

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO SISTEMA BRASILEIRO - UMA RELEITURA A PARTIR DA OBRA DE SERGIO LA CHINA

Humberto Dalla Bernardina de Pinho*

Marcelo Mazzola**

1. Convenção de arbitragem. 1.1 Considerações introdutórias. 2. Cláusula compromissória. 2.1 Espécies de cláusula compromissória. 2.2 Cláusula compromissória em contrato de adesão. 2.3 O convite para iniciar o procedimento arbitral. 2.4 Acionamento forçado da cláusula compromissória. 2.5 A autonomia da cláusula compromissória. 3. O compromisso arbitral. 3.1 Modalidades de compromisso arbitral. 3.2 Requisitos formais do compromisso arbitral. 3.3 Extinção do compromisso arbitral. 4. O princípio da competência-competência. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO



Como se sabe, a arbitragem é uma forma alternativa de resolução de conflitos paralela à jurisdição estatal. São vias distintas, autônomas e independentes, mas que se interconectam em muitas situações.

* Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio. Martin-Flynn Global Law Professor at University of Connecticut School of Law. Diretor Acadêmico e Professor Emérito da Fundação Escola do MPRJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Vice-Presidente de Propriedade Intelectual do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Professor de Processo Civil da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador de Processo Civil da Escola Superior de Advocacia (ESA/RJ). Advogado.

Como destaca Sergio La China¹, diferentemente da jurisdição estatal, na arbitragem “*sono le parti della controversia a scegliere liberamente coloro che dovranno deciderla – gli arbitri, appunto –; sono le parti a conferire ad esse il potere ed autorità di rendere tal decisione, nonché a compensarli per la loro attività.*”

Não se pode olvidar que, embora a jurisdição seja uma, o exercício jurisdicional pode ser compartilhado, o que nos permite falar em uma *rede jurisdicional colaborativa*.²

Nesse particular, a cooperação deve existir entre todos os órgãos jurisdicionais instados a desempenharem qualquer atividade no processo³, inclusive nas relações internacionais e institucionais, garantindo maior coesão, integridade e unicidade sistêmica.

De fato, é fundamental essa rede jurisdicional de auxílio, apoio e interação, dentro de um sistema multiportas projetado de forma a obter, de modo harmônico⁴, o máximo de efetividade

¹ LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 3.

² Há muito, a ideia de jurisdição não pode mais ser compreendida como a atividade exclusivamente estatal, seja em razão do caráter jurisdicional da arbitragem (arts. 3º, § 1º, e 42 do CPC/15), seja pela notória evolução dos métodos adequados de resolução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação, considerados verdadeiros equivalentes jurisdicionais.

³ Nas palavras de Leonardo Greco: “todos são detentores do poder jurisdicional do Estado e, por isso, plenamente aptos a praticar com eficácia todos aqueles atos processuais que não dizem respeito à esfera jurídica de competência de cada um, mas que são comuns a todos os órgãos jurisdicionais”. GRECO, Leonardo. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009, p. 35.

⁴ “O convívio harmônico dos juízos arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. Na escala de apoio do Judiciário à arbitragem, ressaí como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de arbitragem quedaria inócua.” STJ, REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, DJe 22/2/2016 (Informativo n. 577). No mesmo sentido CC 157.099/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Red. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2018: “As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua

em cada situação.⁵

Há muito Sergio La China⁶ já aventava a possibilidade de interconexão entre as vias arbitral e judicial: “*sono, questi due mondi in contrasto tra loro, ed in tal caso quale deve prevalere sull’altro, o possono coesistere, e come ed a che condizioni?*”

Com efeito, são muitos os atos processuais típicos que podem ser realizados em cooperação⁷ entre o árbitro (carta arbitral para intimação de testemunha; cumprimento forçado de sentença arbitral, etc.).

Da mesma forma, é inegável interconexão existente entre as vias jurisdicionais (ação anulatória de sentença arbitral; ação para a lavratura do compromisso arbitral; concessão de tutelas de urgência sujeitas à confirmação pelos árbitros, entre outros).

Além disso, é possível pensar na realização de atos concertados entre o Juízo Arbitral e o Poder Judiciário (art. 69, IV, do CPC /15), que podem consistir, por exemplo, no estabelecimento de procedimento para a) a prática de citação, intimação ou notificação de ato; b) a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; c) a efetivação de tutela provisória; d) a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; e) a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; f) a centralização de processos repetitivos; e g) a execução de decisão jurisdicional.

Em resumo, é inegável a interface e a necessidade de convivência harmônica entre o Judiciário e o Juízo Arbitral⁸.

convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta”.

⁵ É possível falar em um verdadeiro microssistema de resolução de conflitos, facultando-se ao cidadão um “cardápio de medidas” ou uma “caixa de ferramentas”, que compreende a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e a própria jurisdição estatal. A ideia é oferecer ao jurisdicionado a providência mais apropriada para determinado tipo de conflito.

⁶ LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*, p. 18.

⁷ MAZZOLA, Marcelo. *Tutela Jurisdicional Colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. CRV: Curitiba, 2017.

⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral. *Revista*

1. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

1.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Convenção de arbitragem é o ajuste pelo qual as partes capazes acordam em submeter a solução de um conflito envolvendo direito disponível ao juízo arbitral.

Como explica Sergio La China⁹, a convenção de arbitragem é “*l'accordo scritto con il quale le parti obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune delle controversie che sono sorte o potrebbero sorgere tra di esse riguardo ad un rapporto giuridico determinato, contrattuale o non contrattuale, relativo ad una questione suscettibile d'esse definitiva per via arbitrale*”.

