

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

GUILHERME WITECK

**MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM: UMA REFLEXÃO SOBRE OS
LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL**

Passo Fundo

2019

GUILHERME WITECK

**MEDIDAS CAUTELARES NA ARBITRAGEM: UMA REFLEXÃO SOBRE OS
LIMITES SUBJETIVOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Sociais e Jurídicas, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestre Marlova Stawinski Fuga.

Passo Fundo

2019

A meu avô Renê Witeck, *in memoriam*, pelo exemplo de pessoa e compaixão.

Aos meus avós, Adyl, Maria e Irene, pelo incansável apoio e amor.

Aos meus pais, por serem os responsáveis por me darem o meu bem mais precioso: a vida.

Ao meu amor, Cassiane A. Camargo, pelo amor, carinho, companheirismo nos momentos delicados da vida.

RESUMO

Este trabalho versa sobre a complexa questão de terceiros e a arbitragem. Nesse tema, realiza-se um recorte e estudam-se as medidas cautelares no procedimento arbitral e seus possíveis efeitos a terceiros. Para isso, no primeiro capítulo, realiza-se uma abordagem da evolução da arbitragem no Brasil, revisitando os principais marcos históricos e legislativos sobre o tema até a promulgação da Lei n. 9.307 de 1996 – a Lei brasileira de Arbitragem. Em seguida, procede-se a uma análise dos regulamentos da principal câmara de arbitragem no Brasil quanto às suas disposições acerca das medidas cautelares. Ao final desse capítulo, aborda-se a aplicação do Código de Processo Civil ao procedimento arbitral. O segundo capítulo é dedicado ao estudo do poder jurisdicional, realizando-se um exame do juízo estatal e arbitral e sua relação atual no ordenamento jurídico pátrio. Ao final, a pesquisa circunda a Lei de Arbitragem brasileira no que diz respeito às medidas cautelares, aos limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória, ao entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Conclui-se que, atualmente, uma medida cautelar deferida pelos árbitros pode atingir terceiros que consentirem tacitamente com o compromisso arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem. Limites objetivos. Limites subjetivos. Medidas cautelares. Terceiros.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
1.1	A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	5
1.2	OS REGULAMENTOS	10
1.3	A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	12
2	PODERES JURISDICIONAIS	15
2.1	PODER JUÍZO ESTATAL.....	15
2.2	PODERES JURISDICIONAIS DO ÁRBITRO	18
2.3	RELAÇÃO ENTRE O JUÍZO ARBITRAL E O JUÍZO ESTATAL.....	21
3	TUTELA DE URGÊNCIA NA ARBITRAGEM E TERCEIROS	24
3.1	LEI DE ARBITRAGEM E A TUTELA DE URGÊNCIA	24
3.2	CARACTERÍSTICAS DA CONVENÇÃO ARBITRAL	29
3.3	TEORIAS QUE ESTENDEM A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM A TERCEIROS	39
4	CONCLUSÃO	42
	REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

O Poder judiciário atualmente não consegue solucionar os litígios de forma célere, eficiente e com respeito à razoável duração do processo – direito fundamental previsto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVIII. Esse fenômeno não é exclusividade do Estado brasileiro. A causa para essa dificuldade pode ser resumida em: aumento de conflitos levado ao judiciário e escassez de recursos financeiro e humano para atender à demanda.¹

Dessa maneira, tendo em vista essa realidade, soluções alternativas ao Poder Judiciário têm-se mostrado como uma eficiente e célere alternativa para a solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. No Brasil, nos últimos anos, houve um significativo aumento da utilização do instituto da arbitragem. Nesse contexto, o estudo do instituto da arbitragem pelo meio acadêmico torna-se fundamental ao seu desenvolvimento. Dessa maneira, este estudo objetiva proceder a uma investigação acerca do tema arbitragem e terceiros. Nesse tema, faz-se um recorte para a realização de uma investigação dos atuais contornos jurídicos das medidas cautelares no procedimento arbitral e terceiros. Assim, investiga-se a possibilidade e os efeitos da concessão de medidas cautelares em procedimento arbitral que venham a atingir terceiros que não tenham aderido à convenção arbitral de forma expressa. O tema foi escolhido devido à carência de estudos no que diz respeito a esse fenômeno complexo.

Ainda, nesse particular, há de se advertir que o legislador brasileiro se abstém de legislar sobre a figura do terceiro no procedimento arbitral. Dessa forma, o tema revela-se de suma importância para a ciência jurídica nacional. Portanto, através desta pesquisa, com auxílio da doutrina nacional e jurisprudência pátria sobre o tema, pretende-se colaborar com o tema, oferecendo um estudo do fenômeno jurídico e complexo que são as medidas cautelares em procedimento arbitral e seus efeitos a terceiros.

1.1 A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem no Brasil foi, prevista pela primeira vez, no ordenamento jurídico pelas Ordenações Filipinas. As ordenações consistiam em uma reunião de normas editadas pela Coroa Portuguesa. Elas substituíram as Ordenações Manuelinas e Afonsinas (VIEIRA, 2015,

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

p. 1). Fator que passa despercebido, mas importante é o fato de que as ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até 1916 (VIEIRA, 2015, p. 1).

A arbitragem estava regulamentada no Livro III, Títulos XVI e XVII, e as características dessas previsões legais eram a possibilidade de interposição de recurso perante a justiça estatal contra sentença proferida pelas juízes árbitros, com fundamento na ausência da homologação da decisão. Ainda, não havia previsão acerca da possibilidade do deferimento de medidas liminares pelos “juízes árbitros” (COSTA, 2013, p. 23).

Posteriormente, a arbitragem passou a ser regulada pela Lei n. 556, de 25 de junho de 1850 (Código Comercial), e pelo regulamento 737, também de 1850 (COSTA, 2013, p. 24). Quanto a esse período, é importante destacar: o código comercial trazia alguns dispositivos que compeliavam às partes a se valerem da arbitragem para a solução de determinados litígios específicos, artigos 245, 294, 348, 739, 783 e 846. Já o regulamento 737 previa uma distinção entre arbitragem voluntária e arbitragem necessária, bem como menção ao compromisso arbitral. Ainda, deviam os árbitros julgar conforme legislação comercial em vigor. Não era possível o julgamento por equidade (COSTA, 2013, p. 25).

A legislação brasileira referente à arbitragem voluntária e necessária era inspirada no ordenamento jurídico português. Está caracterizada a arbitragem voluntária quando voluntariamente as partes, de comum acordo, submetem um litígio à jurisdição arbitral. Já a arbitragem necessária é aquela em que os litígios serão resolvidos pela arbitragem por determinação legal (BASTOS, 2016, p. 9).

No magistério de Susana Filipa Pereira Basto, “O legislador, por força de determinadas circunstâncias, entende que certas matérias devem ser decididas por arbitragem. Não há convenção arbitral, redigida e assinada pelas partes.” (BASTOS, 2016, p. 9).

Posteriormente, em 1867, o Decreto n. 3.600 regulamenta o “juízo arbitral do comercial”, dispondo, nos artigos 10, 46 e 47, a possibilidade do julgamento por equidade (VALLE, 2012, p. 46)².

² Art. 10.º Além dos requisitos essenciais do art. 8.º podem as partes acrescentar no compromisso as seguintes declarações: [...]

§ 4.º Autorização para os árbitros julgarem por equidade, independentemente das regras e formas de direito.

Art. 46.º Os árbitros julgarão de fato e de direito conforme a lei, e as cláusulas do compromisso; salvo se no compromisso (Art. 10. §4.º) as partes os autorizarem para julgar com equidade, independentemente das regras e formas do direito.

Art. 47.º Quando os árbitros tiverem poderes para julgar por equidade, independentemente das regras formais do direito, poderão prescindir do processo estabelecido nos artigos antecedentes, e darão sua decisão ouvindo verbal e sumariamente as partes e testemunhas; reduzindo a termo os depoimentos das testemunhas, e admitindo os memoriais que as partes oferecerem.

Todavia, o mesmo diploma legal obrigou, taxativamente, no artigo 3º, a eficácia da cláusula compromissória à elaboração das partes de um novo acordo nomeado de “compromisso”.³ Portanto, nas palavras de Costa (2013, p. 16):

Foi a partir do advento do Decreto nº 3.900 que a cláusula arbitral passou a ser considerada, salvo raras exceções, como mero *pactum de compromittendo*, dependendo do aperfeiçoamento do “compromisso”, com os detalhes da questão controversa, para sua execução. Isso, na prática, transformou a cláusula compromissória em verdadeira “cláusula morta”, a qual possibilitaria, no máximo, a exigência de perdas e danos da parte faltosa pelo descumprimento da obrigação de firmar o compromisso.

Em sequência, a arbitragem passou a ser regulamentada pelo Decreto-Lei n. 1.608, de 1939, o famoso Código de Processo Civil, em seus artigos 1.031 a 1.046, distribuídos em três capítulos: Disposições Gerais, Do andamento da Causa e do Julgamento e Da homologação (COSTA, 2013, p. 26).

O referido diploma legal passou a exigir que a decisão arbitral fosse homologada pela justiça comum para que pudesse produzir efeitos, especialmente nos seus artigos 1.041 e 1.042. Ainda, o Código de Processo Civil foi omissivo em relação à cláusula compromissória.⁴

A jurisprudência da época caracterizava-se por ser positivista, aplicando de forma sólida as disposições legais. Conforme voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Gallotti:

Cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) ainda não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrem.⁵

Dessa forma, com essa conjuntura legal e jurisprudencial sobre o tema, a arbitragem era caracterizada com graves empecilhos para sua efetividade. Uma vez que não era suficiente a cláusula compromissória para afastar a jurisdição estatal, devendo as partes, posteriormente, firmar compromisso. Além do mais, após decisão arbitral, deveriam obter a sua homologação no Poder Judiciário (COSTA, 2013, p. 27).

O próximo diploma que tratou sobre a arbitragem foi o Código de Processo Civil de 1973, nos seus artigos 1.072 a 1.102. A novidade nessas disposições é o fato de ter

³ Art. 3º O juízo arbitral só pode ser instituído mediante o compromisso das partes.

⁴ Art. 1.041. A execução da sentença arbitral dependerá de homologação. e Art. 1.042. Será competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que, originalmente, competir o julgamento da causa.

⁵ RE n.º 58.696/SP, 3.ª T., Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 02/06/1967, DJ 30/08/1967, p. 2625, v.u., RTJ Vol 42, p. 212. (COSTA, 2013, p. 27).

regulamentado a respeito da cláusula compromissória. Porém, manteve a exigência da homologação da sentença arbitral (COSTA, 2013, p. 28).

A manutenção da homologação da decisão arbitral na prática impedia sua utilização. Conforme palavras do juiz Américo Angélico:

No Código de processo civil, tornou-se um instituto sem maior incidência na prática a arbitragem, justamente em função da circunstância de que era ordenado e vigiado pelo Estado, havendo sempre a necessidade de um pronunciamento judicial, através de sentença homologatória, para que o laudo arbitral adquirisse a qualidade de título executivo judicial, conforme previsão estatuída no inciso III do artigo 548 do Código de Processo Civil⁶

Outro fator importante é o fato de os artigos 1.086 e 1.087 do CPC de 1973 vedarem a concessão de medidas cautelares pelos árbitros.⁷

O próximo marco legislativo importante referente ao tema de estudo é a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a lei de arbitragem. De fato, a lei regulamentou aspectos que eram responsáveis pela fraca utilização do instituto no Estado brasileiro: a ausência de regulamentação da cláusula compromissória e a necessidade de homologação da sentença arbitral (CARMONA, 2009, p. 4).

A cláusula compromissória foi regulamentada nos artigos 3º, 4º, 5º, 7º e 8º, pondo fim a um período em que se criava apenas uma obrigação de fazer, constituindo pacto preliminar. Ainda não tendo efeito vinculativo, sendo a jurisprudência pátria, sob vigência do Código de processo civil ajustada nesse sentido (CARMONA, 2009, p. 100).

Já o fim do processo de homologação da sentença está previsto no artigo 18º, expressando-se Carlos Alberto Carmona da seguinte forma:

Em boa hora, a lei de arbitragem extirpou do ordenamento jurídico brasileiro o procedimento homologatório de laudos arbitrais. Tal procedimento homologatório, em última estância, desestimulava a utilização da arbitragem, eis que a celeridade e o sigilo propiciados por este mecanismo de solução de controvérsias ficavam totalmente prejudicados, avultando-se ademais os custos para a final solução do litígio. (CARMONA, 2009, p. 271).

⁶ Extinto 2.º TACiv-SP, 7.ª Câmara do Quarto Grupo, A.I. n.º 0036712-87.2003.8.26.0000 (números anteriores 818.499/0-00 e 992.03.036712-2), Rel. Juiz Américo Angélico, j. 18/11/2003, maioria.

⁷ Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícias. Mas lhe é defeso:

I – empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros;

II – decretar medidas cautelares.

Art. 1.087. Quando for necessária a aplicação de medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo.

Pedro A. Batista Martins afirmar que “[...] desprezou-se a oficialização da sentença pelo Poder Judiciário, tanto pela inutilidade do processo de homologação quanto pela afirmação da natureza jurisdicional da arbitragem.” (MARTINS, 2008, p. 220). Outra inovação que merece destaque é o artigo 22º, § 4º, que determinava aos árbitros o poder de conceder medidas cautelares. Todavia, esse dispositivo era falho em três aspectos fundamentais, os quais foram identificados por Caio Cesar Vieira Rocha: ausência de menção em relação às medidas cautelares ou medidas urgentes preparatórias; confundia quanto à posição em que era contextualizado no diploma legal; possuía redação ambígua quanto à autoridade competente para decidir (ROCHA, 2017, p. 38).

No que diz respeito à ausência de menção sobre medidas cautelares ou medidas urgentes preparatórias, pode-se identificar um dilema que o interprete da norma enfrentava: de um lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição; por outro, a regra geral de que a ação acessória não poderia ser aplicada, já que a arbitragem só é instaurada após a nomeação e investidura dos árbitros. A solução foi conferida pela doutrina, depois pela jurisprudência (ROCHA, 2017, p. 38).

