

EFEITOS DA ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM PREVISTA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

I. Introdução

Inserida no nosso sistema jurídico por intermédio da Lei nº 9.307/96, o instituto da arbitragem viu-se premido a enfrentar uma série de celeumas, até que pudesse, finalmente, cristalizar-se (e notabilizar-se) como meio privado e alternativo para solução de conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Dentre algumas dessas celeumas, pode-se citar, a título exemplificativo, a possibilidade de se utilizar a arbitragem nos conflitos instaurados nas relações de consumo, restando consolidado o entendimento de que esta, a rigor, só seria permitida acaso convencionada por meio de compromisso arbitral. Outro exemplo da mesma natureza residia nas controvérsias surgidas no âmbito das relações trabalhistas, havendo até hoje posições antagônicas sobre o assunto, que ora sustentam a impossibilidade do uso da cláusula arbitral nesse tipo de relação em razão da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas individuais, bem como da vulnerabilidade do trabalhador no momento da contratação, ora advogam a tese de que o trabalhador pode, sim, optar por firmar dito compromisso, instituindo, pois, a arbitragem, se entender que este meio de solução de conflitos lhe é mais benéfico.

Nessa mesma linha de raciocínio, havia, ainda, grande discussão acerca da possibilidade do uso da arbitragem pela Administração, tendo o STJ, com suporte na decisão proferida pelo STF no chamado “Caso Lage”, sufragado a tese, em suma, de que *a arbitragem seria aplicável aos litígios administrativos quando fundada em direitos patrimoniais do Estado* (1ª Seção, AgRg no MS 11.308/DF, rel. Ministro Luiz Fux).

Assim, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência vinham se encarregando de dirimir essas discussões – com grande maestria, ressalve-se de passagem -, até que a Câmara Federal dos Deputados, sob o Projeto de Lei nº 6.025 de 2005, visando alterar o Código de Processo Civil em vigor (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), acabou imiscuindo-se sobre algumas questões sobre as quais não pediam mais qualquer celeuma de relevo, a exemplo

daquela atinente à extinção da ação, sem resolução de mérito, em razão da alegação de convenção de arbitragem.

II. A Preliminar de Convenção de Arbitragem e a Nova Sistemática Processual

Com efeito, o inciso VII do artigo 267 do código de ritos estipula, objetivamente, que o processo deverá ser extinto, sem resolução de mérito, pela convenção de arbitragem, haja vista que, se há convenção de arbitragem, estabelecida na forma prevista no art. 3º e seguintes da Lei nº 9.307/96, é porque as partes renunciaram à jurisdição estatal, preferindo nomear um árbitro que resolva a lide existente entre elas.

Para tanto, basta que a denúncia da existência da convenção seja apresentada, em sede de preliminar de contestação, pela parte ré ao Juízo Monocrático, que, a teor do disposto no art. 301, inciso IX e §4º, do CPC, não pode examiná-la de ofício. Em um único giro, significa dizer que se o réu, ao contestar o feito, suscitar preliminar de existência de convenção de arbitragem firmado entre as partes, o processo, via de regra, deve ser extinto, sem resolução de mérito.

Nesse caminhar, convém ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentou o entendimento segundo o qual, excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica – leia-se, “em branco” – a possibilidade de atuação do Poder Judiciário dar-se-á somente após a prolação da sentença arbitral (4ª Turma, REsp 1278852/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 21.5.2013, DJE 19.06.2013).

Essa sistemática, a toda evidência, constitui um dos corolários da “competência sobre competência” (*Kompetenz-Kompetenz*, ou ainda, *Compétence de la Compétence*), princípio inserto no artigo 8º da Lei nº 9.307/96, originado do princípio da autonomia da cláusula compromissória, que, objetivamente, estabelece que caberá aos árbitros, em primeiro lugar, a tarefa de decidirem sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, ou, noutros termos, decidirem sobre sua própria competência.

Não obstante a isso, ou seja, à forma preconizada pela lei de arbitragem, devidamente acolhida pela jurisprudência pátria, em alusão, inclusive, ao referido princípio da competência sobre competência, é certo que o “Novo Código de Processo Civil” tratou de inovar nesse tocante, inserindo, na Seção III, que trata do indeferimento da petição inicial, capítulo dedicado, exclusivamente, à “Alegação de Convenção de Arbitragem”, traçando, assim, uma nova sistemática para essa questão, objeto, até então, de simples preliminar de mérito.

De fato, naquilo que interessa ao presente ensaio, o Art. 345 do referido Projeto de Lei estatui que “A alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, na audiência de conciliação ou de mediação.”. Em seguida, seus parágrafos preveem uma espécie de roteiro para veiculação dessa alegação, iniciando-se pela (óbvia) obrigatoriedade de se levar dita convenção ao conhecimento do Juízo, passando-se pela intimação do autor para se manifestar a esse respeito, dentro do prazo (máximo) de 15 (quinze) dias, e chegando, enfim, à decisão judicial sobre a matéria, que poderá se dar antes daquela audiência, caso o réu tenha externado desinteresse na composição consensual.