De um modo geral, as partes podem inserir num contrato convenções de mediação, arbitrais ou mesmo processuais, além das chamadas cláusulas híbridas ou escalonadas, nas quais duas ferramentas são, desde logo, escolhidas, em ordem sequencial.

Também é possível convencionar que parte do litígio será levada à arbitragem¹⁰ e parte à via judicial, com ou sem

Eletrônica de Direito Processual – REDP. Setembro a Dezembro de 2017, pp. 198-218.

⁹ LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁰ Para Sergio La China, existem algumas vantagens na escolha da via arbitral em detrimento da jurisdição estatal: “*che cosa veramente può rendere più appetibile per le parti di una controversia la via via arbitrale alla via giudiziaria? Si risponde di solito a questa domanda così: maggiore rapidità, maggiore semplicità, maggiore riservatezza: ma, senza essere errata, questa risposta è incompleta. (...) Il vantaggio dell'arbitrato sul giudizio non è dunque tanto nella durata in sé e per sé, nella quantità di mesi e anni, ma essenzialmente nel fatto che resta alle parti il controllo della durata, attraverso il formidabile potere che esse hanno no solo di determinare un diverso termine di pronunzia del lodo, ma soprattutto di prorogarlo. (...) Ma a nostro avviso il maggiore e più sicuro vantaggio della procedura arbitrale sta nella molto maggior probabilità che l'arbitro abbia familiarità, giudica e pratica con la materia controversa, che parta da una misura di conoscenza del tipo dei problemi che dovrà affrontare e risolvere molto maggiore di quella del giudice.*” LA CHINA, Sergio. *Op. Cit.*, pp. 30-31.

prévia mediação¹¹.

As partes podem, ainda, eleger um foro para resolução de determinadas questões, mesmo que tenham optado pela solução do caso pela via arbitral. É o caso, por exemplo, da cláusula de eleição de foro para a efetivação de medidas urgentes, para o cumprimento de sentença arbitral ou para a propositura de eventual ação anulatória. Verifica-se, assim, ser plenamente possível a convivência entre convenção de arbitragem e cláusula de eleição de foro.

Ademais, mesmo que já escolhida a via judicial ou arbitral, podem as partes, de comum acordo, reavaliar a escolha realizada e suspender o procedimento a fim de se submeter a um procedimento de mediação ou de conciliação.

Finalmente, é possível a convenção de arbitragem mesmo quando já exista título executivo extrajudicial acerca da obrigação¹².

A convenção de arbitragem, portanto, admite as seguintes classificações:

a) quanto ao objeto: pode ser total ou parcial;

b) quanto ao momento: pode ser originária ou superveniente (tendo em vista o início do litígio).

O mais importante, sem dúvida, é que a convenção seja o produto da manifestação de vontade livre e desembaraçada das partes. Nesse sentido, é preciso que ambas tenham pleno

¹¹ “É válida a cláusula compromissória que excepcione do juízo arbitral certas situações especiais a serem submetidas ao Poder Judiciário. Isso porque, a Lei nº 9.307/1996 não exige, como condição de existência da cláusula compromissória, que a arbitragem seja a única via de resolução admitida pelas partes, para todos os litígios e em relação a todas as matérias”. REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016 (Informativo nº 577). No mesmo sentido: “Não há vedação, na ordem jurídica brasileira, para que a resolução dos conflitos das diversas obrigações de um contrato sejam cindidos, de forma que parte seja resolvida por arbitragem e parte seja submetida ao Poder Judiciário.” SEC 11106/EX, Rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 21/06/2017.

¹² Enunciado FPPC nº 544. Admite-se a celebração de convenção de arbitragem, ainda que a obrigação esteja representada em título executivo extrajudicial.

conhecimento das consequências da opção pela arbitragem.

Como destaca Sergio La China¹³, *“l’arbitrato è un istituto che si fonda e regge sulla volontà delle parti; e l’atto in cui tale volontà se denomina ‘convenzione arbitrale’ e assume tradizionalmente due forme distinte: compromesso, clausola compromissoria.”*

Com efeito, o art. 3º da Lei de Arbitragem admite duas espécies de convenção arbitral¹⁴:

- a) a cláusula compromissória;
- b) o compromisso arbitral.

Vamos examinar cada uma dessas modalidades.

2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O art. 4º da Lei de Arbitragem define a cláusula compromissória como a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.¹⁵

Para Sergio La China¹⁶, a cláusula compromissória é aquela *“inserita nel contratto stipulato dalle parti o in un atto separato con la quale esse stabiliscono che siano decise da arbitri le controversie nascenti dal medesimo contratto: nascenti, cioè eventuali, possibili, future, no ancora sorte e prive ancora de un oggetto preciso (...) in sostanza, se tratta di una scelta anteriore alle liti per il sorgere delle quali il contratto potrebbe essere occasionare e materia.”*

A cláusula compromissória, embora tenha natureza contratual, não esgota sua eficácia no direito civil. Na verdade, trata-

¹³ LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁴ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹⁵ Em sentido semelhante, o art. 853 do Código Civil assim dispõe: Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

¹⁶ LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*, p. 28.

se de cláusula híbrida, na medida em que, além de concretizar a cláusula *rebus sic stantibus*, tem o condão de afastar o julgamento pelo Poder Judiciário, a menos que ambas as partes se arrependam do avençado e realizem um distrato.

Do ponto de vista formal, a cláusula deve ser sempre estipulada por escrito, embora possa estar inserta no bojo do contrato principal ou em documento apartado conexo, como estatui o § 1º do art. 4º.

