

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAIS ARBITRAIS – UMA REALIDADE DESVIRTUADA

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

Sócio de Duclerc Verçosa Advogados Associados. Professor Sênior do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Coordenador Geral do GIDE – Grupo Interdisciplinar de Direito Empresarial.

Rachel Sztajn

Advogada em São Paulo. Professora Sênior do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

No CC nº 185.702/DF, publicada no dia 17.03.2022, o STJ reconheceu a existência de conflito de competência entre dois Tribunais Arbitrais em curso junto a uma mesma câmara de arbitragem. Remetendo o leitor para o texto dessa longa decisão, vamos nos ater aos pontos que julgamos essenciais para a discussão que ora se estabelece.

1. Resumo dos fatos

Sem nos preocuparmos com o mérito dos processos arbitrais em causa, nem com as suas particularidades processuais, verificamos que o STJ entendeu existente conflito de competência entre dois Tribunais Arbitrais que foram constituídos no âmbito da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) para julgamento de questões relacionadas à JBS S/A, para o fim da busca da responsabilização civil dos controladores dessa companhia, processos esses, com autores diversos, que teriam apresentado o mesmo objeto, causa de pedir e pedidos. Observe-se ter sido afirmado que as sentenças arbitrais proferidas seriam inconciliáveis entre si.

Tendo recorrido ao Judiciário e defendendo o seu ponto de vista em favor da validade de um dos processos arbitrais, a JBS mostrou entendimento no sentido de que a decisão deveria vincular indistintamente todos os acionistas daquela companhia, independentemente de nele não serem partes.

Conforme se lê na decisão em apreço, o Regulamento da CAM, segundo a apreciação do STJ, seria absolutamente omissão em disciplinar a solução do impasse criado entre os Tribunais Arbitrais envolvidos na causa, aplicável na situação, portanto, o art. 105, I, (d) da CF, no sentido da **competência do STJ para processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”**, bem como entre tribunal e juízes a ele vinculados a tribunais diversos. O fundamento estaria na premissa de que a **atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possuiria natureza jurisdicional**.

Preliminarmente observe-se que não compete às câmaras de arbitragem resolverem questões dessa natureza, lhes cabendo tão somente administrar os processos arbitrais que foram instituídos sob os seus cuidados pela vontade comum das partes. É notório que as câmaras de arbitragem não são parte nos processos que correm junto a elas. Estariam presentes, em regra, dois impedimentos.

O primeiro diz respeito ao fato de que a presidência das câmaras arbitrais não tem conhecimento dos aspectos internos dos processos que nelas correm quando se trata daqueles casos em que as partes optaram pelo sigilo. Não é possível, nesse sentido, conhecer-se o teor das peças produzidas pelas partes desde a petição inicial até os memoriais e, muito menos, das decisões tomadas pelos tribunais arbitrais instituídos para o julgamento dos casos, seja nas manifestações incidentais (como ordens processuais, por exemplo), seja quanto à sentença final. Ora, dessa forma, como poderia a presidência das câmaras saber se existe algum conflito de interesses com relação ao mesmo objeto, causa de pedir e pedidos? Essa possibilidade em geral não existe.

Mas no caso sob análise, trata-se de arbitragens que têm como uma das partes uma companhia aberta, em relação à qual o sigilo, pelo regulamento da CAM e da natureza daquelas é relativizado ou não existe. Mas uma coisa é ter conhecimento de processos na situação acima, outra bem diferente é ter competência para resolver eventual conflito. Primeiro porque não existe um órgão interno na CAM com tal competência. Segundo porque, mesmo que existisse, a possibilidade de intervir em conflito dessa natureza dependeria de comum acordo estrito e expresso entre as partes para tal finalidade, considerada a natureza contratual da arbitragem, regulando-se os efeitos do reconhecimento da questão como, por exemplo, à unificação dos processos e à formação de novo Tribunal Arbitral.

Passemos adiante.