Além da omissão mencionada, outro aspecto problemático era a posição em que era contextualizada a norma. Sua posição causava confusão ao interprete, como explica Caio Cesar Vieira Rocha:

O § 4.º estava inserido no artigo 22, que cuida da produção de provas no âmbito arbitral. Refere-se o caput à tomada de depoimentos, oitiva de testemunhas, realização de perícias ou outras provas que o árbitro entender necessárias. Ora, o parágrafo deve ser interpretado em contexto com o caput e, neste caso específico, poderia levar à conclusão (equivocada) de que só caberia o deferimento de medidas cautelares ou coercitivas nas hipóteses relacionadas à produção de provas (antecipação de provas, por exemplo). Tal interpretação era reforçada, ainda, pela menção a medidas coercitivas feita em precedência às medidas cautelares. Pela leitura contextualizada do artigo 22 e seus parágrafos, pode-se concluir que as medidas coercitivas ali mencionadas referiam-se à coerção da parte ou testemunha a prestarem depoimento ao árbitro. (ROCHA, 2017, p. 39).

Por fim, a imprecisão da redação era causa de obscuridade para aplicação da norma. Nos ensinamentos de Cesar Vieira Rocha,

A redação do § 4º do artigo 22 causa estranheza, pois estabelecia somente que, havendo necessidade, o árbitro poderá solicitar medidas coercitivas ou cautelares ao órgão do Poder Judiciário. O paragrafo não falava em solicitar o cumprimento, limitando a referência a solicitar. Essa omissão, proposital ou não, poderia levar ao entendimento de que não caberia ao árbitro o exame do pedido cautelar, mas apenas a remessa burocrática da solicitação ao órgão competente do Poder Judiciário. Ou, ainda, que o magistrado, ao receber a solicitação, poderia rever a análise sobre o pedido cautelar formulado ao árbitro, eventualmente rejugando a questão. (ROCHA, 2017, p. 39).

Portanto, tendo em vista os diversos aspectos polêmicos dessa disposição legal, o referido artigo foi revogado pela Lei n. 13.129/2015. Essa lei é resultado de uma Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal, a fim de revisar e modernizar a Lei de arbitragem. Nas lições Rocha (2017, p. 36), “[...] as mudanças sugeridas pela Comissão foram pontuais, não alteraram a estrutura da lei e, na maior parte das vezes, pautou-se pela incorporação ao texto legal da interpretação favorável desenvolvida pela jurisprudência nacional.”

Assim, foi inserido na Lei de Arbitragem o Capítulo IV-A, intitulado “Das tutelas Cautelares e de Urgência”, incluindo os artigos 22-A e 22-B.⁸ A análise crítica e as consequências dessa nova previsão legal serão abordadas posteriormente ainda neste estudo. Dessa maneira, pelo exposto nesta seção, a arbitragem passou por um longo processo de evolução, sendo, no momento, influenciada pelas alterações legais, amplamente aceita pela comunidade jurídica e utilizada como meio alternativo e apropriado de resolução de conflitos.

1.2 OS REGULAMENTOS

Os regulamentos são forma e modo de execução de princípios gerais previstos no ordenamento jurídico. O poder de regulamentar é limitado; não pode invadir esfera alheia, própria do Poder Legislativo (SIDOU, 2016, p. 519).

Superada a vedação de medidas cautelares na arbitragem pelas legislações já abordadas neste estudo, lei de arbitragem e aprimoramento pela reforma da arbitragem Lei n. 13.129/15, cabe analisar quais são as regras procedimentais aplicáveis para tal fim. A resposta está no Artigo 21 da Lei de arbitragem.⁹

Portanto, a lei de arbitragem deixa à escolha das partes três possibilidades sobre o procedimento a ser adotado, conforme leciona Carlo Alberto Carmona:

⁸ Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

⁹ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reporta-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º. Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta lei.

Três, portanto, são as escolhas dos contendentes acerca do procedimento arbitral: podem criar um procedimento especialmente para a solução dos seus litígios, podem reportar-se a regras de um órgão arbitral institucional (ou a regras de processo constantes de algum código ou lei) ou podem deixar a critério do árbitro disciplinar o procedimento. (CARMONA, 2011, p. 290).

O primeiro critério não é o mais utilizado. É natural a cláusula compromissória ser uma das últimas disposições contratuais; nessa realidade fática, os contratantes já estão consideravelmente esgotados, sendo difícil estarem dispostos a criar um procedimento a ser aplicado para um eventual litígio entre eles (CARMONA, 2011, p. 290).

O segundo critério é mais seguro e utilizado pelos operadores da arbitragem. Em vez de se preocuparem com as regras procedimentais, as partes reportam-se ao regulamento de determinado órgão arbitral. Assim, determinam-se tais regras procedimentais à convenção arbitral. Importante destacar que as partes podem instituir a aplicação de regras de determinado órgão mesmo que este não seja o órgão encarregado de administrar tal procedimento (CARMONA, 2011, p. 291).

Por último, a opção de confiar ao árbitro a escolha do procedimento adotado não é a mais frequente entre os usuários da arbitragem, visto que tal escolha ocasionaria ao procedimento alto grau de insegurança (CARMONA, 2011, p. 292). Portanto, devido à ampla utilização de regras procedimentais previstas nos regulamentos de câmaras arbitrais, para fim deste estudo, analisam-se três regulamentos, com o objetivo de verificar se, em tais documentos, as disposições referentes às medidas cautelares são suficientes para uma regular, segura e legal aplicação no procedimento arbitral. Desse modo, seleciona-se o regulamento de câmaras arbitrais: Câmara de Arbitragem Brasil-Canadá; Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil (Camarb); Câmara de Arbitragem da Federasul.

O primeiro a ser estudado é o da Câmara de Arbitragem Brasil-Canadá. Trata-se de um regulamento com vigência desde 1º de setembro de 2011 e é composto de quatro capítulos divididos em 15 artigos. O artigo 8º dispõe sobre as medidas de urgência.¹⁰ Ao examinar essa disposição regulamentar, verifica-se a carência de requisitos mínimos para concessão de

¹⁰ Art. 8.1 A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o Tribunal Arbitral poderá determinar medidas cautelares, coercitivas e antecipatórias, que poderão, a critério do Tribunal, ser subordinadas à apresentação de garantias pela parte solicitante. 8.2. Havendo urgência, quando ainda não instituído o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente, se outra forma não houver sido expressamente estipulada por elas. Nesse caso, a parte deverá dar ciência ao CAM-CCBC das decisões. 8.2.1. Assim que instituído o Tribunal Arbitral, caberá a ele manter, modificar ou revogar a medida concedida anteriormente. 8.2.2. O requerimento feito por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tais medidas, ou a execução de medidas similares ordenadas por um Tribunal Arbitral, não serão considerados como infração ou renúncia à convenção de arbitragem e não comprometerão a competência do Tribunal Arbitral.

medidas cautelares, ou seja, é deixada grande margem de discricionariedade ao árbitro, sendo tal disposição insuficiente para uma segura, regular e legal aplicação do direito ao caso.

O segundo regulamento a ser avaliado é o da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil (Camarb). Trata-se de um regulamento que está em vigor desde 20 de setembro de 2017, dividido em treze capítulos, com 13 artigos. O capítulo que trata das medidas cautelares é o 4º.¹¹ Ao avaliar esse dispositivo, percebe-se que ele é omissivo em relação a requisitos mínimos para as medidas cautelares. Dessa forma, deixa grande margem à discricionariedade do árbitro. Além disso, disposições insuficientes geram insegurança jurídica às partes no que se refere ao procedimento.

O terceiro regulamento a ser avaliado é o da Câmara de Arbitragem da Federasul. Trata-se de um regulamento que está em vigor desde 17 de setembro de 2018, dividido em 11 capítulos. O capítulo que trata das medidas cautelares é o 11 no artigo 11.4.¹² Ao examinar essa disposição, infere-se que ela é curta e apenas reproduz previsão sobre o tema da Lei de Arbitragem. Portanto, novamente, verifica-se que esse regulamento é omissivo em relação aos requisitos mínimos para a concessão. Dessa forma, há também grande margem de discricionariedade aos árbitros, além da insegurança jurídica para as partes.

Portanto, tendo em vista os regulamentos estudados, pode-se estabelecer que estes são insuficientes para uma correta e segura aplicação do direito, uma vez que são omissivos em relação aos requisitos. Dessa forma, é necessário buscar suporte procedimental na lei, ou seja, no código de processo civil. Porém, sua aplicabilidade ao procedimento arbitral não é consenso na doutrina. É disso que trata a próxima seção.

1.3 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCEDIMENTO ARBITRAL

A aplicação do Código de Processo Civil ao procedimento arbitral é tema controverso na doutrina, uma vez que a arbitragem possui como uma das características principais a flexibilidade procedimental e o código de processo civil é considerado um procedimento rígido.

¹¹ Art. 9.1 O tribunal Arbitral, mediante requerimento de qualquer das partes ou quando julgar apropriado, poderá, por decisão devidamente fundamentada, deferir tutela de evidência ou de urgência, cautelar ou antecipada. 9.2 Enquanto não instalado o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer tutela de urgência cautelar ou antecipada à autoridade judicial competente. O tribunal Arbitral, tão logo constituído, poderá reapreciar o pedido da parte, mantendo, modificando ou revogando, no todo ou em parte, a decisão proferida pela autoridade judicial. 9.3 O requerimento apresentado por uma das partes a uma autoridade judicial para obter tutela de urgência, cautelar ou antecipada, antes de constituído o Tribunal Arbitral, não será considerado renúncia à convenção de arbitragem, tampouco excluirá a competência do Tribunal Arbitral para reapreciá-la.

¹² 1.4 Em havendo necessidade de medida urgente, ainda não instaurada a arbitragem ou implementado o Tribunal Arbitral, poderão as partes requerê-la diretamente ao Poder Judiciário, resguardando o reexame da matéria ao Tribunal Arbitral, órgão detentor de jurisdição sobre o mérito da questão.

Segundo o magistério de Thiago Rodovalho, “o crescente interesse pela arbitragem no Brasil está diretamente associado aos seus principais atrativos, quais sejam, especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade.” (RODOVALHO, 2016, p. 14). A flexibilidade do procedimento arbitral possui previsão em lei. O artigo 21 e seu § 1.º da lei 9.307/96 deixa a cargo das partes e do árbitro a estipulação das regras do procedimento.¹³

é comum a invocação no procedimento arbitral de preceitos típicos do procedimento comum, reportando-se, por vezes, alguma das partes a determinadas regras da lei processual. A Lei de Arbitragem não contém norma que determine o emprego subsidiário da lei processual para suprir omissões no procedimento utilizado pelas partes. Assim, não há razão para impor ao árbitro, no eventual preenchimento de lacunas procedimentais, regras do Código. (CARMONA, 2009, p. 293).

No mesmo sentido, Clávio de Melo Valença Filho sustenta que “[...] o árbitro não está adstrito às prescrições de Código de Processo Civil algum, brasileiro ou estrangeiro.” (FILHO, 2005, p. 22). Outro posicionamento semelhante é o de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

jogar o Código de Processo Civil no colo dos árbitros e exigir deles uma plena obediência àquele diploma legal significaria reduzir enormemente a utilidade da arbitragem, tornando-a excessivamente rígida, demorada, e quase tão onerosa para os interessados quanto o recurso ao Judiciário. (VERÇOSA, 2008, p. 26).

Discordando dos posicionamentos apresentados anteriormente, o magistério de Humberto Theodoro Júnior defende a aplicação supletiva do Código de Processo Civil ao processo arbitral quando argumenta:

No direito italiano, há previsão de que as omissões relativas ao procedimento verificados na convenção arbitral ou nas disposições traçadas pelos árbitros serão supridas pelas normas gerais do processo de conhecimento traçadas pelo CPC. Mesmo no silêncio da lei brasileira, o sistema pode também prevalecer entre nós, porque o art. 272, parágrafo único, do CPC, dispõe que o procedimento especial rege-se pelas disposições gerais do procedimento ordinário. (JUNIOR, 2002, p. 248).¹⁴

Posicionamento semelhante é o de Fredie Didier Junior: “para deixar claro que o processo arbitral se submete a um microsistema jurídico, previsto em lei extravagante,

¹³ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

¹⁴ Atualmente não está em vigor o Código de Processo Civil de 1973. O artigo referido nesta citação foi replicado com redação semelhante no Código de Processo Civil de 2015. Trata-se do artigo 318, parágrafo único. “Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.”

servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária.” (JUNIOR, 2013, p. 73).

Para fins deste estudo, adota-se a corrente que defende a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à arbitragem brasileira, uma vez que, como visto anteriormente, os regulamentos das câmaras arbitrais são omissos em determinadas matérias, gerando insegurança jurídica para as partes e operadores do Direito. Dessa forma, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil demonstra-se necessária para uma adequada aplicação do Direito, com respeito ao princípio da segurança jurídica.

Porém, cabe ressaltar que sua aplicação não afeta o princípio da flexibilidade do procedimento arbitral. Isso porque, se as partes assim querendo, podem determinar expressamente que a determinado procedimento não serão aplicadas as disposições do Código de Processo Civil.

2 PODERES JURISDICIONAIS

Neste espaço, analisam-se os poderes do juízo estatal, poderes jurisdicionais do árbitro e, ao final, a relação entre eles. Dessa maneira, inicia-se o capítulo observando qual o modelo de Estado adotado pelo Brasil. Na sequência, aborda-se o conceito de jurisdição e suas características; os elementos da jurisdição, quais sejam: *notio*; *vocatio*; *coertio*; *judicium* e *executio*. Logo, estuda-se a divergência doutrinária sobre a natureza jurisdicional da arbitragem.