Ao redigir a cláusula, os contratantes podem ou não instituir algum tribunal arbitral ou entidade especializada. Nesse caso, se ocorrer a necessidade de instauração da jurisdição arbitral, a instauração do procedimento e o respectivo processamento realizar-se-ão de acordo com as respectivas regras internas da instituição escolhida.

Trata-se da chamada arbitragem institucional, que possui inúmeras instituições especializadas, inclusive em âmbito internacional, como a *American Arbitration Association (AAA)* e a *International Chamber of Commerce (ICC)*. No Brasil, podemos identificar instituições como o *Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA)*, a *Câmara de Comércio Brasil Canadá (CCBC)*, a *Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB)*, entre outros.

Como destaca Sergio La China¹⁷, as instituições arbitrais oferecem “*agli associati questo servizio, tendendo pronte liste di potenziali arbitri tra cui scegliere i nomi preferiti, apprestando una struttura segretariale, ponendo a disposizione locali, detestando regolamenti d'arbitrato per disciplinare in modo uniforme tutte le procedure che si avviino in esse.*”

Sob outro prisma, as partes também poderão estabelecer na própria cláusula ou em documento diverso a instituição de uma arbitragem *ad hoc*. Nessa hipótese, todo o procedimento de arbitragem deve ser customizado pelas partes.

Cabe destacar que a cláusula compromissória reveste-se

¹⁷ LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*, p. 5.

de força vinculante ou cogente. Além de ser obrigatória entre os contratantes, é autônoma em relação ao contrato em que é inserida, de modo que a eventual nulidade do contrato não implicará a sua nulidade, como será visto a seguir.

Desse modo, uma vez eleita a via arbitral, as partes não mais poderão recorrer ao Judiciário, salvo em caso de dolo ou nas hipóteses previstas na Lei de Arbitragem para invalidação da sentença arbitral, como, por exemplo, a ação anulatória (art. 33, § 1º) e a impugnação apresentada na fase de cumprimento de sentença (art. 33, § 3º), observando-se, evidentemente, os requisitos legais

2.1 ESPÉCIES DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A cláusula compromissória compreende uma obrigação de fazer, isto é, de instaurar um procedimento arbitral quando surgir o litígio relativo ao objeto do contrato.

A cláusula pode ser cheia/determinada (quando estiverem presentes todos os elementos essenciais para a instituição da arbitragem, que poderá ou não se vincular às regras de algum órgão institucional ou entidade especializada), ou vazia/indeterminada (quando tais elementos não estiverem contemplados, ficando sua estipulação diferida para o momento em que a arbitragem efetivamente se mostre necessária). Nesse último caso, eventual controvérsia sobre as regras e condições da arbitragem deverá ser dirimida pelo Poder Judiciário (art. 7º da Lei de Arbitragem), lavrando-se o respectivo compromisso arbitral.

2.2 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CONTRATO DE ADESÃO

Na forma do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória, nos contratos de adesão, só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou

concordar, expressamente, com a sua instituição.

É possível perceber, aqui, uma preocupação específica do legislador com a vulnerabilidade do aderente. Dessa forma, a ratificação da sua manifestação de vontade tem natureza jurídica de condição de eficácia.

Ademais, a segunda parte do dispositivo traz um requisito formal. Com efeito, nesses contratos de adesão, a cláusula compromissória deve estar grafada em negrito ou em documento anexo, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Importante salientar que os contratos de adesão não tratam, necessariamente, de relações consumeristas. Nesse sentido, o STJ¹⁸ já reconheceu que o contrato de franquia não está sujeito ao CDC. Contudo, se a cláusula compromissória não observar os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, tal convenção pode ser declarada nula¹⁹.

Vale notar que o STJ²⁰, em recente oportunidade,

¹⁸ “O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 1602076/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016).

¹⁹ “No caso dos autos, o Tribunal de origem reconheceu tratar-se de contrato de adesão, a exigir a presença dos requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, no caso, não atendidos. A alteração de tal conclusão demandaria o reexame das provas acostadas aos autos e a interpretação de cláusulas contratuais, providência vedada em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas 5 e 7 do STJ. Agravo interno não provido.” (AgInt no AgInt no AREsp 1029480/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 20/06/2017).

²⁰ “A matéria discutida no âmbito da Convenção de condomínio é eminentemente institucional normativa, não tendo natureza jurídica contratual, motivo pelo qual vincula eventuais adquirentes. Diz respeito aos interesses dos condôminos e, como tal, não se trata de um contrato e não está submetida às regras do contrato de adesão. Daí a desnecessidade de assinatura ou visto específico do condômino. 3. Diante da força coercitiva da Convenção Condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes. Por consequência, os eventuais conflitos condominiais devem ser resolvidos

examinando a cláusula arbitral inserida em convenção de condomínio, decidiu pelo seu caráter vinculante, embora tenha ressaltado não se tratar de contrato de adesão, mas sim de disposição institucional.

No caso dos contratos de adesão envolvendo relações de consumo, o STJ já teve oportunidade de examinar a questão e adotou posição intermediária, buscando a compatibilização entre o art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem e o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor²¹.

Aliás, essa era a redação do art. 4º, § 3º introduzido na Lei nº 9.307/96 pela Lei nº 13.129/2015, dispositivo que acabou sendo vetado²² pela Chefia do Executivo²³.