Foi referida no julgado em questão a existência de um *leading case*, concernente ao Conflito de Competência nº 111.230/DF (Segunda Seção, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 0805.2013, DJe 03.04.2014), que estabeleceu o caráter jurisdicional da arbitragem, reconhecendo ser possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral, a ser dirimido pelo STJ. Ou seja, a despeito de que os Tribunais Arbitrais não compõem organicamente o Poder Judiciário, ao se fazer referência no art. 102, I, “d” da CF a quaisquer tribunais, a norma se aplicaria àqueles.

Estabelecida a premissa acima, no caso concreto a dúvida estava em se resolver se o STJ seria competente para, além de dirimir conflitos de competência entre um Tribunal Arbitral e um órgão jurisdicional estatal, também o seria para casos entre Tribunais Arbitrais.

Registre-se, a nosso ver, a lúcida manifestação da Ministra Maria Isabel Gallotti a qual, em voto vencido, afirmou que, ainda que fosse atribuído ao Tribunal arbitral a natureza de jurisdição por equiparação, não seria possível conhecer do conflito pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o **Tribunal arbitral não compõe a organização do**

Poder Judiciário, afirmando, a esse propósito: "tanto faz a divergência de entendimento dar-se entre dois árbitros ou entre árbitro e juiz estatal; em ambas as hipóteses não haverá conflito entre dois órgãos do Poder Judiciário".

É fundamental ressaltar um dos fundamentos do aludido voto vencido, segundo o qual *se não é possível o conflito negativo de competência entre o juízo estatal e o árbitro, a admissão do conflito positivo ensejaria quebra do sistema, mais ainda se considerado que também não é admissível o conflito entre árbitros, nos termos do que decidido no CC 113260/SP*. Neste, a Segunda Seção pronunciou-se quanto à inexistência de conflito de competência entre árbitros, já que a questão demandaria a interpretação do contrato entre as partes, o que deve ficar a cargo do primeiro grau de jurisdição, sob pena de fazer deste Superior Tribunal de Justiça primeira instância na interpretação das cláusulas de convenção de arbitragem.

E mais, no mesmo voto vencido:

"Acresça-se que, se não há conflito de competência entre árbitros, por não se inserir na competência constitucional do STJ e por demandar interpretação de cláusulas contratuais, igualmente, pelos mesmos fundamentos, não há conflito de competência, no sentido técnico do instituto processual, entre juiz estatal e árbitro. Com efeito, tanto faz a divergência de entendimento dar-se entre dois árbitros ou entre árbitro e juiz estatal; em ambas as hipóteses não haverá conflito entre dois órgãos do Poder Judiciário."

"No sistema constitucional de distribuição de competência entre os órgãos do Poder Judiciário, cabe ao Tribunal ao qual estão vinculados os juízes em conflito (o Tribunal revisor de suas decisões) dirimir a controvérsia. Caberá ao STJ processar e julgar o conflito entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos. No caso de conflito entre árbitro e juiz, não se trata de conflito de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos, seja porque árbitro não é juiz, mas apenas equiparado a juiz pela Lei 9.307/96 nos limites de sua atuação em determinada arbitragem, seja porque não está vinculado, em sua função materialmente jurisdicional, a tribunal algum, sequer ao STJ e ao STF, que não lhe podem rever o mérito das decisões, mesmo que conflitantes com a lei, salvo no caso de ocorrência de nulidades formais, descritas no art. 32 da Lei 9.307/96, caso lhe cheguem ao conhecimento após exaurida a instância ordinária".

Em sentido contrário, no voto condutor da Ministra Nancy Andrighi consta referência ao voto no Min. Aldir Passarinho, segundo o qual:

De acordo com o art. 105, I, "d" da Constituição Federal, cabe ao STJ processar e julgar originariamente: *"os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o', bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos."* Não se pode pretender que tal redação pressuponha que os órgãos judicantes referidos no Texto Magno pertençam necessariamente ao Poder Judiciário, seja porque lides como a exposta permaneceriam no vácuo ou sujeitas a jurisdição dupla e eventualmente conflitante, como supostamente aqui ocorre, seja porque o escopo da Lei de Arbitragem restaria esvaziado se os contratantes que aderissem a tal modalidade na solução das controvérsias resolvessem se utilizar do processo judicial.