Em seguida, examinam-se os poderes jurisdicionais do árbitro, sendo estes do juízo estatal. No entanto, ocorre um fracionamento, o árbitro, pela atual doutrina e jurisprudência, não dispõe de poder *coertio* e de *executio* ou *imperium*.

Portanto, ao final deste capítulo, tendo em vista o fato de o árbitro não possuir poder de coerção, é analisado como deve ser a relação entre o juízo estatal e o arbitral. Desse modo, examinam-se as duas correntes doutrinárias existentes sobre o tema. Adota, neste estudo, a corrente que defende a ideia da existência de um dever de cooperação entre juízos.

2.1 PODER JUÍZO ESTATAL

Ao abordar os poderes do juízo estatal, é necessário analisar em qual modelo de Estado este poder está sendo exercido. A resposta está na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, O Brasil adota o modelo de Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem como fundamento e característica a separação dos poderes. Além disso, concretiza a ideia de que o poder é uno, indivisível e indelegável que emana do povo. Portanto, apesar de o executivo, legislativo e judiciário exercerem funções distintas, exercem o mesmo poder.

Ao executivo incumbe como função típica a realização de atos de chefia de Estado e de governo e atos da administração. Já ao legislativo cabe fiscalizar o executivo na dimensão contábil, financeira, orçamentária e patrimonial. Por fim, ao judiciário compete a função jurisdicional, ou seja, dizer o direito no caso concreto e dirimir os conflitos que lhe são levados (SILVA, 2012, p. 108).

O doutrinador José Eduardo Carreira Alvim apresenta o conceito de jurisdição

A jurisdição é uma função do Estado, pela qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império do direito. No exercício desta função, o juiz não atua espontaneamente, devendo, para tanto, ser provocado (*Ne procedat iudex ex officio*) por quem tenha interesse em lide. (ALVIM, 2018, p. 73).

Já o professor Enrico Tullio Liebman conceitua jurisdição como “o poder que toca ao Estado de formular e de fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina uma determinada situação jurídica.” (LIEBMAN, 1999, p. 28).

No atual momento, além do estado-juiz, somente pessoas ou instituições habilitadas pelo Estado podem exercer Poderes Jurisdicionais, como o que acontece com a arbitragem, cuja atividade é regulada por lei (Lei n. 9.307/96, alterada pela Lei n. 13.129/15). Ainda, existem os “*equivalentes jurisdicionais*”, que são meios em que os próprios litigantes ou com ajuda de um particular desprovido de poder jurisdicional encontram uma solução para o caso, como na mediação (ALVIM, 2018, p. 73).

Os atos jurisdicionais possuem características próprias e a importância deles reside no fato de que sua configuração é uma questão de segurança individual e de tutela do princípio fundamental da segurança jurídica, porque somente atos jurisdicionais proporcionam um resultado final conhecido como sentença, capaz de adquirir imutabilidade, principal característica da coisa julgada (ALVIM, 2018, p. 80).

José Eduardo Carreira Alvim, citando o doutrinador uruguaio Eduardo J. Couture, apresenta os elementos próprios do ato jurisdicional:

[...] a forma, o conteúdo e a função. Por forma, entende-se a presença de partes, de juiz e de procedimentos estabelecidos na lei; por conteúdo, considera-se a existência de um conflito com relevância jurídica, que deve ser dirimido pelos órgãos da jurisdição, mediante uma decisão que adquira a autoridade de coisa julgada; por função, entende-se o encargo ou a incumbência de assegurar a justiça, a paz social e demais valores jurídicos, mediante a aplicação eventualmente coercível do direito. (ALVIM, 2018, p. 80).

Em resumo, as características da jurisdição, segundo Costa (1966, p. 98), são:

a) atuação do juiz supra partes; b) em processo; c) sob provocação do interessado; d) substituindo, no processo de conhecimento, a inteligência das partes, e, no processo de execução, a vontade delas; e) em decisão com efeito (*rectius*, autoridade) de coisa julgada; f) declarando a existência de direitos e realizando-os, se necessário.

Haja vista as características dos atos jurisdicionais, torna-se relevante o estudo dos elementos de jurisdição e os poderes jurisdicionais, uma vez que é justamente nesse ponto que o juízo estatal irá diferenciar-se do juízo arbitral.

Conforme os ensinamentos de José Eduardo Carreira Alvim:

Segundo a concepção clássica, são elementos da jurisdição: *Notio* – é a faculdade de conhecer de certa causa, ou de ser regularmente investido da faculdade de decidir uma controvérsia, assim como de ordenar os atos respectivos. *Vocatio* – é a faculdade de fazer comparecer em juízo todos aqueles cuja presença seja útil à justiça e ao conhecimento da verdade. *Coertio (ou coertitio)* – é o direito de fazer-se respeitar e de reprimir as ofensas feitas ao juiz no exercício de suas funções (*iurisdictio sine coertitio nulla est*). *Iudicium* – é poder de julgar e de proferir a sentença. *Executio* – é poder de, em nome do Estado, tornar obrigatória e coativa a obediência às próprias decisões. (ALVIM, 2018, p. 81).

Já para a doutrina moderna, a jurisdição compreende os seguintes poderes jurisdicionais:

a) Poder de decisão – Através desse poder, o Estado-juiz afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei, por dois modos possíveis e com diferentes efeitos: afirma uma vontade de lei concernente às partes, através de uma sentença de mérito, reconhecendo a uma delas um bem da vida, e garantindo-o para o futuro, no mesmo ou em outros processos, com efeito (*rectius*, autoridade) de coisa julgada material; e, por outro lado, afirma uma vontade de lei concernente ao dever do juiz de pronunciar-se sobre o mérito, julgando sobre a sua própria atividade, sem o efeito (*rectius*, autoridade) de coisa julgada, com eficácia limitada ao processo em que é proferida, sem obrigar em outros processos. Esse poder de decisão, de dizer a última palavra sobre o que é e o que não é o direito, é típico da atividade jurisdicional, com o que o juiz decide o mérito dos conflitos, excluindo-o da apreciação de qualquer outro órgão, pertencente aos demais poderes do Estado. b) Poder de coerção – Este poder se manifesta com mais intensidade na execução (ou cumprimento), embora esteja presente também no processo de cognição, como no ato de intimação ou de citação; em que se o destinatário se recusa a receber materialmente o mandado, considera-se como se tivesse sido entregue. Em virtude desse poder, faculta-se ao juiz determinar a remoção de obstáculos opostos ao exercício de suas funções; sujeitar ao seu poder os presentes à audiência (partes, advogados, assistentes); admoestar e afastar os infratores etc. A testemunha, por exemplo, tem o dever de comparecer, podendo ser conduzida à força se se recusar a colaborar com a Justiça. O juiz pode ainda requisitar a presença de força policial, para vencer qualquer resistência ilegal, das partes ou de terceiros, no cumprimento das suas decisões. c) Poder de documentação – Este poder resulta da necessidade de documentar, de modo a fazer fé, tudo o que ocorre perante os órgãos judiciais, como termos de assentada, de audiência, de instrução, certidões de notificação, de citação etc. (ALVIM, 2018, p. 81).

Por fim, cabe abordar a divergência doutrinária sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. Alguns doutrinadores possuem o entendimento de que a arbitragem não possui jurisdicionalidade sob o fundamento de que essa é uma das funções exercidas com exclusividade pelo Estado, não sendo possível que particulares exerçam jurisdição.

Este é o entendimento do processualista Sergio Cruz Arenhart: “De toda exposição feita, ainda que de forma incompleta e sumária, resulta a constatação de que a atividade arbitral não pode, ao menos segundo as teorias de jurisdição clássicas de Carnelutti e Chiovenda, ser tida como jurisdicional.” (ARENHART, 2005). Porém, se considerar a sentença como ato fundamental da jurisdição, é o ato derradeiro que põe fim à lide, sendo esse o propósito do Estado, pode-se verificar a caracterização da jurisdição na arbitragem, uma vez que a sentença

nela produzida não fica sujeita à homologação ou recurso judicial. Assim, coloca-se fim à lide, pacifica-se o conflito social e colabora-se para a paz social (COSTA, 2013, p. 40).

O professor Cândido Rangel Dinamarco afirma:

Justificava-se a rígida distinção entre arbitragem e jurisdição estatal, quando da jurisdição e do próprio sistema processual como um todo dizia-se que apenas tinham o mero e pobre escopo de atuação da vontade do direito ou de estabelecer a norma do caso concreto. Superada essa visão puramente jurídica do processo, todavia, e reconhecidos os escopos sociais e políticos muito mais nobres, cai por terra a premissa em que se legitimava a rígida distinção. Se o poder estatal é exercido, *sub specie jurisdictionis*, com o objetivo de pacificar pessoas e dirimir conflitos com a justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem. (DINAMARCO, 1993, p. 9).

Além disso, a Lei de Arbitragem, nos artigos 18, 26 e 31, equipara a sentença arbitral à sentença judicial, uma vez que produz o efeito da coisa julgada e constitui título executivo judicial. Além disso, “o fato de o legislador ter utilizado o termo ‘sentença arbitral’, ao invés de ‘laudo arbitral’, aproxima ainda mais os procedimentos arbitral e judicial, bem como reforça a vontade de conferir jurisdição ao árbitro.” (COSTA, 2013, p. 40).

Ainda nessa linha, cabe salientar que a atividade exercida pelo árbitro é igual ao do juízo estatal, sendo ambos “terceiros imparciais, que, após a execução do processo de conhecimento, proferem uma decisão que é obrigatória para as partes envolvidas.” (PUCCI, 2001, p. 7).

Portanto, adota-se, neste estudo, o posicionamento doutrinário de Carlos Alberto Carmona, Cândido Rangel Dinamarco, Marcos Gomes da Costa e Adriana Noemi Pucci, que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem. Além disso, o Código de Processo Civil posicionou-se em relação a essa polêmica. O artigo 3º desse diploma assentou o entendimento legislativo no sentido de que, no Brasil, a arbitragem possui natureza jurisdicional (DIDIER, 2013, p. 73).¹⁵

2.2 PODERES JURISDICIONAIS DO ÁRBITRO

Como visto na seção anterior, os poderes jurisdicionais do Juízo Estatal são: *cognitio* ou *notio*; *iudicium*; *vocatio*; *coertio*; *executio* ou *imperium*. Cabe verificar se todos esses poderes também se aplicam ao árbitro ou ocorre um fracionamento da jurisdição.

¹⁵ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No entendimento de Marcos Gomes da Costa, “o árbitro não possui todos os poderes que compõem a jurisdição estatal, mas apenas alguns deles, havendo um ‘fracionamento’ da jurisdição quanto à arbitragem e aos poderes do árbitro.” (COSTA, 2013, p. 43).

Nos termos dos artigos 18, 26 e 31 da Lei brasileira de Arbitragem, o árbitro dispõe do poder de conhecer e decidir uma causa, uma vez que ele prolatara a sentença. Dessa forma, é possível concluir que os árbitros têm o poder de *cognitio* ou *notio* e de *iudicium*.¹⁶

Em outro artigo da lei brasileira de arbitragem, o artigo 24, caput, constata-se que o árbitro também tem o poder de documentação, ou seja, registrar os atos do procedimento arbitral. Resta analisar se o árbitro possui os poderes de *coertio* e de *executio* ou *imperium*.¹⁷

A jurisdição que é conferida aos árbitros não transfere aos particulares atos de execução compulsória. O efeito negativo da convenção arbitral não opera em relação ao juízo estatal de execuções. A parte interessada na execução da sentença arbitral deve recorrer à justiça estatal, única habilitada à constrição patrimonial (FILHO, 1999, p. 367).

Nesse sentido, nas palavras de Oppetit (1991, p. 192), “[...] o juiz arbitral não possui *imperium*: sua decisão transita em julgado, mas não tem força executória.” A jurisprudência e a doutrina não divergem a respeito da execução no âmbito da arbitragem, uma vez que não é possível realizar atos de coerção através da jurisdição arbitral. Para isso, é necessária a atuação da força pública. No ordenamento jurídico brasileiro, os atos de coerção continuam a ser restritos ao Estado, tendo em vista que é o possuidor do monopólio do uso legal da força para impor a execução dos comandos legais e jurisdicionais (ARMELIN, 2010, p. 362).

No mesmo sentido, é o magistério de Paulo Osternack Amaral: “Essas considerações deixam claro [...] a inviabilidade de o julgador privado impor atos de força, coerção (*imperium*) no processo arbitral, na medida em que tal providências constituem monopólio estatal.” (AMARAL, 2008, p. 23).

A jurisprudência brasileira também possui o entendimento de que o monopólio da força é do Estado; assim, não podendo ser realizado através da jurisdição arbitral. É o entendimento,

¹⁶ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso. Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁷ Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

em julgamento de apelação, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de relatoria do Desembargador Adriano Celso Guimarães:

[...] ao Juízo Arbitral não se concedeu poder de coerção, reservado à jurisdição Estatal. [...] não obstante tivessem as partes comprometidas a submeter à arbitragem os litígios que pudessem surgir em decorrência de compra e venda de imóvel acordada, o fato é que o juízo arbitral tem sua atuação limitada às ações que demandam o processo de conhecimento, na medida em que resolvida a questão levada à sua apreciação, não tem o poder de coerção, sendo necessária a jurisdição estatal para tornar efetivo o comando expresso na decisão do árbitro, reconhecida como título executivo judicial, [...] (TJ/RJ, 8.ª Câmara Cível, Apelação n.º 0005398-73.2003.8.19.0209 (2004.001.07596), Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, j. 25/01/2005).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema em julgamento de Conflito de Competência 111.230 DF, em decisão monocrática do Ministro Relator Aldir Passarinho Filho:

[...] Como é cediço, ao Juízo Arbitral falta a coerção estatal para o cumprimento de seus julgados, tanto que formam título executivo exatamente para que à parte refratária, que concordou em se submeter ao julgamento, seja imposta, perante a justiça comum, a prestação a que foi condenada. Portanto, não está entre suas funções promover a execução de suas decisões [...] (STJ, CC 111.230-DF, decisão monocrática do Min. Rel. Aldir Passarinho Filho, de 01/07/2010, publicada no DJE de 02/08/2010).