Nessa hipótese de não designação da audiência de conciliação ou de mediação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada no mesmo prazo da contestação e, se necessário, juntamente com a alegação de incompetência do Juízo (*Ex-vi* do art. 346).

A despeito de, até aqui, já se vislumbrar uma série de questionamentos, sobretudo de natureza processual, decorrentes, em suma, dessa mutação da alegação de convenção de arbitragem, que, dentre outros, deixa de ser veiculada como matéria preliminar de mérito e passa a ser tratada como uma espécie de exceção, a ser arguida em petição autônoma, eventualmente junto com a exceção de incompetência, o que mais salta aos olhos vem no art. 347 subsequente, que, em relação à alegação de convenção de arbitragem, ora prevê que cabe ao juízo arbitral decidir sobre sua própria competência, ora que cabe ao Magistrado fazê-lo.

Realmente, rápida leitura do *caput* desse dispositivo e de seu Parágrafo Único é suficiente para se concluir que, a teor da *novel* processualística, o que irá definir se o Magistrado poderá (ou não) decidir sobre sua própria competência reside no momento da

instauração do procedimento arbitral: se este já estiver instaurado antes da propositura da ação, determina o *caput* que a competência é do juízo arbitral; do contrário, isto é, se não tiver sido instaurado, o Magistrado decidirá sobre sua competência.

III. A Nova Sistemática Processual e o Princípio da *Kompetenz-Kompetenz*

Isso, contudo, ressuscitará uma série de discussões já sepultadas, além, é claro, de criar tantas outras, uma vez que não faz referência, por exemplo, aos procedimentos cautelares adotados para se conferir efetividade ao próprio procedimento arbitral e que tais.

Mais do que isso, tal alteração, de início, já evoca indagações acerca da própria aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, posto que não deixa claro se a decisão acerca da competência caberá (em definitivo) ao árbitro, ou ainda, se, na realidade, o que a definirá, para todos os efeitos, será o momento da propositura da ação judicial *vis a vis* o da instauração do procedimento arbitral.

Sobre o assunto, Carlos Alberto Carmona anota que a competência conferida ao árbitro para decidir sobre a sua própria competência, apesar de antiga, acabou sendo dirimida pelo Parágrafo Único do art. 8º da Lei de Arbitragem, “(...) que não deixa margem de dúvidas, atribuindo ao árbitro o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como do próprio contrato que contenha a cláusula compromissória.” (In “Arbitragem e Processo”. São Paulo. Editora Atlas, 2009, p. 08).

Dessa maneira e reconhecendo não só que a matéria objeto da arbitragem é de competência exclusiva do árbitro, mas também, que as competências do juízo arbitral e do juízo togado, ainda que relativas à existência, validade, extensão e eficácia da convenção arbitral, coexistem, sendo, porém, exercidas em momentos diferentes por cada um deles, a Corte Especial decidiu, então, que a atuação do Poder Judiciário deve ser orientada pelos artigos 32, Inciso I, e 33 da Lei de Arbitragem, mas somente após a prolação da sentença arbitral (REsp 1.278.852-MG).

Essa decisão, de Relatoria do E. Ministro Luis Felipe Salomão, também está, em certa medida, apoiada na lição de Carlos Carmona, em que deixa consignado que:

“Consequência da autonomia da cláusula compromissória é a possibilidade de o próprio árbitro decidir acerca de qualquer controvérsia que diga respeito à convenção de arbitragem. (...) Significa dizer que o dispositivo legal comentado trata de duas questões distintas, o *caput* disciplinando a autonomia da cláusula e o parágrafo estabelecendo o princípio *Kompetenz-Kompetenz* (competência do árbitro para decidir sobre sua própria capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral).

A decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, eis que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final. Não existe qualquer preclusão que possa impedir eventual ataque ao laudo sob a alegação de invalidade da convenção arbitral: tenham ou não as partes arguido a questão durante o procedimento arbitral, poderá o juiz togado, mediante provocação do interessado, anular o laudo por reconhecer, por exemplo, que a convenção arbitral era nula (o inciso I do art. 32, equivocadamente, reporta-se apenas ao compromisso), o que envolve a formação da convenção (menos rígida para a cláusula, mais rigorosa para o compromisso), a arbitrabilidade da controvérsia (art. 1º da Lei), extensão dos poderes do árbitro (pode dar-se no caso de cláusula arbitral limitada a certas questões contratuais, que não incluam aquela a respeito da qual o árbitro decidiu), entre tantas outras. (Obra citada alhures, p. 175-176).