No tocante à discussão sobre ser jurisdicional ou não a atividade desenvolvida pelos árbitros, são encontradas no próprio acórdão em tela uma posição contrária e outra a favor na doutrina, conforme abaixo.

Em sentido contrário encontra-se a posição de Luiz Guilherme (Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e seguintes), para quem arbitragem e jurisdição não se confundem pelos seguintes motivos, em linhas gerais: **(i)** a escolha, pelas partes, da solução do conflito por arbitragem implica renúncia à jurisdição; **(ii)** o exercício da jurisdição pressupõe investidura por concurso público; **(iii)** a arbitragem não observa o princípio do juiz natural; **(iv)** o árbitro não tem aptidão para executar suas decisões.

Do outro lado conta-se Freddie Didier (Curso de Direito Processual Civil, Salvador: Ed. Jus Podivm, 11ª edição, 2009, p. 82 a 85), pelas seguintes razões, em resumo: **(i)** ao escolher a arbitragem o jurisdicionado não renuncia à jurisdição, mas à jurisdição prestada pelo Estado; **(ii)** a jurisdição, mesmo estatal, não é exercida apenas por pessoas aprovadas em concurso público, do que seriam exemplos as vagas destinadas aos advogados pelos arts. 94, 104, 107, I, 111-A, I, 115, 118, II, 119, II, 120, §1º, III, e 123, parágrafo único, I, da CF; **(iii)** o princípio do juiz natural tem como principal elemento a garantia de julgamento por um órgão cuja competência tenha sido pré-estabelecida, de modo a assegurar a imparcialidade do julgador. Os dois aspectos estão contemplados na arbitragem. A imparcialidade é prevista de maneira expressa pelo art. 21, § 2º da LArb. A prévia competência é fixada quando firmada a convenção de arbitragem. Assim,

os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade.

Uma questão sumamente importante discutida nessa decisão diz respeito a um possível alargamento do rol de competências do STJ, conforme definidas no art. 105, I, "d" da CF, noção combatida pela expressão "*quaisquer tribunais*", presente no texto dessa norma. Disso decorreria a possibilidade de conflito de competências entre órgãos judicantes do Poder Judiciário e Tribunais Arbitrais, o que veio a ser finalmente reconhecido e adotado pelo STJ.

Sob outro aspecto, encontra-se no acórdão ora comentado a afirmação de que, tendo sido estabelecido no caso concreto um conflito de competência de dois Tribunais Arbitrais em curso na mesma câmara de arbitragem, a solução ideal seria a disciplina desse tema pelo seu Regulamento, o qual, no entanto, seria absolutamente omissa a respeito de um impasse surgido entre dois tribunais arbitrais que teriam proferido decisões inconciliáveis entre si. Quanto a esse ponto foi reconhecido que, segundo aquele Regulamento, tão somente caberia em caso de conexão, a reunião dos feitos, desde que feita em momento anterior à constituição do segundo tribunal e diante da concordância entre as partes sobre os diversos aspectos do caso.

A par desses aspectos, foi discutido nos autos qual dos dois processos teria precedência em relação ao outro, uma vez reconhecido o conflito, o que não nos interessa para os fins da nossa abordagem neste artigo. O que importa é saber que, qualquer que seja o resultado em um conflito dessa natureza a sentença será proferida pelo STJ, mediante uma intromissão na economia interna dos Tribunais Arbitrais constituídos pelas partes.

2. O grande problema: um sério erro de perspectiva sobre a natureza jurídica da arbitragem e sobre o princípio da relatividade dos contratos

Desde logo defendemos a natureza jurídica da arbitragem como essencialmente contratual, remanescente no âmbito do direito privado. Ela **somente pode nascer a partir de um contrato** ou por meio do compromisso arbitral que não deixa de ter essa mesma natureza, uma vez que, nos termos do art. 9º da Lei de Arbitragem ele corresponde a uma *convenção* celebrada entre as partes, judicial ou extrajudicial. Passemos a desenvolver um pouco mais essa questão, ainda que resumidamente.