Mais recentemente, o STJ²⁴ sistematizou a questão da arbitragem envolvendo direitos consumeristas, admitindo a

por arbitragem. 4. Havendo cláusula compromissória entabulada entre as partes elegendo o Juízo Arbitral para dirimir qualquer litúgio envolvendo o condomínio, é inviável o prosseguimento do processo sob a jurisdição estatal". Recurso Especial nº 1.733.370/GO. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Redator para Acórdão: Min. Moura Ribeiro. J. em 26 de junho de 2018. DJe 31.08.2018.

²¹ "(...) Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso." STJ, REsp 1189050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 14.03.2016.

²² Como razões de veto, foram apresentados os seguintes argumentos: "Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor." Texto integral em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm, acesso em 20 de setembro de 2018.

²³ "§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição."

²⁴ REsp 1.753.041/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 21.09.2018.

convivência, em harmonia, de três regramentos de diferentes graus de especificidade:

(i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal;

(ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e

(iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.

Finalmente, o § 4º²⁵ do art. 4º, também vetado²⁶, tratava do cabimento de arbitragem em relações de trabalho. Contudo, não obstante esse veto, a matéria acabou sendo positivada recentemente pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou a CLT.

Como visto, o art. 507-A dispõe que “nos 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 a instauração do procedimento se dê por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa”.

²⁵ “§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.”

²⁶ O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, restringiria sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação, acabando por realizar uma distinção indesejada entre empregados. Havia, assim, um risco para eventuais trabalhadores submetidos ao processo arbitral.

2.3 O CONVITE PARA INICIAR O PROCEDIMENTO ARBITRAL

Na hipótese de cláusula compromissória determinada (ou cheia), surgindo eventual conflito, basta o acionamento automático da câmara arbitral mencionada na respectiva convenção. Trata-se, portanto, de cláusula auto-executável.

Em linhas gerais, a parte interessada notifica a outra e apresenta a petição de instauração perante o tribunal arbitral²⁷, salvo se houver interesse em eventual composição amigável, o que pode ser ajustado pelas partes nesse ínterim, ou diante de eventual cláusula escalonada, que preveja, por exemplo, uma mediação antes do início do processo arbitral.

Contudo, caso tenha sido pactuada uma cláusula compromissória vazia/indeterminada – e também não tenha sido firmada posteriormente uma convenção de arbitragem –, os interessados deverão, nesse momento, se reunir para celebrar o pacto ou compromisso arbitral. Em regra, a parte interessada, na forma do art. 6º, manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem.

Essa intimação pode ser feita por via postal ou por outro meio de comunicação (por exemplo, por mensagem eletrônica), mediante comprovação de recebimento. Nesse caso, o objetivo da diligência será marcar dia, hora e local a fim de firmar o compromisso arbitral.

Havendo resposta positiva da parte notificada, o compromisso deve ser pactuado e o procedimento se inicia normalmente.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 6º prevê que, não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo,

²⁷ Art. 5º Reportando-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, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º da Lei de Arbitragem. Ou seja, o interessado será obrigado a acionar o Poder Judiciário.

2.4 ACIONAMENTO FORÇADO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O art. 7º da Lei de Arbitragem prevê que, existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso.

Esse dispositivo deve ser combinado com o art. 501 do CPC²⁸. Assim, o que se busca é uma decisão judicial que possa produzir os mesmos efeitos práticos do compromisso que deveria ter sido firmado pela parte recalcitrante.

Como se vê, trata-se de uma demanda judicial, que deverá observar subsidiariamente o procedimento comum, previsto no art. 318 e seguintes do CPC. Apresentada a petição inicial, deverá o magistrado examinar se os requisitos do art. 319 estão presentes.

Há aqui um requisito específico que deve ser preenchido, na medida em que o § 1º do art. 7º da Lei da Arbitragem cria para o autor o dever de indicar com precisão o objeto da arbitragem. Além disso, deve ser observado o art. 320 do CPC, diante da obrigatoriedade de ser acostado aos autos o documento que contém a cláusula de arbitragem.

Estando tudo em ordem, o juiz deve designar uma “audiência especial”. Nessa audiência, de acordo com o § 2º do art. 7º, comparecendo as partes, o juiz tentará, previamente, a conciliação. Mesmo que não obtenha sucesso, tentará ainda

²⁸ Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. Nessa última hipótese, de acordo com o § 3º, não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória.

Importante notar que esse mesmo § 3º determina ao magistrado, nesse momento, a observância dos artigos 10 (requisitos obrigatórios do compromisso) e 21, § 2º (respeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento). Ademais, caso a cláusula compromissória não tenha contemplado sequer o nome do árbitro, poderá o magistrado nomear árbitro único para solucionar o conflito, na forma do art. 7º, § 4º.²⁹

Não se pode perder de vista que o objeto dessa demanda é, apenas, proferir um provimento que faça as vezes do compromisso. Não cabe ao juiz adentrar ao mérito da causa e decidir o mérito da controvérsia.

Outra questão que vale ser pontuada diz respeito à ausência injustificada do autor a essa “audiência especial”. Ao contrário da regra adotada pelo § 8º do art. 334 do CPC (imposição de sanção pecuniária no montante de 2 % do valor da causa), o § 5º do art. 7º da Lei de Arbitragem impõe como sanção para essa situação a extinção do processo sem resolução do mérito, tal qual ocorre na sistemática dos Juizados Especiais Cíveis (art. 51, inciso I, da Lei nº 9.099/95).

Por outro lado, a ausência do réu indica o seu desinteresse em operacionalizar o início da arbitragem, sendo que o § 6º do art. 7º determina que, nessa situação, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

²⁹ Se houver referência à instituição arbitral na convenção de arbitragem, o magistrado pode seguir o respectivo regramento, sempre que houver previsão, por exemplo, de árbitro único em razão do valor da causa.