O mesmo tribunal, através da 3ª turma, também já se manifestou sobre a matéria em Recurso em Especial n. 1.297.974, proveniente do Estado do Rio de Janeiro, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Evidentemente, a competência do juízo arbitral se limita ao deferimento da cautelar, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium* (STJ, 3ª Turma, REsp n.º 1.297.974-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/06/2012).

Portanto, é possível verificar que é pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que o árbitro não possui poderes de coerção. No entanto, essa premissa não é absoluta.

Em uma análise mais rigorosa, o poder de coerção pode ser exercido pelo árbitro de maneira parcial. Em outras palavras, o árbitro não tem o poder para determinar prisão ou quebra de sigilos telefônico, fiscal ou bancário, mas possui poder para fixar *astreintese* outras ordem de simples *jurisdiction* (COSTA, 2013, p. 47). Entendimento esse também compartilhado por Clávio de Melo Valença Filho quando argumenta:

[...] a transferência de poder *jurisdictio* da esfera pública à privada não implica, todavia, transferência de *imperium*, ao menos não em sua forma pura, de força organizada, dita *imperium merum*. Sim, o árbitro tem poderes para realizar certos atos de cunho mandamental que decerto extrapolam a simples *jurisdictio*: impor astreintes ou multas para o caso de sua ordem ou sentença não ser voluntariamente adimplida. Não pode, por outro lado, distribuir força organizada, espécie de tutela reservada a órgãos do Estado. (FILHO, 1999, p. 37).

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira já decidiu, conforme acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em agravo de instrumento n. 315.545-3. Nesse julgado, a decisão de primeiro grau foi reformada, pois deixou de determinar o cumprimento da sentença arbitral sob o argumento de que o árbitro não poderia determinar ordem de despejo.

O desembargador Relator Eraclés Messias, em seu voto, argumenta:

No dia 4 de julho de 2005, foi proferida sentença arbitral que condenou a agravada ao pagamento dos aluguéis vencidos desde 30.11.2004 até o dia da efetiva desocupação do imóvel, além de outros encargos, como também determinou a desocupação do imóvel no prazo de 15 (quinze) dias após o recebimento da sentença, o que não ocorreu. Embora ciente da sentença arbitral, a agravada-ré não atendeu ao contido nos artigos 30 e 33 da Lei 9.307/96, quedando-se inerte. Nestes autos, não há qualquer prova de que a decisão arbitral foi impugnada. Em sede de execução de título judicial, pediu-se que o imóvel fosse desocupado para que, em seguida, fossem executados os valores do débito locatício por quantia certa. Ao despachar, a MM. Juíza da 13ª Vara Cível considerou que a Lei 9.307/96, em seu art. 31, somente constitui como título executivo a sentença condenatória e que, no presente caso, a Justiça Arbitral teria proferido uma sentença arbitral mista, ou seja, apenas a execução por quantia certa poderia ser objeto da execução. Portanto, indeferiu o pedido de expedição de mandado de desocupação do imóvel pela agravada. [...] Destarte, tendo a Ação de Execução e a obrigação de fazer (desocupação do imóvel) a mesma causa de pedir, seja ela remota ou próxima, é de se reconhecer a vinculação dos pedidos na sentença arbitral. Assim, a sentença arbitral não deveria ser recepcionada como uma sentença mista. Portanto, a sentença arbitral consolidou-se em título executivo judicial, nos termos do artigo 584, inciso VI, do Código de Processo Civil, ensejando o procedimento executivo preconizado no artigo 632 do referido código. Desse modo, a desocupação de imóvel faz parte das condenações arroladas na sentença arbitral, que, como título executivo, deve ser acolhida integralmente (TJ/PR, 11.ª Câmara Cível, A.I. n.º 315.545-3, Rel. Des. Eraclés Messias, j. 29/03/2006).

Portanto, tendo em vista as razões apresentadas nesta seção, o árbitro não tem poder de *imperium*; este é um poder exclusivo do Estado. Porém, o árbitro possui sim poderes para fixar *astreintese* ou outras ordens de simples *jurisdictio*, conforme doutrina e jurisprudência analisada.

2.3 RELAÇÃO ENTRE O JUÍZO ARBITRAL E O JUÍZO ESTATAL

É ingênuo pensar a eficácia da jurisdição arbitral sem o suporte do Poder Estatal, uma vez que o poder de *imperium* é exclusivo do Estado conforme analisado anteriormente.

Portanto, nesse sentido, é importante ressaltar como deve ser a relação entre o Juízo Arbitral e o Estatal. Podem-se identificar, na doutrina, duas correntes: a primeira defende a subordinação do árbitro ao juízo estatal; já a segunda alega que deve existir uma cooperação entre as jurisdições (COSTA, 2012, p. 55).

Nessa linha, Pedro A. Batista Martins defende: “[...] é preciso assimilar o entendimento de que os órgãos judiciais e privados de realização da justiça têm funções complementares e não concorrentes. Essa cultura é fundamental para a boa prática e regular condução do processo arbitral.” (MARTINS, 1999, p. 370).

José Antônio Fichtner e André Luís Monteiro também compartilham do mesmo entendimento quando argumentam:

[...] esse relacionamento entre os órgãos do Poder Judiciário e os órgãos arbitrais deve ser marcado pelo sentimento de cooperação, pelo estado de prontidão e, principalmente, pela consciência do múnus público exercido. [...] os juízos estatais e os árbitros deverão cooperar em busca do fim comum: a composição da lide. (FICHTNER; MONTEIRO, 2008, p. 50).

A lei de arbitragem brasileira também é clara a adotar um regime de cooperação entre os juízos estatal e arbitral, tendo como exemplo as seguintes disposições legais: execução específica da cláusula compromissória (Art. 7º)¹⁸; nomeação de árbitro para complementar o Tribunal Arbitral (Art. 13º, § 2º)¹⁹; nomeação de árbitro substituto (Art. 16, § 2º)²⁰ (COSTA, 2012, p. 55).

Ainda no que se refere às medidas cautelares, a lei determina no artigo 22-A que, antes da instituição da arbitragem, as partes podem recorrer ao Poder judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Assim, verifica-se que o legislador elegeu a cooperação como norte para reger as relações entre o juízo estatal e o arbitral.²¹

¹⁸ Art. 7º 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 lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

¹⁹ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso

²⁰ Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver. [...] § 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

²¹ Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Além disso, a jurisprudência já se manifestou sobre o tema. O tribunal de justiça de São Paulo, no julgamento de apelação n. 9036737-05.2007.8.26.0000, sob relatoria do Desembargador Enio Zuliani, ensina:

O Judiciário precisa enxergar e considerar a arbitragem como aliada na luta pela efetividade da jurisdição [art 5º, XXXV, da CF], o que reclama respeito à sua autonomia, sem, no entanto, prejudicar a atuação paralela do Estado-juiz, quando essa atividade for harmônica e produtiva aos objetivos perseguidos pelas partes e para a própria sociedade (TJ/SP, 4.ª Câ. Dir. Privado, MC n.º 9036737-05.2007.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 28/06/2007).

Portanto, a relação do juízo estatal com o juízo arbitral deve ser de cooperação. A adoção de entendimento diverso é incompatível ao positivado no diploma legal que disciplina a arbitragem no Brasil – Lei n. 9.307/96. Além disso, antagônico ao entendimento jurisprudencial.

3 TUTELA DE URGÊNCIA NA ARBITRAGEM E TERCEIROS

Esta seção é dedicada, primeiramente, à análise da lei de árbitro e suas disposições referentes à tutela de urgência; no segundo momento, às características da convenção arbitral; ao final, às teorias que estendem a convenção de árbitro a terceiros. Em primeiro momento, é realizada uma abordagem histórica da lei de arbitragem – n. 9.307/96. Após, estuda-se a reforma realizada na lei de arbitragem pela lei 13.129/15 especialmente quanto às medidas cautelares.

O segundo momento compõe-se do estudo das características da convenção arbitral, sua natureza jurídica e limites. Dessa maneira, com fundamento na doutrina e jurisprudência pátria sobre o tema, aprofunda-se a análise dos limites objetivos e subjetivos.

Por fim, examinam-se as teorias que estendem a convenção arbitral a terceiros, a fim de responder à seguinte questão: a concessão de medidas cautelares, pelo juízo arbitral, em que os efeitos atinjam terceiros ao compromisso arbitral de forma expressa, viola o ordenamento jurídico ou não?

3.1 LEI DE ARBITRAGEM E A TUTELA DE URGÊNCIA

A lei de arbitragem, n. 9.307/96, quando promulgada em 1996 em relação às medidas cautelares, não era clara, conforme já abordado no capítulo de abertura do desenvolvimento. O artigo que disciplinava o tema era o artigo 22, § 4.º, que posteriormente, em 2015, veio a ser revogado pela lei n. 13.129/15, conhecida como a reforma da lei de arbitragem brasileira.²²

O diploma legal que disciplinou a arbitragem no Brasil, embora amplamente elogiado, prestigiado e contemporâneo para época, no que se refere às medidas cautelares, não teve a mesma sorte, cometendo falhas em sua redação (GARCEZ, 2008, p. 219). A redação do referido, segundo Pedro A. Batista Martins, um dos coautores do projeto da referida lei, não foi precisa de forma proposital, pois tinha como objetivo evitar resistência à promulgação da Lei de Arbitragem (MARTINS, 1999, p. 358).

Portanto, diante da falta de clareza na redação das disposições legais sobre as medidas cautelares no referido diploma, a doutrina posicionou-se a fim de lançar luzes sobre a matéria. Dessa forma, apesar de a leitura induzir o interprete ao entendimento que somente medidas

²² Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. [...] § 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

cautelares conservativas poderiam ser concedidas na arbitragem, esse não foi o entendimento majoritário da doutrina (COSTA, 2008, p. 79).

A doutrina posicionava-se a favor do poder cautelar dos árbitros, compreendendo também a possibilidade da concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Esse era o entendimento de José Maria Rossani Garcez: “não devem restar dúvida de que as cautelares devem ser analisada e concedidas pelos árbitros.” (GARCEZ, 2008, p. 220).

No mesmo sentido, José Eduardo Carreira Alvim leciona:

[...] vincular o juízo arbitral ao juízo togado, na eventualidade da necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, além de nada acrescentar em termos de proteção aos direitos constitucionais, presta-se a restringir os poderes jurisdicionais do árbitro, pondo toda a arbitragem na dependência de uma justiça sabiamente lenta, e que não tem condições de dar respostas satisfatórias às necessidades imediatas das partes interessadas. (ALVIM, 2004, p. 335).

A jurisprudência antes da reforma, que ocorreu com a lei n. 13.129/15, vinha oscilando em três posições na interpretação dessa matéria, como aduz Ricardo Ranzolin:

A primeira admitia que as partes pudessem sempre postular as tutelas de urgência diretamente perante o Judiciário, sem qualquer pedido anterior ao árbitro ou ao tribunal arbitral – o que representava a maioria dos julgados. A segunda, que resguardava sempre ao árbitro ou ao tribunal arbitral a concessão ou não da tutela de urgência postulada, ainda que não houvesse árbitro instituído. E a terceira posição vinha admitindo a possibilidade de concessão de tutelas de urgência pelo Judiciário, mas tão somente enquanto não houvesse árbitro nomeado. Esta última posição é a que prevaleceu, sendo que o texto legal ora modificado parece ter se inspirado diretamente no seguinte precedente jurisprudencial do STJ: Resp 1.297.974, 3ª Turma, Rel. Min. NancyAndrighi, j.12.06.2012, unânime. (RANZOLIN, 2015, p. 119).

Além dessa questão, a obscuridade da norma no que se refere às medidas cautelares, como abordado, na classificação de problemas da norma de Caio Cesar Vieira Rocha, tem ainda a posição em que estava inserido o § 4.º do Artigo 22 e a redação ambígua quanto à autoridade competente para julgar o pleito.

A confusão em relação à posição que estava inserido o § 4.º no Artigo 22º se dá pelo fato de o caput disciplinar a produção de provas; tendo em vista que o parágrafo deve ser interpretado levando em conta o caput, podia o interprete chegar à conclusão de que só poderia ser concedidas medidas cautelares ou coercitivas nas hipóteses de produção de provas, o que seria incorreto (ROCHA, 2017, p. 39).

Já a questão da redação ambígua quanto à autoridade competente ocorria pelo fato de a redação do § 4º do Artigo 22º estabelecer que “havendo necessidade, o árbitro poderá solicitar medidas coercitivas ou cautelares ao Poder judiciário. A referência apenas do verbo solicitar

poderia levar ao entendimento que não caberia ao árbitro o exame de medidas cautelares, mas que teria a obrigação de remeter ao juízo estatal. Esta interpretação também seria equivocada, pois estaria a enfraquecer a jurisdição arbitral.” (ROCHA, 2017, p. 39).

Dessa forma, tendo em vista a necessidade de melhor regulamentação sobre a matéria, o parágrafo § 4º do artigo 22 da Lei n. 9.307/96 foi revogado integralmente pela Lei n. 13.129/15. A reforma da lei de arbitragem, como mencionado no primeiro capítulo, é o resultado de uma Comissão de Juristas instituída no Senado Federal com o propósito de revisar e modernizar a Lei de Arbitragem. A reforma não alterou a estrutura da lei, mas pautou-se pela inserção ao texto legal da jurisprudência pátria.

Assim, em se tratando das tutelas cautelares, a nova lei inseriu os artigos 22-A e 22-B. O artigo 22-A transforma em lei a possibilidade de as partes se socorrerem ao Poder Judiciário para a concessão de tutelas de urgências. No parágrafo único do artigo 22-A, o legislador seguiu o que está disciplinado no Artigo 308 do Código de Processo Civil, prazo de 30 dias para instauração do tribunal arbitral, a fim de manter a efetividade da medida concedida.²³

Já o artigo 22-B disciplina a competência dos árbitros para a concessão de medidas cautelares, inclusive determina que eles têm poderes para revisar medidas concedidas pelo Juízo estatal e adverte que, instaurado o procedimento, a competência é exclusiva dos árbitros.