Do ponto de vista do contrato a crítica que se faz concerne ao fato de que o juiz arbitral não tem poderes para forçar o cumprimento de suas decisões. Mas **isso acontece com todo e qualquer contrato**. Inadimplente uma das partes quanto ao cumprimento de obrigação assumida, necessita o prejudicado recorrer ao Judiciário

para o fim de obter uma sentença condenatória com poder executivo. Quanto a esse aspecto dele a arbitragem não difere e nem poderia fazê-lo.

Sabe-se que existe uma diferença entre os demais contratos e a sentença judicial prolatada em uma arbitragem. Ela apresenta os mesmos efeitos das sentenças judiciais e, quando condenatória, goza da qualidade de título executivo, que a torna, nesse sentido, um *atalho* para obrigar o devedor a cumprir a condenação a que lhe foi imposta, sem a necessidade de se fazer um protesto. Mas, como veremos, esse aspecto não afasta a natureza substancialmente contratual da arbitragem.

Além da natureza jurídica contratual da arbitragem é conhecida a discussão sobre ser essa natureza jurídica publicista (jurisdicionista), intermediária ou autônoma¹.

Sobre ser **jurisdicionalista**, alega-se haver a lei outorgado poderes ao árbitro para dirimir conflitos relativos aos interesses das partes. Mas há outras esferas da atividade humana em que se atribui a um terceiro essa mesma finalidade, em casos de interesses patrimoniais profundamente relevantes, como aqueles atribuídos aos juízes de futebol e de outros esportes, cujas decisões vinculam as partes (as duas agremiações em uma disputa), dotados de um poder decisório autônomo, sem a possibilidade de contraste e isso se dá para a criação de segurança e de certeza na prática de esportes profissionais. Mas nem por isso jamais alguém alegou que esses árbitros são dotados de poder jurisdicional. Como se percebe a argumentação em favor dessa tese se volta contra os seus defensores.

Por sua vez, a **tese intermediária** é aquela em que se defende sua natureza mista porque, mesmo originada de um negócio jurídico entre partes, a arbitragem dela originada não poderia ser desenvolvida fora de um sistema jurídico, considerando-se que o lado arbitral teria natureza pública. Essa natureza pública é altamente discutível porque a atuação do Judiciário em ser chamado a intervir não se dá em caráter necessário, mas eventual e tão somente nos casos expressamente previstos na lei, entre os quais quando a parte perdedora não cumpre voluntariamente a sentença.

Voltando aos mesmos argumentos acima - o que é necessário para a demonstração da irrazoabilidade da posição intermediária – um contrato não cumprido ou um título de crédito não pago enseja para o fim almejado pelo interessado a necessidade do ajuizamento de uma ação judicial. Nem por isso jamais alguém afirmou que tais institutos tenham natureza pública. Não se trata nem sequer de um *caráter quase*

¹ Sobre essas teorias vide de Leonardo Faria de Beraldo “Curso de Arbitragem Nos Termos da Lei nº 9.307/96”, Ed. Atlas, São Paulo, 2014, pp. 3 e segs; Francisco José Cahali, in “*Curso de Arbitragem – Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas*”, Ed. Revista dos Tribunais São Paulo, 8^a ed., 2020, pp. 129e segs.; Marco Aurelio Gumieri Valerio, in “*Arbitragem no Direito Brasileiro*”, Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 2004, pp. 26 e segs, que fez um apanhado de diversos autores e das teorias por eles adotadas quanto ao tema da natureza jurídica da arbitragem.

judicial, tal como apresentado por Peter Christian Sester, em referência a um texto de autoria de Gabrielle Kaufmann-Kholer e Antonio Rigozzi².

Se o argumento acima fosse verdadeiro, também os títulos de crédito teriam caráter jurisdicional, dado que, uma vez que não pagos pelo devedor no prazo do seu vencimento, o credor necessita ação no Judiciário para essa finalidade.

