobre jurisdição já se encontra decidida pelos árbitros.

DEBORA VISCONTE

LL.M. pela London School of Economics and Political Science – LSE, Mestre em Direito Internacional pela USP, Advogada.

35 HOUTTE, Hans van. Parallel proceedings before state courts and arbitration tribunals: is there a transnational *lis alibi pendens* exception in arbitration or jurisdiction conventions? *Arbitral Tribunals or State Courts: Who must Defer to Whom?*, ASA Special Series No. 15 (2001) p. 53-54.