Daí porque concluiu a Corte Superior que, mesmo na alegação de nulidade de convenção arbitral, deve-se, em primeiro lugar, submetê-la à decisão do próprio juízo arbitral, a não ser que se trate de cláusula arbitral vazia, hipótese em que a

atuação jurisdicional pode ser dar no momento anterior à instauração da arbitragem, conforme precedente criado quando do julgamento do REsp 1.082.498/MT.

Mas a questão aqui em debate vai além: diz respeito, basicamente, à alegação de convenção de arbitragem suscitada por meio de exceção (e não em sede de preliminar de mérito), quando ainda não há procedimento arbitral instaurado, o que, a teor da nova norma insculpida no mencionado artigo 347, remete a decisão acerca da referida alegação ao crivo exclusivo do juízo estatal, em evidente afronta ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.

Sob esse prisma, convém indagar: qual teria sido a (real) intenção do legislador em modificar o art. 267, inciso VII, do CPC? Seria, simplesmente, o enfraquecimento do instituto da arbitragem?

Considerando-se que tais mudanças não revelam qualquer vantagem, nem mesmo por, supostamente, conferirem maior celeridade ao processo judicial, pode-se afirmar que a resposta para a indagação acima é, inadvertidamente, sim!

Sim, porque, processualmente falando, a modificação reduz uma questão preliminar, isto é, que antecede a matéria de mérito em contestação e que, por isso mesmo, visa à regularização do processo, impedindo o seu julgamento até que seja decidida, à uma questão de defesa indireta, que, a rigor, só compreende matéria de caráter dilatório ou peremptório.

Demais disso, se o controle judicial acerca da existência e validade da convenção de arbitragem, em conformidade com a jurisprudência firmada pelo STJ, vinha sendo realizado posteriormente ao do árbitro, com tal mudança este controle passa a ser feito em regime prévio ou prioritário, aniquilando, pois, qualquer possibilidade de manifestação sua a esse respeito, caso o procedimento arbitral não tenha sido instaurado (Projeto de Lei nº 6.025/2005, Art. 347, Parágrafo Único).

IV. A Análise – leia-se controle - Judicial da Convenção de Arbitragem

Observe-se, nesse tocante, que a premissa corrente, adotada por diversos países e, aqui no Brasil, referendada pelo princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, é a de que este Poder (sempre) poderá exercer algum tipo de controle acerca da existência e da validade da convenção de arbitragem.

O ponto nodal da quaestio vexata reside, no entanto, em se saber de que modo esse controle é feito, uma vez que repercutirá, diretamente, na aplicabilidade do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, na aceitação da decisão dos árbitros quanto à determinada cláusula arbitral, sua existência, validade e etc.

Nesse sentido, além do regime de análise *prima facie*, que dispõe que o Judiciário pode analisar de modo sumário as convenções de arbitragem, quase que *in statu assertiones* ou conforme o alegado, destacam-se duas outras tendências, assumidas pelos Poderes Judiciários dos Estados Unidos e da França.

Quanto ao primeiro, o foco é verificar se todo o contrato no qual está inserida a cláusula compromissória é objeto de contestação ou se a controvérsia cinge-se, única e exclusivamente, à cláusula compromissória em si. Neste caso, a tese mais aceita, em geral, é a de que, uma vez arguida a invalidade total do contrato, deverá a definição sobre a jurisdição para a solução da controvérsia ser submetida aos árbitros. Todavia, se a alegação de invalidade se restringe à cláusula compromissória, o Poder Judiciário é quem deve decidir se irá reter para si (ou não) a jurisdição sobre a decisão a respeito da existência e validade da cláusula de arbitragem.

Por sua vez, o Poder Judiciário Francês adota um entendimento com finsas no princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, mais liberal do que o adotado pelo Judiciário Americano e que, por conseguinte, estimula muito mais a arbitragem, de modo que, quando determinado conflito é submetido ao Judiciário, a tendência dos magistrados franceses é a de só reterem a jurisdição no caso de identificarem nulidade patente na cláusula arbitral. Do contrário, submetem a contenda à arbitragem.

Em outras palavras, enquanto a escola americana considera que a análise acerca da validade de determinada cláusula arbitral pode ser realizada pelo Judiciário, que, ademais,

estipula quais as questões que deverão ser dirimidas pelos árbitros, a escola francesa parte da premissa de que essa análise só deve ser feita pelo Judiciário após o encerramento do processo arbitral e, mesmo assim, se a arbitragem ainda não tiver sido instituída ou se a cláusula for manifestamente nula, nos termos do artigo 1.448 do *Code de Procedure Civile*.