Como se percebe todos os argumentos em favor das teses jurisdicionalista e mista são os mesmos que podem ser utilizados para combatê-las.

Finalmente, a tese da **natureza jurídica autônoma** defende a arbitragem como um instituto de solução de conflitos desvinculado de qualquer sistema jurídico existente. A contratualidade do instituto seria fruto do exercício da autonomia privada das partes, com o respaldo do Judiciário, mas não faz parte dele, com a qual não concordamos.

De natureza contratual, a arbitragem é uma forma da expressão do princípio constitucional da autonomia privada, a qual garantiu por lei própria o direito da parte vencedora de buscar o Judiciário para obrigar a parte perdedora a cumprir as determinações da sentença arbitral. Fazendo-se uma aproximação com o direito internacional, Manuel Pereira Barrocas afirma que nenhuma jurisdição estatal tem o direito, segundo suas próprias leis, de julgar um litígio civil do comércio internacional, no qual aqui inserimos a arbitragem. E continua o autor citado, “[A]penas a decisão das partes, ou de uma delas, em conduzir o litígio para uma ou outra das jurisdições estaduais que aceitem a competência é determinante na matéria”³.

Claro, mesmo considerado autônomo, o instituto da arbitragem não é um astro errante pelo espaço sideral. Ele está vinculado a um sistema solar que tem a Constituição Federal como o centro de todos os institutos integrantes do nosso ordenamento jurídico o que, a propósito, acontece com todos os países democráticos.

Ora, em reforço, toda a nossa vida assim decorre, vinculada a um sistema, desde o nascimento e nos alcançando mesmo depois de mortos. Para toda e qualquer finalidade, fora do direito somente existiria o caos. O fato de que eventualmente alguém necessita do reconhecimento de sua firma em algum documento, efetuada por um escrevente autorizado, não tem a natureza jurisdicional, mas tem claro valor jurídico. Mais uma vez, trata-se de uma explicação que não circunscreve o fenômeno jurídico da arbitragem, no qual a vontade das partes é fundamental e sempre deve ser preponderante.

² In “Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante”, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2020, p. 47.

³ In “Manual de Arbitragem”, Ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 41.

E é oportuno verificar que os defensores tanto do caráter jurisdicionalista puro quanto do misto olvidam os interesses estritos em jogo, como sejam, os das partes, que precisamente buscam a arbitragem para o fim de escolherem um caminho fora do Judiciário o quanto a lei lhes permite, segundo a expressão de sua autonomia privada. O processualismo arbitral *tout court* tem sido um grande mal para a arbitragem, tendo-a tornado um cipoal indevassável, formado por questiúnculas menores, que desviam os processos arbitrais das suas finalidades, como que tendo criado vida por si mesmo. Entre outros resultados graves, os processos arbitrais têm se prolongado indevidamente no tempo, com custos mais elevados do que aqueles originalmente estimados, a par da busca pela anulação das sentenças que, ao fim do julgamento dos pedidos feitos, em grande parte dos casos, senão na sua grande maioria, revelam-se insensatos.

Nesse cenário, a arbitragem se transformou em um jogo de obstáculos, praticados pelos condutores do processo arbitral, a partir da obediência a um aglomerado de regras formais, que alcançaram uma finalidade em si mesmas e tal como na história de Alice no País das Maravilhas, os acontecimentos se sucedem a esmo, enquanto o Sr. Coelho Branco corre inutilmente contra o relógio e a toda hora a Rainha de Copas ameaça abordar o procedimento quanto aos seus objetivos materiais, cortando a sua cabeça.

Essas desventuras são certamente uma das razões do surgimento da chamada *paranoia do devido processo legal* (“*due process paranoia*”) nos tribunais internacionais e transplantada para nosso direito arbitral interno, fator que restringe sensivelmente a formação e a livre expressão do convencimento dos árbitros, que não perdem de vista uma indesejável possibilidade futura anulação de sua sentença⁴. Disso resulta um *adeus à liberdade arbitral*.