Finalmente, o § 7º do art. 7º estabelece que a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. A partir daí, o procedimento arbitral poderá ser iniciado.

2.5 A AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O caput do art. 8º da Lei de Arbitragem traz a regra da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver inserta. Através dela, as partes direcionam o conflito à via arbitral, excluindo a tutela conferida pelo Estado-Juiz³⁰.

Como já mencionado, a nulidade do contrato não acarreta a nulidade da cláusula compromissória.

De certa forma, a previsão legal confere uma esfera de imunidade à cláusula e reforça a ideia do *pacta sunt servanda*, ou seja, a convenção de arbitragem deve ser honrada, ainda que outras cláusulas do contrato venham a inquinadas de vício.

3. O COMPROMISSO ARBITRAL

O Compromisso arbitral é o acordo realizado após o surgimento do conflito. Ele independe da pré-existência da cláusula compromissória. Nas palavras de Sergio La China³¹, o compromisso ocorre quando “*le parti de un dato rapporto o situazione sostanziale vogliono far decidere da arbitri una*

³⁰ Pedro Batista Martins, em texto dedicado ao estudo da cláusula compromissória, salienta que, como prevê a lei brasileira, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta e, dessa forma, não deverá ser contagiada por vícios de nulidade, por invalidade ou mesmo inexistência do próprio contrato. Encontra-se a convenção, por ficção jurídica, em outro quadrante das relações. Não se sujeita à regra da acessoriedade, pois no mesmo nível do contrato principal. Apesar de formalmente inserido no âmbito do contrato, dele se destaca o ajuste arbitral para fins e efeitos de sua validade e execução. MARTINS, Pedro Batista. Autonomia da Cláusula Compromissória. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria>. Acesso em: 25 fev. 2019.

³¹ LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*, p. 28.

specifica controversia che tra loro ne è insorta, attuale, già esistente.”

O compromisso, portanto, pode ser realizado em duas hipóteses:

a) no caso de cláusula compromissória indeterminada no contrato, uma vez estabelecido o conflito, as partes podem ajustar as regras e as condições da arbitragem por meio de um compromisso arbitral.

b) na ausência de cláusula compromissória no contrato, as partes, diante de eventual conflito, podem pactuar diretamente as regras da disputa, elegendo a via arbitral.

Em ambos os casos, devem ser convenccionados todos os elementos da arbitragem, permitindo-se o início do procedimento.

3.1 MODALIDADES DE COMPROMISSO ARBITRAL

O compromisso arbitral pode ser judicial, quando celebrado perante a autoridade judiciária, tomado por termo nos autos³².

Também pode ser extrajudicial. Nessa hipótese, ele é celebrado fora de qualquer relação processual, normalmente antes do ajuizamento da ação. O compromisso extrajudicial admite duas espécies, de acordo com o rigor formal que se queira emprestar ao ato. Nesse sentido, o art. 9º, § 2º dispõe que ele poderá ser formalizado:

- a) mediante instrumento público; ou
- b) por instrumento particular, devendo, nesse caso, conter, ainda, a assinatura de duas testemunhas.

³² Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

3.2 REQUISITOS FORMAIS DO COMPROMISSO ARBITRAL

Os arts. 10 e 11 tratam dos requisitos formais do compromisso. O primeiro dispositivo se refere aos requisitos obrigatórios, ao passo que o segundo cuida dos facultativos.

Nesse sentido, segundo o art. 10, são requisitos obrigatórios:

- a) a qualificação das partes que pretendem levar sua contenda ao procedimento arbitral;
- b) qualificação do árbitro e a identificação da instituição encarregada da indicação do árbitro, se for o caso;
- c) a identificação da matéria objeto da arbitragem; e
- d) o local em que será proferida a sentença arbitral.

Chama a atenção – nesse dispositivo – a precisão do objetivo da arbitragem, eis que a ausência e/ou inobservância dessa delimitação pode levar a anulação da sentença. Não raras vezes o contrato disciplina uma relação complexa, com diversas obrigações de parte a parte. É muito importante, portanto, que não paire qualquer dúvida quanto à identificação exata da matéria disponível que será levada ao exame do árbitro.

Ademais, o compromisso pode estar sujeito a requisitos facultativos, que estão descritos no art. 11. São eles:

- a) a identificação do local onde se desenvolverá a arbitragem;
- b) a autorização para que o árbitro julgue por equidade, se assim for convencionado pelas partes, na forma do art. 2º;
- c) o prazo para que a sentença arbitral seja proferida;
- d) a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- e) a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

f) a fixação dos honorários do árbitro ou dos árbitros.

Por sua vez, o parágrafo único traz regra que contribui para a efetividade e celeridade da cobrança desses honorários, estabelecendo que, caso haja alguma dificuldade na percepção desse valor, o documento já constituirá, desde logo, título executivo extrajudicial, na forma do art. 784 do CPC.

3.3 EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL

O art. 12 da Lei traz três hipóteses que devem conduzir a extinção do compromisso arbitral.

A primeira delas é no caso da escusa do árbitro – antes de aceitar a nomeação –, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto. Não custa lembrar que, na forma do art. 19 (exploraremos o dispositivo mais adiante), a arbitragem só é considerada instituída a partir do momento em que é aceita a nomeação pelo árbitro.

Havendo a escusa, devem as partes indicar o substituto, a fim de que ele possa avaliar se aceitará ou não a nomeação. Contudo, em hipóteses excepcionais, podem as partes declarar, desde logo, que não têm interesse em aceitar substitutos. Seria algo como uma “arbitragem personalíssima”, ou seja, aquela que só poderia ser conduzida dentro dos padrões de qualidade impostos pelas partes, por determinado profissional.