Não é a toa que, recentemente, o Tribunal de Comércio de Versailles, depois de declarar-se competente para dirimir litígio envolvendo duas empresas e dois contratos distintos, sendo o primeiro submetido à lei da Califórnia/EUA e firmado em março de 2007, com cláusula compromissória, e o segundo celebrado em setembro de 2007, porém, submetido à lei francesa e com cláusula de eleição de foro, acolheu Exceção de Incompetência apresentada por uma das empresas litigantes, declarando-se incompetente para tanto, em favor da jurisdição arbitral.

Tal decisão foi fundamentada no citado artigo 1448, que, em suma, determina que a justiça arbitral é a única competente para apreciar a sua própria competência e que a jurisdição estatal só pode se declarar competente se a jurisdição arbitral for manifestamente incompetente.

Note-se que, apesar das dúvidas existentes quanto ao contrato que, de fato, deveria reger as relações mantidas entre aquelas empresas, decidiu-se que apenas a justiça arbitral poderia julgar a questão, cabendo à ela decidir, também, qual contrato regeria essas relações e, conseqüentemente, se seria competente (ou não) para solucionar dito litígio.

Essa, aliás, é a *mens legis* do nosso sistema arbitral, cuja evolução, pelo visto, está, seriamente, ameaçada pelo Novo Código de Processo Civil.

V. Conclusão

Nessa ótica e conforme assinalado pelo E. Ministro Sidnei Benneti em voto proferido no julgamento do REsp 1.302.900/MG, de sua relatoria, o que se tem que ter em mente é que “(...) a Lei 9.307/96 fortaleceu a cláusula compromissória, eliminou a necessidade de homologação do laudo arbitral e, por último, disciplinou a

homologação pelo Supremo Tribunal Federal (competência hoje atribuída a este Superior Tribunal de Justiça) da sentença arbitral estrangeira, afastando a necessidade de dupla homologação”, pelo que qualquer retrocesso nesse tocante constituiria rematado absurdo.

Pior ainda se esse retrocesso atinge questão da mais alta importância, consubstanciada na apreciação da validade da convenção de arbitragem.

Afinal, não é porque a Lei 9.307/96, em seu art. 33, prevê a possibilidade de anulação judicial da sentença arbitral, inclusive, em sede de embargos do devedor, que se pode subverter essa ordem e, tal como preconizado pela regra inserta nos artigos 346 e 347 do Projeto de Lei nº 6.025/2005, permitir-se que o Poder Judiciário se imiscua na análise da convenção de arbitragem antes mesmo que o árbitro o faça.

Sobre o tema, Luiz Antônio Scavone Júnior, ao comentar o artigo 8º da Lei 9.307/96, adverte que:

“O significado do dispositivo, portanto, indica que qualquer alegação de nulidade do contrato ou da cláusula arbitral, diante de sua existência e seguindo o espírito da lei, deve ser dirimida pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário.

A lei pretendeu, neste sentido, “fechar uma brecha” que permitia às partes, sempre que alegassem a nulidade de sentença arbitral ou do contrato, ignorar o pacto de arbitragem e acessar o Poder Judiciário para dirimir o conflito.

Em resumo, ainda que o conflito verse sobre a nulidade do próprio contrato ou da cláusula arbitral, a controvérsia deverá ser decidida inicialmente pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário, ainda que as partes tenham resilido bilateralmente o contrato e a controvérsia sobre o distrato.”

(In “Manual de Arbitragem”, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87).

Logo, mesmo na hipótese do referido art. 347, em que o procedimental arbitral não foi instaurado, nada justifica que o Magistrado possa decidir questão relativa à competência do árbitro, pois isso, na voz, por exemplo, do E. Ministro Sidnei Sanches, *configuraria um salto sobre a arbitragem, prejudicando-a em prol da judicialização da discussão* (REsp 1.302.900/MG).

Nem se alegue que esse poder conferido ao Magistrado (só) teria cabimento, justamente, nas hipóteses de não instauração do procedimento arbitral, porquanto o art. 20 da Lei de Arbitragem já prevê, de modo expresso, que “a parte que pretender arguir (...) nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”.

De modo, portanto, a não contrariar o espírito da Lei 9.307/96 e, em especial, a determinação expressada pelo seu artigo 8º, Parágrafo Único, só resta aos operadores do direito, quando se virem diante de uma situação dessa natureza, fazerem valer os enunciados extraídos do encontro realizado pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em maio de 2004, que assim dispõem sobre os seguintes artigos presentes no Projeto de Lei nº 6.025/2005:

- Artigo 345 - “Quando o juízo estatal que receber a demanda não tiver competência territorial e houver alegação de existência de convenção de arbitragem, a definição da competência do juízo estatal é prejudicial à análise da convenção de arbitragem;
- Artigos 346 e 347 – “A alegação de convenção de arbitragem deverá ser examinada à luz do princípio da competência-competência”;
- Art. 350 – “Na hipótese de não alegação de convenção de arbitragem mesmo diante de arbitragem em curso, a questão se resolverá com base no princípio da boa-fé objetiva”.