O comentarista acima citado é um reforço à nossa tese quando, com base na Seção 8 do *Arbitration Act* do direito britânico se refere à decisão da Alta Corte de Justiça da Inglaterra e do País de Gales no sentido de que os árbitros devem prestar atenção especial à eficácia de sua decisão, não apenas aos aspectos processuais, mas também as situações de injustiça substancial (“*substantial Injustice*”) que emerge dos processos arbitrais que para nós se encontra no plano do direito material, muitas vezes ignorada⁵, se desviando do verdadeiro caminho que deveria ser seguido.

Permitida a arbitragem pela lei própria, com fundamento no princípio constitucional da autonomia privada, ela se pauta pela vontade das partes que podem ou não conduzir o processo por meio de uma câmara de arbitragem adredeamente escolhida de comum acordo pelas partes. Esse mecanismo esteve à disposição dos interessados no regime

⁴ A esse respeito, vide o comentário de Daniel Levy, in “Challenge do Arbitration Award Analysis that Had Not Been Put to the Parties. Credibility of Evidence. Key Witness. No Cross-Examination. Annulment of Award”, in Revista Brasileira de Arbitragem nº 66, Abr, maio, Jun 2020, ano XVII, pp. 149 segs.

⁵ Op. Cit. P. 155.

anterior à lei própria e, ao que se sabe, algumas vezes utilizado, com o único inconveniente de que a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral deveria ser voluntariamente acatada pela parte perdedora, não havendo executividade automática daquela, a não ser pela alegação de contrato não cumprido, o que geraria uma discussão judicial subsequente⁶.

Assim sendo, cada Tribunal Arbitral constituído decorre da assinatura de uma cláusula compromissória própria (ou de um compromisso arbitral), a partir de determinado contrato da qual se originou embora em relação à cláusula compromissória ela seja juridicamente autônoma. Dessa forma é absolutamente descabido, do ponto de vista jurídico, que dois Tribunais Arbitrais se comuniquem, sem que para tanto esteja presente a concordância expressa das duas partes, pois agir em contrário feriria o direito de quem não estivesse de acordo. Cada contrato que origina uma arbitragem integra uma ordem jurídica interna própria, infensa à invasão dos termos de outro acordo, anda que seja celebrado entre as mesmas partes. Sendo isso verdade, as sentenças em cada processo são autônomas, não podendo ser alcançadas por fatores estranhos aos processos em virtude dos quais foram geradas.

Como se verifica aplica-se no caso o princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual o contrato somente causa efeitos no limite dos interesses e do patrimônio das partes, abrindo-se exceções para algumas situações particulares. Cuida-se, portanto, segundo Massimo Bianca, da eficácia *direta do contrato*, que se verifica exclusivamente entre as partes do acordo⁷.

Por sua vez, de acordo com Vincenzo Roppo, estão presentes quatro significados do princípio da relatividade dos contratos, ligados diretamente à sua *ratio*, isto é, ao valor do acordo de vontades como corolário do exercício da autonomia privada. O contrato não pode: (i) criar obrigações para terceiros; (ii) subtrair a terceiros o seu direito; (iii) impedir terceiro de adquirir um direito; e (iv) atribuir a terceiro um direito real, embora possa fazê-lo em relação a um direito de crédito⁸.

Esses são os dois primeiros grandes erros das decisões que têm admitido conflitos de competência entre Tribunais Arbitrais, pois são quebrados a natureza jurídica do contrato, da qual a arbitragem faz parte, bem como o princípio da relatividade contratual nas suas vertentes.

Mas se for assim, diriam os contrários, em muitos casos haveria sentenças arbitrais diversas quando se tratasse de uma parte comum, que apresentasse o mesmo objeto,

⁶ Note-se a esse respeito que o Centro de Mediação e Arbitragem da CAM/CCBC foi fundado em 1979, muito anos antes da nossa Lei de Arbitragem.