A segunda hipótese de extinção trata do falecimento ou da impossibilidade do árbitro proferir seu voto, considerando-se que as partes também declararam anteriormente não aceitar substituto. O dispositivo se aplica aos casos em que o árbitro é acometido por uma doença superveniente que lhe causa deficiência de tal extensão que suas habilidades psicomotoras ficam comprometidas.

Obviamente, trata-se de situação bastante excepcional e delicada que deverá ser objeto de exame ou perícia médica, a fim de que as partes tenham a segurança jurídica necessária para

tomar sua decisão no sentido de encerrar o compromisso ou indicar um substituto.

Por fim, a terceira hipótese prevista no art. 12 trata da perda do prazo para a entrega da prestação jurisdicional. Isso ocorre quando o árbitro não entrega a sentença arbitral no prazo fixado pelas partes no compromisso ou no prazo indicado pelo regimento interno da câmara. Tal situação não é comum na prática, mas sua ocorrência tem o condão de criar prejuízos para as partes, seja do ponto de vista temporal, seja sob a ótica financeira. Da mesma forma, essa situação atinge a credibilidade do árbitro.

Cabe destacar, porém, que, para que a referida causa de extinção se verifique, é preciso que a parte interessada já tenha notificado o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

4. O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

O parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307/96 consagra um dos princípios mais importantes da arbitragem.

Tal princípio determina que cabe ao árbitro, de ofício ou mediante provocação das partes, reconhecer sua própria competência para julgar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória³³. Ou seja, compete primeiramente

³³ A sentença arbitral produz entre as partes envolvidas os mesmos efeitos da sentença judicial e, se condenatória, constitui título executivo. Além disso, tão somente após a sua superveniência é possível a atuação do Poder Judiciário para anulá-la, nos termos dos artigos 31, 32 e 33 da Lei n. 9.307/1996. (...) Consigne-se, além disso, que vige, na jurisdição privada, o princípio basilar do kompetenz-kompetenz, consagrado nos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, que estabelece ser o próprio árbitro quem decide, em prioridade com relação ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória. A partir dessa premissa, o juízo arbitral se revela o competente para analisar sua própria competência para a solução da controvérsia. Negar aplicação à convenção de

ao árbitro decidir a respeito de sua própria competência (art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem)³⁴.

Há muito Sergio La China³⁵ já destacava que “*gli arbitri dei quali si voglia contestar la fonte prima del loro potere do giudicare contestando la validità, contenuto o ampiezza della convenzione arbitrale e la regolarità del loro costituirsi in organo giudicante sono essi in via primaria i giudici del proprio potere, sia per quanto riguarda la regolarità della loro investitura, vista come condizione assoluta della loro competenza, sia quanto alla existência, validità ed eficácia della convenzione arbitrale, ivi inclusa anche la arbitrabilità della materia controversia*”.

Aliás, o CPC, em boa hora, disciplinou expressamente a questão, prevendo que o juiz não resolverá o mérito quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (art. 485, VII)³⁶.

arbitragem significa, em última análise, violar o princípio da autonomia da vontade das partes e a presunção de idoneidade da própria arbitragem, gerando insegurança jurídica. REsp 1.550.260-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. Ac. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por maioria, julgado em 12/12/2017, DJe 20/03/2018.

³⁴ “Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em acordo judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo.” STJ, REsp 1.302.900/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgamento em 09.10.2012. No mesmo sentido: “É de se reconhecer a inobservância do art. 8º da Lei n. 9.307/1996, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da Komptenz Komptenz, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. STJ, CC 146.939/PA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, DJe 30.11.2016.

³⁵ LA CHINA, Sergio. *Op. cit.*, p. 65.

³⁶ Enunciado FPPC n° 153 - (art. 485, VII) A superveniente instauração de procedimento arbitral, se ainda não decidida a alegação de convenção de arbitragem, também implicará a suspensão do processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência. Enunciado FPPC n° 434 - (art. 485, VII): O reconhecimento da

Com isso, se o árbitro reconhecer a sua competência, havendo ação judicial em curso versando sobre o mesmo tema, deverá o juiz julgar extinto o feito, sem resolução de mérito.

Esclareça-se que o controle da validade da convenção de arbitragem poderá ser feito pelo Judiciário, mas somente no caso de futura ação anulatória da sentença arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem, o que será abordado mais adiante).

Importante mencionar, ainda, que a existência de convenção de arbitragem deverá ser alegada pela parte em sede de contestação (art. 337, X, do CPC), sob pena de “aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral” (art. 337, § 6º). Significa dizer que o tema não pode ser analisado de ofício pelo juiz.

Vale consignar que contra a decisão que rejeitar a alegação de convenção de arbitragem caberá agravo de instrumento (art. 1.015, III, do CPC)³⁷, o que evidencia a preocupação do legislador infraconstitucional de permitir o rápido equacionamento da discussão sobre a via jurisdicional adequada, evitando uma futura – e indesejada – anulação de todo o processo judicial.

Por outro lado, nada impede que a alegação de existência de arbitragem seja feita antes da contestação. Na verdade, essa é uma alternativa que melhor se coaduna com os princípios da celeridade e da efetividade.

E isso não chega a ser uma novidade. É possível, inclusive, fazer um paralelo. Veja-se, por exemplo, a redação do parágrafo 3º do art. 340³⁸: se o réu, uma vez citado e intimado para

competência pelo juízo arbitral é causa para a extinção do processo judicial sem resolução de mérito.