Ainda, para sistematizar a cooperação entre o juízo arbitral e o juízo estatal, a reforma da lei de arbitragem inseriu o artigo 22-C. Trata-se do instituto da Carta Arbitral. Essa inovação está de acordo com o Código de Processo em seu Artigo 69, § 1º. Dessa forma, é possível chegar à conclusão de que o legislador, conforme defendido no final do último capítulo deste estudo, elegeu um sistema de cooperação entre os juízos²⁴

As mudanças foram significativas. A alteração sobre as medidas cautelares, ou seja, os artigos 22-A e 22-B foram inseridos em um capítulo novo, o capítulo IV-A intitulado da

²³ Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

²⁴ Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: § 1º As cartas de ordem precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

seguinte forma: “Das tutelas cautelares e de urgência”. Dessa forma, objetivou-se separar de vez a matéria do caput do Artigo 22, pois este dispõe da produção de provas e, como já abordado neste estudo, essa disposição legal poderia levar o interprete a equívocos hermenêuticos.²⁵

Nos ensinamentos de Flávio Luiz Yarshell e Lucas Britto Mejias, verifica-se que:

Andou bem, assim, a Lei n. 13.129/2015 ao inserir no diploma da Arbitragem capítulos próprios regulamentando as tutelas de urgência da forma já sistematizada pela Doutrina. Os dispositivos deixam claro que cabe ao Judiciário interferir para concessão de tutela de urgência apenas “antes de instituída a arbitragem”, bem como que, uma vez instituída, “caberá aos árbitros manter, modificar, ou revogar a medida”, e ainda que, “estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”. Ainda, a Lei traz a novidade das cartas arbitrais, instrumento destinado a buscar, junto ao Judiciário, a efetivação prática da medida quando o árbitro não possuir meios para tanto. Isso certamente superará as inseguranças sentidas na prática pelos árbitros no que toca à forma pela qual deverão se dirigir ao Poder Judiciário com essa finalidade. Vale destacar que a figura da Carta Arbitral está igualmente prevista no novo Código de Processo Civil (art. 260, § 3o), de forma semelhante ao que prevê a Lei ora em análise. (YARSHEL; MEJIAS, 2013, p. 242).

A novidade legislativa referente à Carta arbitral deixa claro que a relação do juiz e do árbitro é de cooperação. A redação original da Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil de 1973 não continham regulamentação sobre os trâmites atinentes aos atos de cooperação entre o árbitro e o juiz. Isso era motivo de insegurança jurídica para as partes (AMARAL, 2013, p. 461).

O artigo 22-C é congruente com as regras do artigo 189, inciso IV, do artigo 237, inciso IV, do artigo 260, § 3º, e do artigo 267, todos do Código de Processo Civil. Tais dispositivos disciplinam a carta arbitral no âmbito do Código de Processo Civil.²⁶

O artigo 189, inciso IV, do Código de Processo Civil, excepciona a regra geral da publicidade dos atos processuais, determinando a tramitação em segredo de justiça dos

²⁵ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. § 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros. § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem. § 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral. § 4º (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) § 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

²⁶ Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

processos “que versem sobre arbitragem, inclusive sobre o cumprimento da carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.”²⁷

O inciso IV do artigo 237 disciplina o regime de cooperação entre o juiz e o árbitro, inclusive em relação à efetivação da tutela provisória.²⁸ O § 3º do artigo 260 determina que a carta arbitral deverá atender aos requisitos gerais das cartas, ao previsto no artigo 260, e ser instruída com a convenção de arbitragem, a prova de nomeação do árbitro e a prova da aceitação da função pelo árbitro. Os motivos para a recusa do cumprimento da carta arbitral estão previstos no artigo 267 do Código de Processo Civil.²⁹

No magistério de Paulo Osternack Amaral:

De um lado, tais dispositivos destinam-se a garantir uniformidade ao regime de cooperação, pois traçam requisitos objetivos para que a solicitação seja submetida ao Judiciário. Por outro, conferem segurança ao juiz para empregar atos de força destinados ao cumprimento da decisão arbitral, na medida em que se sentirá mais confortável para cooperar diante da comprovação da regularidade da arbitragem. (AMARAL, 2013, p. 467).

De outro lado, a doutrina adverte para os limites desse regime de cooperação. Em outras palavras, ao juízo estatal cabe somente a análise dos aspectos formais da requisição do árbitro. São aspectos formais: regularidade e limites da convenção arbitral, atendimentos aos preceitos da ordem pública e aos bons costumes e a suficiência da documentação apresentada ao processamento e efetivação da medida. O fundamento para a existência dos limites é o artigo 18 da Lei n. 9.307/96.³⁰ (AMARAL, 2013, p. 467).

Portanto, o legislador aproveitou a oportunidade de reformar a lei de arbitragem e assim o fez de forma eficiente e adequada, uma vez que não realizou severas mudanças na sistemática arbitral, mas trouxe alterações pontuais fruto do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Além disso, adequou a Lei ao Código de Processo Civil no que se refere ao regime de cooperação entre Arbitragem e Poder Judiciário. Assim, o detalhamento legislativo contribui

²⁷ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

²⁸ Art. 237. Será expedida carta: IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

²⁹ Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

³⁰ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário.

para que os árbitros, as partes, advogados e juízes atuem com precisão em ambiente seguro e eficiente.

3.2 CARACTERÍSTICAS DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Esta seção objetiva analisar as características da Convenção Arbitral. Assim, analisam-se os princípios nos quais estão ancorados institutos, além de sua natureza jurídica e limites. A Convenção Arbitral é o gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Essa é a conclusão a que se chega ao analisar o artigo 3º da Lei 9.307/96.³¹

No magistério de Francisco José Cahali, “a cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Possuindo caráter preventivo.” (CAHALI, 2012, p. 64). Ainda, Francisco José Cahali explica: “por sua vez, o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante um conflito manifesto e deflagrado entre as partes, faz-se a opção pela juízo arbitral.” (CAHALI, 2012, p. 65).

A arbitragem possui raízes em bases contratuais e possui função jurisdicional como visto anteriormente. Dessa maneira, tendo em vista esses pressupostos, existem princípios que norteiam a Convenção Arbitral e sua função jurisdicional. Passa-se ao estudo deles.

O primeiro é o princípio da autonomia privada. Na arbitragem, o princípio manifesta-se pelo seu caráter facultativo; em outras palavras, na liberdade que as partes possuem em afastar a Jurisdição Estatal e submeter controvérsia à solução arbitral (LEVY, 2012, p. 70).

Além desse aspecto de expressão desse princípio, podem-se verificar outros presentes na arbitragem, por exemplo, a liberdade na escolha dos árbitros, a liberdade da criação de procedimento específico, a escolha na legislação a ser aplicada, o idioma, a sede, entre outros.

Nas palavras de Francisco José Cahali, “[...] a autonomia aqui confirma o poder das partes de modelar, em conjunto, toda a arbitragem, desde sua eleição e seu início, até a sua conclusão, passando pelo seu conteúdo. E assim, este princípio é da essência deste Instituto.” (CAHALI, 2012, p. 97). Porém, cabe advertir que nenhum princípio é absoluto. Portanto, sua aplicação ao instituto da arbitragem possui limites delimitados pelo sistema jurídico. O seu exercício só cria relações jurídicas válidas se estas não conflitarem com disposições de caráter cogente (LOTUFO, 2012, p. 161).

³¹ 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.

Dessa maneira, ainda que as partes possuam ampla liberdade quando se trata de arbitragem, elas devem respeitar os limites de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, aos bons costumes e à ordem pública. Os limites objetivos e subjetivos serão aprofundados em análise ao final desta seção (LEVY, 2017, p. 70).

Outro princípio é o da boa-fé. Segundo Francisco Cláudio de Almeida Santos, “dois princípios são básicos do juízo arbitral, como instituição, porque dão sustentáculo à sua concepção desde sua formulação teórica, sua instauração e sua instrumentalidade: o princípio da autonomia da vontade e o princípio da boa-fé.” (SANTOS, 1999, p. 113).

Ainda, no magistério de Fernanda Levy, “o princípio da boa-fé é a alma e essência da arbitragem e deve estar presente antes, durante e após o término da arbitragem. Sem ele, temos toda sorte de questões que maculam além do procedimento em si, todo o instituto da arbitragem.” (LEVY, 2017, p. 71).

No raciocínio de Francisco Cláudio de Almeida Santos, esse princípio possui elevado significado para arbitragem, na dimensão que:

[...] reequipara as condições entre juízo estatal e juízo arbitral, pois dela deriva um clima de ausência de combate entre as partes, de respeito pelos direitos recíprocos e pelos árbitros, bem como de absoluta confiança nos últimos. Assim, este princípio de direito informa, estrutura e vivifica a arbitragem, nela prevalecendo sempre a boa-fé, isso porque, quem faz opção pela boa-fé, deste modo, se rende à jurisdição privada e tem o propósito de cumprir o decidido, independentemente de coação através da jurisdição do Estado. (SANTOS, 2013, p. 127).

A jurisprudência também já se manifestou sobre a observância do princípio da boa-fé e da vontade das partes. Trata-se do REsp 712.566-RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

[...] ressalte-se que a inserção de cláusula arbitral nos contratos internacionais constitui prática frequente, sendo, muitas vezes, condição essencial para a celebração da avença. Nesse contexto, portanto, a solução do conflito arbitral representa a manifestação da vontade das partes e está estritamente vinculada à observância do princípio da boa-fé que deve animar, também, os contratos internacionais, sob pena, inclusive, de ser imputado à empresa brasileira prática de ato desleal por descumprimento do que foi pactuado.

Por último, tem-se o princípio do devido processo legal. No ordenamento jurídico brasileiro, as partes possuem autonomia para disciplinar o procedimento a ser seguido, artigo 21 da Lei n. 9.307/96. A autonomia de disciplinar o procedimento é característica essencial do procedimento arbitral. Tanto é que, com fundamento na flexibilidade do procedimento arbitral,

alguns doutrinadores defendem que não é aplicável ao procedimento arbitral o Código de Processo Civil, pois este é considerado um procedimento rígido.³²

Porém, apesar de as partes possuírem ampla autonomia para disciplinar o procedimento, essa liberdade não é absoluta. Nos termos do artigo 21, § 2º da Lei n. 9.307/96, as partes devem observar os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, ou seja, o princípio do devido processo.³³

Nas palavras de José Eduardo Carreira Alvim:

A arbitragem, ex vi legis, é informada por alguns princípios (art. 21, § 2º, Larb), aos quais, em razão da função que cumprem, denomino de princípios “diretores” do processo arbitral. São eles os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Aliás, a grande diferença entre o processo arbitral e o judicial não está na natureza jurídica de ambos – que é precisamente a mesma –, mas em permitir a arbitragem que as partes escolham árbitros e as regras do procedimento arbitral, o que não se admite o processo judicial. (ALVIM, 2008, p. 169).

Assim, analisado os principais princípios que norteiam a Convenção arbitral, passa-se ao estudo dos limites: um denominado de extensão subjetiva da convenção de arbitragem e outro de extensão objetiva. O limite de extensão objetiva delimitar qual o exato objeto da Convenção Arbitral. A doutrina classifica as cláusulas arbitrais em dois tipos: as cheias e as vazias. As cláusulas arbitrais cheias são cláusulas em que possuem todos os elementos previstos no artigo 5º da Lei n. 9.307/96.³⁴ Essas cláusulas, as cheias, não apresentam dificuldade ao interprete de identificar o seu limite objetivo, uma vez que possuem uma redação mais completa. Ainda, possuindo todos os elementos necessários, conforme o artigo 19 da Lei n. 9.307/96, para se dar início à arbitragem.³⁵

³² Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

³³ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

³⁴ Art. 5º. Reportando-se às 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.

³⁵ Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. § 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

O professor Francisco José Cahali apresenta alguns exemplos de questão que podem ser disciplinadas por uma cláusula cheia, sendo eles:

(a) a sede e o local de desenvolvimento dos atos procedimentais, (b) a escolha da lei aplicável, permitida a opção pelo julgamento com base na equidade ou com fundamento em princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio, e, de qualquer forma, respeitada a ordem pública e os bons costumes, (c) o prazo para apresentação da sentença arbitral, (d) a língua a ser utilizada no procedimento, e se for em duas línguas, qual prevalecerá em caso de dúvida, (e) se todos os conflitos decorrentes daquele contrato serão resolvidos pela arbitragem, dividindo, por exemplo, por matéria e valor, (f) a responsabilidade pelo pagamento das despesas com o procedimento, inclusive estipulando honorários dos árbitros. (CAHALI, 2012, p. 68).

Por sua vez, nas cláusulas arbitrais vazias ou branca, é comum encontrar disposições genéricas, ou seja, utilizam-se expressões pouco claras referentes ao exato objeto da Convenção Arbitral. Exemplo de cláusulas arbitrais vazias: “As partes elegem de comum acordo, para dirimir quaisquer divergências decorrentes direta ou indiretamente do presente contrato, a resolução por arbitragem.” “Fica desde já acordado entre as partes contratantes que toda e qualquer controvérsia oriunda do presente contrato será resolvida por meio de arbitragem, renunciando os contratantes ao foro estatal.” (LEVY, 2012, p. 89).

Como deve ser feita a interpretação em casos complexos, como nos casos de contratos coligados? No sentido de favorecer a arbitragem ou de modo restritivo? A doutrina defende que a interpretação correta é no sentido de favorecer a arbitragem.