⁷ Cf. Il Contrato, in Diritto Civile 2, Dott. A Giufrè Ed., Mião, 200, vl. 3 p. 571 e ss.i

⁸ In Il Contratto A. Guffré Ed., Milão, 2001, p. 567 e ss.

mesma causa de pedir e mesmos pedidos. Dessa forma estaria configurada uma injustiça.

E daí? Uma injustiça também ocorreria no plano da arbitragem quando alguns acionistas abrissem um processo dessa natureza e outros não, de forma a que eventual ganho de causa em favor dos requerentes somente a eles aproveitaria, não sendo o caso de se estender o benefício a quem ficou inerte e não correu os riscos de uma condenação.

É preciso reforçar sempre o entendimento de que cada arbitragem é um universo separado das demais e querer juntar duas delas apresenta como resultado lançar o instituto em um buraco negro.

Isso também não acontece no Judiciário? Suponhamos duas ações em curso em jurisdições diversas, na mesma situação acima referida. Para que eventual conflito viesse a ser dirimido pelo STJ na forma acima, seria necessário que a parte comum nos dois processos levasse tomasse providências em tal sentido, pois poderá acontecer que somente ela tivesse conhecimento das duas ações. E ela poderia aceitar perder em uma menos custosa e ganhar a outra para ela mais importante. Teria sido, portanto, estabelecida uma injustiça diante dos prejudicados por uma das sentenças judiciais e as coisas ficariam por isso mesmo. Desse ponto de vista somente um big brother judicial nacional poderia tomar conhecimento de todos os processos idênticos tal como aconteceu no caso sob o escrutínio atual do STJ para que injustiças não fossem cometidas em virtude de sentenças díspares. Esse seria o sonho de todas as noites de verão de juristas incautos.

3. O entendimento errôneo do sentido do art. 105, I, “d”, da Constituição Federal

Observemos que a CF é de 1988, enquanto a Lei de Arbitragem é de 1996. Assim sendo, quanto o dispositivo constitucional acima fez referência a *quaisquer tribunais ou tribunais diversos* ela jamais poderia ter se dirigido para os tribunais arbitrais, pois esses somente existiam dentro de relações absolutamente privadas, não institucionais portanto.

Não seria o caso da recepção constitucional, que se dá quando uma lei anterior é recebida pela constituição nova. Isso aconteceu com a chamada Lei da Reforma Bancária (Lei nº 4.595, de 31.12.1964), que veio a ser recepcionada pela CF de 1988 na qualidade de lei complementar.

Quanto a uma lei posterior à constituição, ela se coloca no plano da legalidade, não podendo contrariar aquela no que toca às suas normas cogentes, não no que diz respeito às dispositivas evidentemente. E, precisamente, a Lei de Arbitragem está

situada nesse último caso. Ela regulou o instituto, tendo sido considerada constitucional depois que essa qualidade foi contrariada e está plenamente vigente, nela incluídas as mudanças ulteriores. E do seu texto não constam dispositivos sobre questões relativas a conflitos eventuais de competência, nem poderia fazê-lo em vista das considerações feitas acima. Desse ponto de vista podemos dizer que o silêncio da lei arbitral é gritante.

Sendo assim, a partir da promulgação da Lei de Arbitragem poder-se-ia indagar da natureza jurisdicional dos Tribunais Arbitrais, tal como veio a entender o STJ. A resposta, mais uma vez, se encontra na aplicação à matéria da natureza jurídica da arbitragem, que opera como microssistema próprio, com as suas próprias particularidades.

Na condição de um contrato, a constituição, funcionamento e julgamento do caso que lhe está afeito, cada Tribunal Arbitral opera segundo a autonomia interna que lhe foi conferida pelas partes, interna no sentido de que desde o início até o fim os atos inerentes a um processo arbitral remanescem no campo da iniciativa privada, desde que atendidos os princípios constitucionais pertinentes e aqueles constantes da Lei de Arbitragem. Dessa forma o Judiciário somente é chamado a intervir para o fim da concessão de tutelas cautelares ou de urgência (que têm o caráter de provisoriação) e para se pronunciar em pedidos de nulidade da sentença arbitral, nos casos específicos do art. 32 da Lei de Arbitragem. Vejamos em quais situações isso pode se dar.