³⁷ De acordo com o Enunciado 435 do FPPC, “cabe agravo de instrumento contra a decisão do juiz que, diante do reconhecimento de competência pelo juízo arbitral, se recusar a extinguir o processo judicial sem resolução de mérito.”

³⁸ Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico. (...) § 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.

a audiência do art. 334, alegar incompetência relativa ou absoluta do juízo, o CPC lhe faculta protocolar contestação no foro de seu domicílio, o que acarretará, dentre outras possíveis consequências, a suspensão da audiência de conciliação ou de mediação já designada por ocasião do recebimento da exordial.

Embora o dispositivo se refira, apenas, às hipóteses de incompetência, é possível fazer uma analogia e defender que também se aplica à convenção de arbitragem (partindo-se da ideia de que a competência é medida de jurisdição), *sobretudo se a arbitragem já estiver instaurada*, por força dos arts. 8º, parágrafo único, c/c 19 da Lei nº 9.307/96.

José Antonio Fichtner³⁹, ainda em momento anterior à vigência do CPC/15, já apontava a ineficiência da sistemática prevista pelo código no que se refere ao momento processual para a alegação de existência de convenção de arbitragem, que acabaria por transferir ao judiciário matéria que não deveria ser apreciada por ele.

Nesse particular, cumpre registrar que, ao menos em uma oportunidade, o TJ/SP já admitiu a apresentação dessa objeção por meio de petição autônoma⁴⁰, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas.

Nesse mesmo sentido, vale repisar o Enunciado nº 5 da I

³⁹ “É que no sistema que vai entrar em vigor, você entra com a ação, depois tem uma audiência de mediação. Não obtida a mediação, depois de um prazo, você oferece a sua contestação. Então, pelo que está proposto, você vai exigir que o juiz tenha, no conjunto de audiências de mediações que está fazendo, algo que não é da competência dele. E isso até ele verificar que de fato aquilo é para ser resolvido através de arbitragem e não pela via judicial. (...) Não faz sentido nenhum esperar seis meses para eliminar o que nunca deveria estar na frente do juiz”. FICHTNER, José Antonio. “Não é função da arbitragem impedir as pessoas de procurarem o Judiciário” [entrevista na internet]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/entrevista-jose-antonio-fichtner-especialista-arbitragem>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

⁴⁰ “Extinção do processo sem julgamento de mérito. Alegação pela ré de existência de convenção de arbitragem, que afasta a jurisdição estatal. Arguição feita por meio de exceção de incompetência, não em preliminar de contestação. Irrelevância. Instrumentalidade das formas”. TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação nº 1007793-08.2016.8.26.0100, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 22.02.2017, data de registro 23.02.2017.

Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, coordenada pelo Min. Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

Outra solução já aceita por parte da doutrina⁴² consiste na celebração de negócio jurídico processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem poderia ser feita por meio de simples petição, com a consequente interrupção ou suspensão do prazo para apresentação de contestação⁴³.

Nesse caso, as partes celebrariam negócio jurídico processual prévio⁴⁴ – no mesmo contrato do qual consta a cláusula compromissória ou um instrumento autônomo – determinando a forma e o momento em que a alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser apresentada na eventualidade de surgimento de litígio entre as partes e uma das partes ingressar em juízo.

Também no mesmo instrumento as partes disporiam sobre os seus efeitos com relação ao processo judicial (por exemplo: a suspensão ou interrupção do prazo para apresentação de contestação)⁴⁵.

⁴¹ “A arguição de convenção de arbitragem pode ser promovida por petição simples, a qualquer momento antes do término do prazo da contestação, sem caracterizar preclusão das matérias de defesa, permitido ao magistrado suspender o processo até a resolução da questão” Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/882>.

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. LOBO, Julia Araripe Leite. Os Negócios Jurídicos Processuais e a Alegação de Existência de Convenção de Arbitragem, in CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto Pinho Bernardina de (Orgs.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 37.

⁴³ Enunciado FPPP nº 580 - É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação.

⁴⁴ Nada impede que o negócio jurídico processual seja celebrado após o ajuizamento do processo. Embora isso pareça mais improvável, traria maior segurança jurídica às partes, na medida em que poderiam solicitar ao magistrado a designação de audiência especial para esse fim, ou poderiam fazê-lo na própria audiência do art. 334.

⁴⁵ FARIA, Marcela Kohlbach de. A arguição de existência de convenção de arbitragem no novo CPC e os negócios processuais. Disponível em:

A alegação de existência de convenção de arbitragem seria, então, analisada, e, caso se entendesse pelo acolhimento da alegação, o processo seria extinto sem resolução de mérito, cabendo à parte autora direcionar seu pleito à jurisdição arbitral, com a apresentação de requerimento de arbitragem.

Em resumo, a celebração de negócio jurídico processual visando à alteração do momento e da forma de alegação de existência de convenção de arbitragem materializa importante ferramenta capaz de compatibilizar o disposto no CPC/15 com os objetivos das partes ao decidirem submeter o conflito à jurisdição arbitral. Ainda que exista o risco de se alegar eventual preclusão consumativa, entendemos que a melhor interpretação caminha em sentido contrário⁴⁶.

Registre-se, por fim, que o juiz togado pode se antecipar, mediante provocação da parte interessada, e se declarar incompetente⁴⁷ para resolver questão objeto de convenção, mesmo que o árbitro não tenha ainda decidido sobre sua própria competência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”. Por sua vez, o CPC/15 dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

<<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/325669740/a-arguicao-de-existencia-de-convencao-de-arbitragem-no-novo-cpc-e-os-negocios-processuais>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

⁴⁶ Em sentido análogo, o enunciado 124 da II Jornada de Processo Civil: “Não há preclusão consumativa do direito de apresentar contestação, se o réu se manifesta, antes da data da audiência de conciliação ou de mediação, quanto à incompetência do juízo.”