Quem convencionou a solução arbitral para dirimir litígio não está, em princípio (a não ser que aja com reserva mental) imaginando fatiar a contenda para submeter parte das questões do árbitro e parte ao Poder Judiciário. A convenção arbitral é atestado de que existe vontade clara de submeter os litígios decorrentes, envolventes, relacionados, pertinentes, derivados ou resultantes de certa relação jurídica à solução de árbitros. Se houver alguma excludente, parece razoável esperar que na convenção de arbitragem essa exclusão clara, a interpretação da convenção deve envolver toda a relação jurídica. (CARMONA, 2009, p. 84).

Ainda nesse sentido, segundo Jéssica Ricci Gago e Wanderley Fernandes:

Se a cláusula arbitral não for suficientemente clara quanto a sua extensão em relação às matérias e aos litígios decorrentes do contrato em que é inserida, a dúvida deve ser resolvida a favor da arbitragem, sendo esse o entendimento contido nas entrelinhas da Lei Brasileira de Arbitragem, ao atribuir ao Poder Judiciário o dever de fazer valer a cláusula compromissória em caso de recusa de uma das partes. [...] Nesse sentido, a combinação dos princípios “favor arbitragem” e da boa-fé objetiva nos leva à conclusão de que, nos contratos coligados em que um deles preveja a arbitragem como meio de solução de controvérsias e os outros silenciem sobre a forma de solução de litígios, impõe-se a extensão dos efeitos da cláusula arbitral, a fim de submeter à arbitragem toda a relação jurídica de direito material entre as partes. (CAGO; FERNANDES, 2014, p. 46).

Entendimento também defendido por Selma Ferreira Lemes ao analisar precedente jurisprudencial do Tribunal Supremo Espanhol envolvendo contratos coligados e a discussão da extensão da cláusula arbitral. Afirma a autora:

[...] dependendo da situação em cada caso, a interpretação extensiva da cláusula arbitral seria perfeitamente possível, haja vista que os negócios jurídicos devem ser analisados à luz da boa-fé e seus consectários, a confiança, a lealdade contratual etc.; que, aliás, representam a pedra de toque de todas as relações jurídicas. (LEMES, 2007, p. 3).

Já os tribunais vinham realizando uma interpretação restritiva, ou seja, contra a arbitragem. Utiliza-se o fundamento da autonomia da vontade que deve ser expressa a fim de renunciar a jurisdição estatal, conforme artigo 4º, § 1º da lei 9.307/96. Assim, por se tratar de um renúncia, conseqüentemente, deve ser interpretada restritivamente, nos termos do artigo 114 do Código Civil.

Nesse sentido, tem-se os seguintes julgados, Superior Tribunal de Justiça – SEC: 1ex. 2007/0156979-5 de Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.10.2011³⁶, Recurso Especial n. 1.602.696/PI, de Relatoria do Ministro Moura Ribeiro, julgado em 09.08.2016³⁷, Apelação Cível do TJ-SP n. 351426120068260000, de Relatoria do

³⁶ SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. PRETENSÃO HOMOLOGATÓRIA A SER DEFERIDA EM PARTE. REQUISITOS DA LEI ATENDIDOS. VÍCIOS DENEGAÇÃO INEXISTENTES. AMPLA COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE OS CONTRATANTES DE JOINT VENTURE. Sendo lícito o negócio jurídico realizado no Brasil, por partes de legítimo contrato de joint venture, não se lhe pode extrair as conseqüências jurídicas da quebra do acordado. Por mais razão, não se pode afastar a convenção arbitral nele instituída por meio de cláusula compromissória ampla, em que se regulou o Juízo competente para resolver todas as controvérsias das partes, incluindo aí a extensão dos temas debatidos, sob a alegação de renúncia tácita ou de suposta substituição do avençado. Uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tinham o condão de afastar a convenção das partes. Ademais, o próprio sentido do contrato de joint venture assinado pelas partes elimina o argumento de que uma delas quis abdicar da instituição de juízo arbitral no estrangeiro. A revelia não importa em falta de citação, mas, ao contrário, a pressupõe. O laudo arbitral lavrado por Corte previamente prevista na cláusula compromissória obedece aos requisitos para sua internalização em território pátrio, máxime porque não ofende os ditames dos arts. 3º, 5º e 6º da Resolução n.º 9 desta Corte, devendo, por isso, ser homologado. Havendo a Justiça brasileira, definitivamente, resolvido controvérsia quanto a um dos temas do pedido de homologação da sentença arbitral, deve a pretensão ser negada quanto a isso por obediência à coisa julgada. Homologação deferida em parte, com a exclusão dos itens 7 e 10 da decisão arbitral. (STJ - SEC: 1 EX 2007/0156979-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)

³⁷ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ART. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. 1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e

Desembargador Mathias Coltro, julgado em 18/01/2012³⁸, e Apelação Cível do TJ-SP n. 00408159320118260506, de Relatoria do Desembargador James Siano, julgado em 24/06/2014³⁹

Porém, existem dois julgados pragmáticos do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido da possibilidade da extensão dos efeitos objetivos da cláusula compromissória. O primeiro julgado é apelação cível n. 0002163-90.2013.8.26.0100 de relatório do Desembargador Gilberto dos Santos, julgado em 03.07.2014.⁴⁰ O segundo, também uma

535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE nº 5206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que parte ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/88. 4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário. 5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes. 6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário. 7. Recurso especial provido. (STJ – Recurso Especial n. 1.602.696, Relator Ministro Moura Ribeiro, Data de julgamento: 09.08.16. 3º Turma)

³⁸ ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE. EXECUÇÃO DE CLÁUSULA ARBITRAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL MATÉRIA RELATIVA À DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE COM APURAÇÃO DE HAVERES QUE NÃO CONSTA EXPRESSAMENTE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA INSERIDA NO CONTRATO SOCIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO MANTIDA - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA, EM RAZÃO DO PERMISSIVO DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DESTA EGRÉGIA CORTE -SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 351426120068260000 SP 0035142-61.2006.8.26.0000, Relator: A.C.Mathias Coltro, Data de Julgamento: 18/01/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/02/2012)

³⁹ AÇÃO DECLARATÓRIA DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CUMULADA COM APURAÇÃO DE HAVERES. Decreto extintivo pela existência de cláusula compromissória de Juízo Arbitral, com verba honorária estipulada em R\$ 2.500,00 para cada um dos advogados dos réus. Data da distribuição da ação: 28/07/2011. Valor da causa: R\$ 214.011,59. Apela o autor sustentando já terem sido ajuizadas três demandas da mesma relação jurídica, sem os adversos suscitarem a incidência da cláusula; arguição apenas nesta sede configura ofensa ao princípio da boa-fé objetiva; cláusula compromissória vazia; sociedade já dissolvida; não sendo mais sócio não está submetido ao contrato social; direito de retirar-se da sociedade não se sujeita à arbitragem e não possui condições econômicas para pagamento de árbitros especializados; subsidiariamente, pela redução dos honorários advocatícios. Apela os réus pugnando pela majoração da verba honorária. Cabimento do recurso do autor e prejudicados os reclamos dos réus. Cláusula compromissória diz respeito apenas a divergências entre os sócios. Autor já se retirou da sociedade. Questão remanescente de apuração de haveres e consequente constituição de crédito a ser satisfeito pela sociedade supera os limites estabelecidos para o Juízo arbitral. Pessoa jurídica não poderia participar da arbitragem, exceto se houvesse cláusula específica ou superveniente avença que sujeitasse todos os envolvidos. Patrimônio dos sócios distinto daquele pertencente à sociedade. Decisão proferida no Juízo arbitral não seria capaz de impor à empresa uma obrigação de pagar. Recurso do autor provido para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância para prosseguimento do feito em seus ulteriores termos. Prejudicados os recursos dos réus. (TJ-SP - APL: 00408159320118260506 SP 0040815-93.2011.8.26.0506, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 24/06/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/06/2014)

⁴⁰ ARBITRAGEM. Conflito decorrente de contratos de “ Swap ” coligados a Contrato de abertura de crédito com cláusula compromissória. Negócios jurídicos acessórios que tiveram sua causa eficiente bem sedimentada no Contrato de Abertura de Crédito que lhes traçou as cláusulas nucleares. Inocorrência da alegada autonomia e independência dos ditos contratos derivativos utilizados para proteção ou possível alavancagem dos ativos da empresa devedora. Submissão da matéria ao tribunal arbitral. Cabimento. Recurso da autora não provido nessa parte. Se o contrato principal de empréstimo reflete verdadeira condição sine qua non da existência daqueles de “ swap ”, que lhe são meros anexos ou acessórios, a cláusula compromissória do contrato principal se

apelação cível n. 00188140720108260068, de relatoria da Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery, julgado em 31.03.2014.⁴¹

Por último, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento sobre a matéria no julgamento do Recurso Especial n. 1.639.035 – SP. No caso, discutia-se se a cláusula compromissória prevista no contrato de abertura de crédito pudesse atingir os contratos de *swap* realizados entre as partes.

O Ministro relator do caso, Paulo de Tarso Sanseverino, confirmou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, o ministro Sanseverino concluiu pela possibilidade de extensão da cláusula compromissória do contrato principal para contratos anexos, no caso, contrato de *swap*. Em determinado trecho de seu voto, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino argumenta:

estende ao acessório coligado. Assim, se o que se discute é o dever, ou não, de honrar esses instrumentos de pagamento do contrato principal, não se verifica conflito nenhum de arbitragem com a autonomia de vontade das partes expressada na cláusula de eleição de foro judicial pertencente aos Contratos de “*Swap*”, permanecendo está preservada e em estado latente, no aguardo de situações específicas que lhe permitam invocação. Caso envolvendo litisconsórcio de partes com interesses distintos no mesmo polo. Omissão do regulamento da Câmara de Arbitragem quanto a indicação de árbitros em casos de multipartes com interesses distintos no mesmo polo. Integração do regulamento pelo Presidente daquele órgão que não se deu com melhor técnica jurídica por fazer prevalecer a indicação de árbitro de apenas uma das partes, suprimindo o direito de indicação de outras. Inobservância de princípios basilares da isonomia e imparcialidade que viciaram a formação do painel arbitral. Parte prejudicada que invoca a reserva legal de apreciação de tal questão pelo judiciário. Inocorrência de preclusão nos termos do art. 29 §º, da Lei 9307/96. Sentença arbitral anulada. Recursos do Réus não providos. No juízo comum (estatal), o julgador é investido diretamente pelo próprio Estado; no juízo arbitral, diferentemente, o julgador é investido diretamente pelas próprias partes. Portanto, se há algum momento em que não pode haver qualquer espécie de dúvida, incerteza ou mácula este reside no ato dessa verdadeira “investidura” manifestada pelas partes. Afinal, o poder de dizer o direito sobre um caso concreto outorgado ao juiz arbitral só goza de tal predicado de impor decisão com eficácia vinculante para as partes por que estas assim quiseram. Ação anulatória de sentença arbitral. Honorários de advogado. Sucumbência recíproca. Autora que deduz dois pedidos declaratórios, restando acolhidos apenas um deles. Aplicação da regra do art. 21 do CPC. Divisão que não precisa se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte, mormente quando a lide não envolve, imediatamente, discussão de valores, mas apenas declaração de direitos. Recurso da autora não provido nessa parte. “A norma contida no art. 21 do CPC estabelece a divisão do ônus de sucumbência de forma recíproca e proporcional entre vencido e vencedor, não significando, contudo, que essa divisão tenha de se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte.” (TJ-SP – APL: 0002163-90.2013.8.26.0100 SP 000216390.2013.8.26.0100, Relator: Gilberto dos Santos, data de julgamento: 03.07.2014. 11ª Câmara de Direito Privado, Data de publicação: 17.07.2014)

⁴¹ Seguro. Corretagem. Prestação de serviços. Cláusula arbitral aposta em contrato-quadro. Contrato acessório que não estipula cláusula arbitral. Pretensão da apelada que funcionaria como propulsora de um efeito jurídico como o que o sistema jurídico proíbe decorrer de cláusula puramente protestativa. Princípio da competência-competenz. Cláusula puramente protestativa, às avessas. Decisão que privilegia a lealdade das partes e a funcionalidade do negócio (contrato-quadro) de que emanam as questões jurídicas que a todos interessa. Art. 6º e 7º da Lei 9307/96. Recurso provido. (TJ-SP APL: 00188140720108260068 SP 001881407.2010.8.26.0068, Relator: Rosa Maria de Andrade Nery, Data de julgamento: 31.03.2014. 34ª Câmara de Direito Privado, Data da publicação: 02.04.2014)

Adotando-se o entendimento de que efetivamente existe coligação entre os contratos entabulados entre as partes, mostra-se flagrante a possibilidade de extensão da cláusula compromissória prevista no contrato principal aos contratos de swap, eis que vinculados a uma única operação econômica. [...] Extraindo-se que num sistema de coligação contratual o contrato reputado como sendo o principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos que a ele se ajustam, não se mostra razoável que uma cláusula compromissória inserida naquele não tivesse seus efeitos estendidos aos demais (STJ – Resp: 1639035 SP 2015/0257748-2, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de julgamento: 18.09.2018, 3ª Turma, Data de Publicação: Dje 15.10.2018)⁴².

Portanto, é possível anotar que, principalmente a partir de 2014, os tribunais brasileiros estão apresentando uma tendência de mudança de entendimento sobre a questão, alterando seu entendimento de uma visão restritiva de arbitragem para uma visão pró-arbitragem.

Superada a análise da extensão na cláusula arbitral em seu aspecto objetivo, passamos à análise do aspecto subjetivo.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem prevê que as pessoas capazes de contratar podem valer-se da arbitragem para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O Código Civil brasileiro, em seu artigo 851, dispõe que é admitido compromisso judicial ou extrajudicial para resolver demandas entre pessoas que podem contratar.⁴³ Portanto, as pessoas capazes de contratar podem ser naturais ou jurídicas, de direito privado ou de direito público e entidades integrantes da Administração Pública direta ou indireta.

Essas pessoas podem, por autonomia da vontade, realizar um compromisso arbitral. Dessa forma, o limite subjetivo são as partes. Quais partes consentiram com o compromisso arbitral. O tema é complexo dada a complexidade das transações e relações comerciais e empresariais. De fato, cada vez mais, a sociedade e relações comerciais apresentam demandas complexas. Não sendo possível identificar uma relação jurídica única, essa complexidade reflete-se nos procedimentos arbitrais.

Segundo os ensinamentos de Carlos Alberto Carmona:

⁴² RECUSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. CONTRATOS COLIGADOS. CONFLITO DECORRENTE DE CONTRATOS DE “SWAP” COLIGADOS A CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. 2. RECURSO ESPECIAL DE PARANAPANEMA S/A. CONTRATOS COLIGADOS. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA GRAVITAÇÃO JURÍDICA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 7/STJ. (STJ Resp: 1639035 SP 2015/0257748-2, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de julgamento: 18.09.2018, 3ª Turma, Data de Publicação: Dje 15.10.2018)

⁴³ Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Sendo a convenção de arbitragem um negócio jurídico processual bifronte (vincula as partes no que se refere à solução de litígios atuais ou futuros, submetendo-os à solução arbitral e derroga a jurisdição estatal) cumpre examinar se é possível imaginar que a cláusula arbitral ou o compromisso possam atingir quem não foi parte na avença. O problema, é claro, não é novo, mas começa agora – com o notável desenvolvimento da arbitragem no Brasil – a preocupar a doutrina nacional. Os interessados no tema, sem dúvida, são as empresas que formam conglomerados ou grupos econômicos. É comum que uma das empresas de determinado grupo econômico celebre um contrato (que contenha cláusula compromissória, por exemplo), embora diversas sociedades componentes do grupo tenham participado ativamente da relação jurídica. Seria tal atuação suficiente para arrastar tais empresas a eventual juízo arbitral decorrente do contrato que não firmaram? (CARMONA, 2009, p. 82).

Levando em consideração que a arbitragem possui um caráter eminentemente consensual na sua criação e a previsão legal da lei 9.307/96 no artigo 4º, § 1.º, que esse consentimento deve ser expresso, é possível a flexibilização dessa norma?⁴⁴

A jurisprudência brasileira vem se posicionando no sentido que é possível. Porém, cabe advertir que somente naqueles casos em que o terceiro, que não aderiu à cláusula compromissória de forma expressa, possui um elo com o jurídico em litígio.

Alguns doutrinadores definem essa conduta como elemento definidor do consentimento. No magistério de Diogo Oliveira e Lucas Britto Mejias, “Principalmente nas hipóteses em que a parte não nominada no contrato participa de sua negociação e execução, influenciando seus termos, tomando decisões, manifestando vontades, enfim: adotando condutas similares a de uma parte contratante.” (OLIVEIRA; MEJIAS, 2017, p. 4).

Nesse sentido, Diogo de Oliveira e Lucas Britto Mejias argumentam:

De fato, se a lei a que a cláusula compromissória arbitral está submetida não exige a efetiva assinatura na parte do documento, [...] então, a concordância das partes quanto à cláusula compromissória arbitral pode ser extraída de outros meios. É indispensável, não há dúvidas, a constatação da concordância, mas não de concordância pela assinatura. Assim, não há como se negar a possibilidade de concordância por meio de outro documento, ou por meio da efetiva participação nas negociações de determinado contrato, com expressa ou implícita aceitação dos termos da avença; ou até mesmo da participação da parte na execução de contrato de cujos termos havia sido cientificada e aos quais anuiu. (OLIVEIRA; MEJIAS, 2017, p. 5).

Os tribunais brasileiros já se manifestaram sobre essa matéria. O primeiro precedente sobre o tema é do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de apelação cível n. 267.450.4/6-00, de relatoria do Desembargador Constança Gonzaga. Trata-se de apelação

⁴⁴ Art. 4º A cláusula compromissória é 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. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

interposta por Trellerborg do Brasil Ltda. em face de Anel Empreendimentos e Participações Agropecuárias Ltda.⁴⁵

Nesse caso, as apelantes alegam que não poderiam se sujeitar aos efeitos da decisão arbitral, pois não teriam firmado os documentos que instituiu o Tribunal Arbitral. Porém, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, mesmo não firmando o documento pela parte recorrente, a ativa participação da recorrente justificava a extensão da cláusula arbitral.

Assim argumentou o Desembargador Constança Gonzaga:

No tocante à manifestação por último apresentada, reiterando os argumentos de que a Empresa “Trellerborg do Brasil Ltda.”, em nenhum momento assinou os contratos para cuja discussão a sentença instituiu o tribunal arbitral e de que essa circunstância foi expressamente reconhecida naquela sentença, coloca-se como contra-argumentação, o fato de que a lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que trata da arbitragem, no capítulo que aborda as Disposições Gerais, deixa claramente expressa a desnecessidade de haver prévio contrato assinado pelas partes que participarão do Juízo Arbitral [...] É o que se vê nos autos, em que não obstante inexistente assinatura da apelante “Trellerborg do Brasil Ltda.”, é mais que evidente, face à farta documentação existente, a relação jurídica que há entre as partes, decorrente dos negócios em comum, travados, em que se observa a participação ativa da apelante Trelleorg do Brasil Ltda (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível com Revisão nº 267.450.4/6-00, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Constança Gonzaga, J. 24.05.2006).

Em 2011, o Judiciário Paulista julgou um pleito anulatório de sentença arbitral que havia reconhecido a vinculação das partes não signatárias à convenção arbitral. Trata-se do Recurso de Apelação n. 0214068-16.2010.8.26.0100, de Relatoria do Desembargador Roberto Mack Cracken.⁴⁶

⁴⁵ SENTENÇA QUE INSTITUIU TRIBUNAL ARBITRAL PARA DIRIMIR CONFLITO ENTRE AS PARTES - ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA AFASTADA - ARGUMENTO REITERADAMENTE DESENVOLVIDO QUE CAI POR TERRA, FACE ÀS PROVAS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A TODA EVIDÊNCIA O DESENVOLVIMENTO NAS NEGOCIAÇÕES DE QUE DECORREU O LITÍGIO INSTAURADO - INEXIGIBILIDADE DE HAVER PRÉVIO CONTRATO - ART, 1º DA LEI 9.307/96 QUE TEM COMO EXIGÊNCIA A CAPACIDADE DAS PARTES PARA CONTRATAR, O QUE DEVE SER ENTENDIDO COMO CAPACIDADE CIVIL PARA MANTER RELAÇÃO JURÍDICA QUE ENVOLVA DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS. APLICAÇÃO DE MULTA POR OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE NATUREZA INFRINGENTE - DECISÃO QUE SE REVESTE DE CERTO RIGORISMO, CUMPRINDO SER AFASTADA A PENALIDADE IMPOSTA - RECUSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível com Revisão n. 267.450.4/6-00, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Constança Gonzaga, J. 24.05.2006)

⁴⁶ PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Correto o julgamento antecipado da lide. Necessidade apenas de prova documental, a qual foi produzida de forma farta. Preliminar rejeitada. ARBITRAGEM. Exceção do princípio do livre acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição. Questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que possui a cláusula compromissória, bem como daqueles que serão atingidos pela sentença arbitral que se encontra sob apreciação discricionária do árbitro. Regra do “kompetenz-kompetenz”. Fundo internacional que firma termo que previa expressamente ser aditivo de contrato que avençou a solução de conflitos pela arbitragem. Tentativa de utilizar-se do Poder Judiciário para se afastar da arbitragem e seus efeitos. Impossibilidade. Conduta que configura ofensa ao princípio do “venire contra factum proprium”. Sentença arbitral que não violou os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e que se encontra fundamentada de forma cuidadosa e dentro dos

Em determinado trecho da decisão, fica claro o fundamento utilizado para decidir no sentido de ampliar o limite subjetivo da convenção:

Nota-se, inclusive, que as requerentes, na própria inicial, confirmaram de forma inequívoca a participação na elaboração do referido contrato, afirmando que rejeitaram inclusive a solicitação da requerida para inclusão expressa, o que confirma a tese exposta na defesa e documentos, ou de que toda a transação envolveu diretamente as requerentes (TJ-SP – APL: 2140681620108260100 SP 021406816.2010.8.16.0100, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de julgamento: 16.10.2012. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial).

Em igual sentido, recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento de apelação cível, n. 0243791-06.2015.8.21.7000, de Relatoria do Desembargador Pedro Celso Dal Prá, julgado em 17.09.2015, decidiu que a cláusula compromissória se estende à empresa que atuou como intermediadora em contrato de franquia que possuía cláusula compromissória.⁴⁷

Portanto, verifica-se que a flexibilização dos limites subjetivos do compromisso arbitral vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros de forma adequada. Consta-se o cuidado do Poder Judiciário ao analisar a peculiaridade de cada caso, não aplicando a flexibilização de forma indiscriminada.

3.3 TEORIAS QUE ESTENDEM A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM A TERCEIROS

Por fim, cabe analisar a complexa questão da extensão da convenção de arbitragem a terceiros que não tenham aderido de forma expressa a convenção arbitral após ampla análise

limites dos direitos disponíveis questionados pelas demandantes. Alegação de que a sentença arbitral não se vinculou aos regramentos jurídicos arguidos pelas partes. Juízo arbitral que, como sendo juiz de fato e de direito do caso concreto (Art. 18 da Lei 9.307/96), deve estar adstritos aos fatos e aplicar o direito adequado ao conflito existente. Pacto arbitral que previu que legislação aplicável seria a brasileira, permitindo, assim, ao árbitro decidir de acordo com o direito positivo. Inexistência de violação do Artigo 22 da Lei 9.307/96. Honorários advocatícios. Arbitramento. Redução. Redução de verba honorária, sem, contudo, afetar a necessidade, de arbitramento que corresponde a justa remuneração do trabalho profissional. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP – APL: 2140681620108260100 SP 021406816.2010.8.16.0100, Relator: Roberto Mac Cracken, Data de julgamento: 16.10.2012. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial)

⁴⁷ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL. CLÁUSULA ARBITRAL. OBSERVÂNCIA COGENTE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM PARA DIRIMIR O CONFLITO. A manifestação válida de vontade dos sujeitos da relação obrigacional, na eleição da arbitragem para dirimir conflitos advindos do contrato, há que obrigatoriamente ser respeitada. Hipótese de extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII. Pactuação de cláusula compromissória. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ-RS – AC: 70065584138 RS, Relator: Pedro Celso Dal Prá, Data de Julgamento: 17.09.2015, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

dos limites subjetivo e objetivo à luz da atual interpretação pela doutrina e jurisprudência pátria sobre a matéria.

Conforme Eugênia de Jesus Zerbini, “[...] é inquestionável que as raízes da arbitragem estão plantadas na vontade das partes.” Por essa razão, não é possível compelir, em tese, quem não tenha firmado a convenção de arbitragem a participar ou sujeitar-se aos seus efeitos.

Nesse sentido, em decorrência do princípio do devido processo legal e seus corolários, aplica-se à arbitragem a conhecida regra de direito processual de que a decisão proferida em um processo não pode atingir terceiros (GRINOVER, 2006, p. 13). Entretanto, algumas teorias foram desenvolvidas ao longo do tempo, a fim de estender os efeitos da arbitragem para terceiros interessados ou envolvidos em determinadas situações.

Nessa esteira, Marcos Gomes da Costa resume-as em sete, quais sejam:

(i) a teoria do grupo de companhias (“group of companies doctrine”), desenvolvida a partir do precedente “Dow Chemical vs Isover Saint Gobain” (ICC interim award n.º 4131, de 1982); (ii) a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (conhecida na doutrina internacional como “disregard of the legal entity”, “piercing the corporate veil” ou como teoria do “alter ego”); (iii) a teoria do consenso tácito (“implied consent”); (iv) a teoria da agência ou representação (“agency- representation”); (v) da sucessão; (vi) da cessão de direitos (“universal or individual transfers”); (vii) do terceiro beneficiário e de garantidores (“third-party beneficiaries and guarantee clauses”); ou, ainda, (viii) a teoria de raiz anglo-americana denominada de “estoppel” ou “equitable estoppel”. (SILVA, 2008, p. 175).

No Brasil, a teoria que vem sendo aplicada pelos tribunais é a do consenso tácito. Essa conclusão é possível pela análise dos julgados que estenderam os limites subjetivos a terceiros que não teriam participado de compromisso arbitral de forma expressa.

O questionamento inicial que se faz é: no caso da concessão de medida cautelar, pelo juízo arbitral, em que os efeitos atinjam terceiros que não tenham aderido ao compromisso arbitral de forma expressa, essa decisão viola o ordenamento jurídico ou não?

A bibliografia consultada indica para uma resposta dupla: depende. Na percepção da doutrina, sim, uma vez que, para Carlos Alberto Carmona, “o consentimento dos interessados é essencial, devendo ser cabal, claro e inequívoco, não podendo ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido, notadamente porque a jurisdição arbitral produz efeitos contundentes (afasta a jurisdição estatal).” (CARMONA, 2009, p. 82). Porém, como visto na seção anterior, os tribunais vêm aplicando o consentimento de acordo com o caso concreto, o que parece ser adequado. A leitura desse fenômeno através de uma regra rígida sem adequação à realidade pode enfraquecer o instituído da arbitragem em vez de fortalecer.

Nesse sentido, argumentam Lucas Britto Mejias e Diogo Oliveira:

[...] a teoria da “extensão da cláusula compromissória arbitral a partes não signatárias” parece estar sendo aplicada com consciência e adequação; tanto em âmbito internacional quanto, mais recentemente, em âmbito nacional. Constata-se manifesta tendência em avaliar a peculiaridade do grupo de sociedade como mero elemento colaborador da investigação dos limites subjetivos da convenção, e não como motivo único para que toda e qualquer empresa do grupo venha a ser incluída da arbitragem. Mantida essa linha de raciocínio, evitam-se desvios e, ao mesmo tempo, limitações exacerbadas. Isso tende a favorecer, entre nós, a utilização da arbitragem como adequado meio de solução de conflitos. (OLIVEIRA; MEJIAS, 2017, p. 9).