⁴⁷ Enunciado FPPC n° 47. A competência do juízo estatal deverá ser analisada previamente à alegação de convenção de arbitragem.

Essa sutil alteração evidencia que, no processo civil contemporâneo, a decisão adjudicada, isto é, imposta pelo julgador às partes, não pode mais ser considerada como a única forma de pacificação social, devendo ser valorizados e incentivados os métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a conciliação, a mediação e a arbitragem (que, aliás, está expressamente prevista no CPC/15 – art. 3º, § 1º).

Com isso, a noção de jurisdição – antes vinculada essencialmente à atividade estatal – ganha novos contornos, podendo ser compreendida como o direito de acesso à justiça e efetiva solução do conflito. Aliás, há muito Leonardo Greco⁴⁸ já admitia que a jurisdição não precisa ser, necessariamente, uma função estatal.

É bem verdade que é difícil desatrelar a jurisdição do Estado, sobretudo porque haverá, em maior ou menor grau, a dependência do Estado, mormente no momento de exigir o cumprimento da decisão não estatal⁴⁹⁵⁰, preocupação esta que sempre foi observada por Sergio La China.

Sob esse prisma, a releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ter como fundamento o conceito

⁴⁸ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70. “a composição de litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, como os órgãos internos de solução de conflitos, estruturados dentro da própria Administração Pública, compostos de agentes dotados de efetiva independência, e até por sujeitos privados, seja por meio de arbitragem, seja pela justiça interna das associações”.

⁴⁹ “Assim como a normatividade não é monopólio do Legislativo, a realização do justo não é monopólio do Judiciário. Há lugar para a mediação, para a arbitragem, para a negociação, para o juiz de aluguel e outras modalidades de solução dos conflitos”. NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 100.

⁵⁰ “O sentido contemporâneo da palavra jurisdição é desconectado – ou ao menos não é acoplado necessariamente – à noção de Estado, mas antes sinaliza para um plano mais largo e abrangente, onde se não de desenvolver esforços para (i) prevenir formação de lides, ou (ii) resolver em tempo razoável e com justiça aquelas já convertidas em processo judiciais”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

moderno de acesso à justiça⁵¹, que não se limita ao acesso ao Judiciário, mas abrange a oportunidade de solucionar conflitos no âmbito privado, onde também devem estar garantidas a independência e a imparcialidade do terceiro que irá conduzir o tratamento do conflito⁵².

No caso da arbitragem, não é diferente, devendo ser respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96).

Existe, atualmente, à disposição dos jurisdicionados uma verdadeira “caixa de ferramentas”, que vai desde a negociação, passando pela conciliação e mediação (judicial e extrajudicial), a arbitragem e a própria jurisdição estatal. Tudo isso para, em conformidade com o princípio da adequação, oferecer a providência mais apropriada para o respectivo conflito.

Em resumo, a via judicial deve estar sempre aberta, mas isso não significa que deva ser acessada como primeira opção. Seu uso deve ser subsidiário, de forma a evitar a sobrecarga do sistema, o que leva, inexoravelmente, ao comprometimento da efetividade⁵³ e da celeridade⁵⁴ da prestação jurisdicional.

⁵¹ "O acesso à justiça não está vinculado necessariamente à função judicial e, muito menos, ao monopólio estatal da justiça. A terceira onda renovatória do processo civil tratou da ampliação do acesso à justiça, prestigiando métodos auto e heterocompositivos. Todavia, o Brasil ainda não alcançou essa terceira fase do processo civil, tendo em vista que prestigia somente o meio judicial de solução de conflito, confinando o acesso à justiça às portas dos tribunais, que abarrotados de processos, não garantem uma prestação jurisdicional eficiente". SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Proposta de reeleitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos*. 2014. Dissertação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 131.

⁵² GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 71.

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. *Op. cit.*, p. 51.

⁵⁴ “Nesse contexto, demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, tendem a se desenvolver outros procedimentos jurisdicionais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação, almejando alcançar a celeridade, informalização e pragmatividade”. SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Ijuí, 2010, p. 104.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto Pinho Bernardina de. (Orgs.) *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.
- FARIA, Marcela Kohlbach de. A arguição de existência de convenção de arbitragem no novo CPC e os negócios processuais. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/325669740/a-arguicao-de-existencia-de-convencao-de-arbitragem-no-novo-cpc-e-os-negocios-processuais>>. Acesso em: 5 fev. 2019.
- FICHTNER, José Antonio. "Não é função da arbitragem impedir as pessoas de procurarem o Judiciário" [*entrevista na internet*]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/entrevista-jose-antonio-fichtner-especialista-arbitragem>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO, Leonardo. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. III. Janeiro a Junho de 2009.
- LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*. 3. ed. Milano: Giuffré, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARTINS, Pedro Batista. Autonomia da Cláusula Compromissória. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao->

- vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/autonomia-da-clausula-compromissoria. Acesso em: 25 fev. 2019.
- MAZZOLA, Marcelo. *Tutela Jurisdicional Colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. CRV: Curitiba, 2017.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o Poder Judiciário e o Juízo Arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Setembro a Dezembro de 2017, pp. 198-218.
- SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Proposta de reeleitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos*. 2014. Dissertação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Ijuí, 2010.