Portanto, deverá ser verificado de acordo com os fatos do caso concreto se presente consentimento tácito à arbitragem é caso de resposta positiva, ou seja, será possível uma medida cautelar deferida em juízo arbitral atingir terceiros. No entanto, se esse terceiro não teve consentido da arbitragem e não houver nenhum fundamento razoável de sua vinculação com a relação jurídica em lide, essa decisão será ilegal. Dessa forma, deve ser atacada através de embargos de terceiros a ser opostos perante o juízo togado (COSTA, 2013, p. 180). Além disso, essa decisão será nula, de acordo com o Artigo 32, IV da Lei 9.307/96, pois será proferida fora dos limites da convenção arbitral.⁴⁸

⁴⁸ Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...] IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

4 CONCLUSÃO

Com o propósito de discorrer acerca da possibilidade de que os efeitos de uma medida cautelar, no processo arbitral, possam atingir terceiros, construíram-se, neste trabalho, três capítulos cuja abordagem investiga a resposta para a problemática proposta. O primeiro trata da evolução histórica da arbitragem no Brasil, os regulamentos das principais câmaras arbitrais brasileiras; ao final, realiza-se uma análise sobre a possibilidade da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à arbitragem, adotando a corrente favorável à sua aplicação subsidiária.

Nesse momento do trabalho, infere-se que o Brasil evoluiu significativamente em relação à arbitragem durante sua história, tanto no aspecto cultural da comunidade jurídica em relação ao uso desse instituto quanto no aspecto legislativo. Em 1996, editou a Lei n. 9.307 exclusivamente para regulamentar o tema; ainda, em 2015, tendo em vista a necessidade de adequação do diploma legal à jurisprudência consolidada dos tribunais e correção das obscuridades existentes, modernizou-se através da Lei n. 13.129. Nessa reforma realizada pela Lei n. 13.129, de 2015, foi revogado integralmente o artigo 22, § 4º, que era alvo de críticas por sua ausência de clareza na redação. Além de ter posicionamento em capítulo que tratava da produção de provas, assim, podendo levar o interprete a equívocos hermenêuticos.

Dessa maneira, acertou o legislador, ao inserir na Lei n. 9.307/96 o Capítulo IV-A, intitulado “Das tutelas Cautelares e de Urgência”, incluindo os artigos 22-A, 22-B e 22-C. Nesse particular, é tornada em lei a possibilidade das partes se socorrerem do Poder Judiciário para a apreciação das tutelas de urgências. Disciplina-se a competência dos árbitros para a concessão de medidas cautelares, inclusive estabelecendo que eles terão poderes para revisar medidas concedidas pelo Judiciário.

Ainda, estabelece um sistema de cooperação entre o juízo arbitral e juízo estatal ao prever o instituto da Carta Arbitral, estando de acordo com o Código de Processo Civil. Dessa forma, coloca-se fim à divergência doutrinária sobre essa questão, adotando, o legislador, a corrente que defendia o sistema de cooperação, e não o de subordinação entre os juízos. Portanto, acertou o legislador, pois, através dessa regulamentação, concede segurança jurídica para a atuação do juiz.

Outro ponto que merece destaque são os regulamentos das principais câmaras arbitrais brasileiras. Estes, apesar de modernos, são omissos em relação às medidas cautelares, gerando insegurança jurídica para as partes e operadores do direito. Dessa forma, adequada é a adoção da corrente doutrinária que defende a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Tal

corrente doutrinária, defendida por Fredie Didier Junior e Humberto Theodoro Junior, possui maior apreço ao princípio da segurança jurídica. Todavia, o que deve ser aplicado são os conceitos de seus institutos, e não o texto da norma em si.

O segundo capítulo traz os poderes jurisdicionais do juízo estatal e arbitral, o conceito de jurisdição, suas características e elementos. Ao final, estuda-se como deve ser a relação entre esses juízos, o arbitral e o estatal, para adotar a corrente doutrinária que defende o dever de cooperação entre os juízos. Nesse ponto do estudo, examinam-se os poderes do juízo estatal, tendo estas características e elementos próprios. Seus elementos são intitulados pela doutrina como: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *judicium* e *executio*. Esse é o ponto fundamental que irá diferenciar o juízo estatal do árbitro, ou seja, os elementos da jurisdição, uma vez que somente o juízo estatal possui o poder de *imperium*. Mesmo não possuindo o poder de *imperium*, o árbitro dispõe de poderes para estabelecer *astreintese* ou outras determinações de simples *jurisdictio*.

Além disso, nesse momento, reflete-se sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, uma vez que havia correntes doutrinárias antagônicas. No entanto, o Código de Processo Civil posicionou-se em relação a essa questão; assim, estabeleceu, no artigo 3º, que a arbitragem possui natureza jurisdicional. Dessa forma, adota o posicionamento doutrinário majoritário e por ora pacificado. Tal posição sempre fora defendida por Carlos Alberto Carmona, Candido Rangel Dinamarco, Marcos Gomes da Costa e Adriana Noemi Pucci.

Assim, chega-se à construção do último capítulo do desenvolvimento, que versa sobre as medidas cautelares na arbitragem e terceiros. Para isso, perfaz as características da convenção arbitral, sua natureza jurídica e os limites da convenção arbitral: o limite objetivo e subjetivo. Ao final, examinam-se as teorias que estendem a convenção arbitral a terceiros.

A convenção arbitral constitui o gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A arbitragem possui raízes em bases contratuais, mas sua natureza jurídica é jurisdicional, como se verificou anteriormente. Esse instituto é balizado pelos princípios da autonomia privada, boa-fé e o princípio do devido processo legal.

A convenção arbitral também dispõe de dois limites mencionados pela doutrina: um denominado limite objetivo e o outro, limite subjetivo. O primeiro limite versa sobre o exato objeto da convenção arbitral. Já o segundo refere-se a quais partes está submetida a jurisdição arbitral.

Quanto ao limite objetivo, constatam-se na doutrina dois tipos: as cheias e as vazias. As cláusulas cheias são as cláusulas que possuem todos os elementos previstos no artigo 5º da Lei n. 9.307/96. Já as vazias são cláusulas compromissórias genéricas. Dessa maneira, estuda-se a

seguinte questão: como deve ser realizada a interpretação da cláusula em casos complexos como nos casos de contratos coligados?

Por fim, adota-se o entendimento da doutrina, conforme defendido por Carlos Alberto Carmona, Jéssica Ricci Gago, Wanderley Fernandes e Selma Ferreira Lemes. Tendo em vista o princípio da autonomia da vontade, não parece razoável que as partes queiram submeter a jurisdição arbitral apenas para parte de sua relação jurídica e outra parte ao Poder Judiciário. Ainda, essa solução respeita o princípio da boa-fé. Essa posição foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em recente julgado que tratou do tema, o RE n. 1.639.035 – SP.

No que se refere ao limite subjetivo, questiona-se: levando em conta que a arbitragem possui um caráter eminentemente consensual e que esse consentimento deve ser expresso, é possível a flexibilização desse limite?

Ao analisar a jurisprudência pátria sobre o tema, chega-se à conclusão que sim, porém, somente nos naqueles casos em que o terceiro aderiu tacitamente a cláusula compromissória e possui um elo com a relação jurídica em litígio. A conduta está se caracterizando, em alguns casos, como elemento definidor do consentimento. Ainda, quanto à flexibilização dos limites subjetivos, pode-se afirmar que vem sendo aplicada pelos tribunais de forma adequada e razoável, uma vez que o Poder Judiciário analisa as peculiaridades de cada caso, não aplicando a flexibilização de forma indiscriminada.

Como derradeiro, procedeu-se à investigação da seguinte hipótese: no caso da concessão de medidas cautelares, pelo juízo arbitral, em que os efeitos atinjam terceiros que não tenham aderido ao compromisso arbitral de forma expressa, essa decisão viola o ordenamento jurídico ou não? Isso depende da situação posta. Se presente uma conduta do terceiro capaz de caracterizar um consentimento tácito ao compromisso arbitral, sim, poderá uma medida cautelar em sede arbitral atingir terceiro. Entretanto, se ausente essa conduta caracterizado do consentimento, a resposta é não. Não poderá atingir terceiro. Desse modo, conclui-se que, no Brasil, atualmente, está sendo aplicada pelo tribunal a teoria do consenso tácito. Assim, é possível confirmar em parte a hipótese lançada no início deste estudo.

As medidas cautelares, em arbitragem, podem atingir terceiro desde que avaliada a complexidade do caso concreto e se presentes provas suficientes do consentimento tácito à convenção arbitral. Salienta-se, ainda, que a presente pesquisa poderia avançar no sentido de buscar identificar requisitos mínimos para a caracterização do consentimento tácito em relação à convenção arbitral. Esse desenvolvimento acadêmico proporcionaria aos operadores do Direito e às partes de um conflito maior segurança jurídica. Eis o desafio de uma futura pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ACERBI, Andrea Goes. A extensão da cláusula compromissória nos estatutos das sociedade anônimas. In: DUCLERE, Haroldo Malheiros (Org.). *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito arbitral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Forense, 2018.
- AMARAL, Paulo Osternack. A Concessão de Medidas Urgentes em Processo Arbitral Envolvendo o Poder Público. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 157, p. 10-15, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7161/breves-observacoes-sobre-o-procedimento-arbitral>>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- ARMELIN, Donaldo. Arbitragem e o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 8, v. 28, p. 131-137, jan./mar. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502170360/cfi/0!/4/4@0.00:8.57>>. Acesso em: 17 jan. 2016.
- BASTOS, Susana Filipa Pereira. *Arbitragem necessária*. Coimbra, 2016. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/31348/1/Arbitragem%20necessaria.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. *Código Civil*. Organização de Silvio de Salvo Venosa. Brasília, DF: Senado, 2002.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CAHALI, Francisco José; RODOVALHA, Thiago; FREIRA, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129 de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes. *Medidas Preventivas – Medidas Preparatórias – Medidas de Conversação*. Rio de Janeiro: Sugestões, 1966.

COSTA, Marcos Gomes. *Tutela de Urgência e Processo Arbitral*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2013.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luis. Medidas urgentes no processo arbitral brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Pafma, v. 35, p. 43-73, jul./set. 2008.

FILHO, Clavio de Melo Valença. Da ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Arbitro. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GAGO, Jéssica Ricc; FERNANDES, Wanderley. Extensão objetiva da cláusula arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 43, p. 33-58, 2014.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem*. Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao prof. Thóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer – Arbitragem e Litisconsórcio Necessário. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Cbar, n. 10, jul./set. 2006.

JUNIOR DIDIER, Fredie. *A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo: RT, ano 6, n. 20, p. 411-423, abr./jun. 2003.

_____. A interpretação extensiva da Cláusula Arbitral. In: *Âmbito Jurídico*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2373>. Acesso em: 13 maio 2019.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas Escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LOTUFO, Renan. Questões relativas à cláusula penal contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 32, n. 116, jul. 2012.

MAIA, Francisco. *Reforma da lei de arbitragem: comentários ao texto completo*. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.precisao.eng.br/download/reforma/Reforma%20da%20Lei%20de%20Arbitragem.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Da ausência de Poderes Coercitivos e Cautelares do Árbitro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 357-382.

MEJIAS, Lucas Britto; OLIVEIRA, Diogo. Notas sobre a abrangência subjetiva da cláusula compromissória a outras sociedades em grupo empresarial. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 55, p. 137-157, out./dez. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, André Luis; MANNHEIMER, Sergio Nelson; FICHTNER, José Antonio. Cinco pontos sobre a arbitragem no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 37, n. 205, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OPPETIT, Bruno. *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris: Litec, 1991. p. 415-425. Tradução Clávio de Melo Valença Filho e Bruno Lemos. “Justiça Estatal e Justiça Arbitral”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: IOB/CBAr, n. 25, p. 184-195, jan./mar. 2010.

PUCCI, Adriana Noemi. *Juiz & Árbitro*. Aspectos Atuais da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe. *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RODOVALHO, Thiago. *Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão*. São Paulo: Almedina, 2016.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. *Universitas*, n. 3, p. 49-70, jan./jun. 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *SEC n. 2007/0156979-5*. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 19 out. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RE n. 1.602.696*. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Brasília, DF, 9 ago. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resp n. 1639035.2015/0257748-2*. Rel. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, DF, 18. set. 2018.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE n. 59.696*. Rel. Ministro Luiz Gallotti, Brasília, DF, 2 jun. 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiro – Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral – Outras Intervenções de Terceiros. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. São Paulo: Universitária, 1999.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento n. 0036712-87.2003.8.26.0000*. Rel. Américo Angélico, São Paulo, 18 nov. 2003.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação n. 351426120068260000*. Rel. Antônio Carlos Mathias Coltro, São Paulo, 10 fev. 2012.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação n. 00408159320118260506*. Rel. James Siano, São Paulo, 24 jun. 2014.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação n. 0002163-90.2013.8.26.0100*. Rel. Gilberto dos Santos, São Paulo, 3 jul. 2014.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação n. 00188140720108260068*. Rel. Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, 31 maio 2014.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação n. 267.450.4/6-00*. Rel. Constança Gonzaga, São Paulo, 24 maio 2006.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação n. 2140681620108260100*. Rel. Roberto Mac Cracken, São Paulo, 16 out. 2019.
- TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação n. 70065584138*. Rel. Pedro de Celso Dal Prá, Porto Alegre, 19 set. 2015.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela Judicial de Urgência e a Lide Objeto da Convenção de Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: IOB Thomson, n. 7, p. 7-29, jul./set. 2005.
- VALLE, Martim Della Valle. *Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*. São Paulo, 2009. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde.../Martim_Della_Valle_Tese.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Doze anos da Lei de Arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. Aspectos da Arbitragem Institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2008.

VIEIRA, Antônio Vicente. *Eficácia da aplicação da Lei de Arbitragem: a cláusula compromissória*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39120/2>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 141-151.