Tenha-se em conta, mais uma vez que, mesmo considerada a autonomia privada das partes na condução da solução dos seus interesses por meio de uma arbitragem, isso não acontece no vácuo legal. A autonomia privada tem fundamento e limites constitucionais, que devem ser obrigatoriamente obedecidos. Não se cuida de um mundo sem lei.

Tomado em consideração o cenário acima, o primeiro caso de nulidade da sentença arbitral, constante do art. 32 da Lei de Arbitragem, corresponde por sua vez, à nulidade do compromisso arbitral (tratando-se, na verdade da nulidade da cláusula compromissória), o que remanesce no campo do contrato, o que é um efeito perfeitamente compatível com a natureza contratual do instituto.

O segundo e o sexto casos dizem respeito, em primeiro lugar, a uma sentença arbitral que emanou de quem não podia ser árbitro. Mais uma vez trata-se de limites legais impostos ao instituto, plenamente compatíveis com a ordem jurídica. A vedação de que se cuida corresponde, no fundo, à mesma que é estabelecida para os juízes e tem em vista a idoneidade da sentença a ser proferida, não se dando guarida à possibilidade de conflitos internos em relação às pessoas dos julgadores e as dos jurisdicionados. Em segundo lugar a nulidade da sentença também é fundamentada por aspectos negativos pessoais ligados ao julgador, que contaminam a liberdade de decidir.

O terceiro caso está ligado ao atendimento de requisitos formais da sentença arbitral, tanto quanto eles existem no tocante a decisões judiciais.

O quarto e o quinto casos referem-se ao fato de que o Tribunal Arbitral julgou além dos limites estabelecidos pelo acordo em relação ao objeto da arbitragem, ou o fez aquém do contratado.

O sétimo caso também corresponde a uma quebra do contrato uma vez que, embora a lei estabeleça um prazo, as partes podem resolver de forma diversa ou isto é feito contratualmente pela adesão ao regulamento de uma câmara de arbitragem.

Finalmente, o oitavo caso de nulidade da sentença arbitral ocorre pela quebra dos princípios fundamentais que defendem os interesses das partes, válidos tanto nos processos judiciais quanto na arbitragem.

Mas, o argumento mais forte em favor da não jurisdicionalidade dos tribunais arbitrais está em que, uma vez anulada uma sentença arbitral, não é o juiz quem decide o caso, abrindo-se duas possibilidades: (i) nulidade da sentença nos casos dos incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem; ou (ii) determinação para que seja proferido novo laudo arbitral, nos demais casos do mesmo dispositivo.

Sobre esse tema, segundo Leonardo de Faria Beraldo, com base em diversas fontes por ele referidas⁹, reporta que **o poder judiciário não é instância revisora da jurisdição arbitral**, sendo-lhe vedado rediscutir o mérito da lide já decidido pela sentença arbitral, sob pena de se violar todo o sistema da arbitragem.

Segundo a ordem dos incisos do aludido art. 32, sendo o caso de nulidade do compromisso arbitral as partes, no seu interesse e para que as suas pretensões possam ser deduzidas em nova arbitragem, deverão celebrar nova cláusula compromissória, superando a causa que determinou a sua nulidade. Conforme se tem entendido, está presente uma impropriedade terminológica da LA, no sentido de que a referência deveria ter sido feita em relação à cláusula compromissória e não ao compromisso arbitral, que é estabelecido no âmbito judicial. Uma situação anômala é aquela na qual a convenção não existe e, portanto, não seria o caso de sua nulidade, mas da decretação pelo juiz desse fato, cabendo às partes, o seu interesse, passar a celebrá-la adequadamente, não cabendo ao juiz suprir a vontade das partes para tal fim.

Se a sentença anulada foi proferida por quem não podia ser árbitro, as partes deverão recompor o tribunal arbitral para reparar essa situação, dando-se a retomada do feito desde o seu início. O mesmo deve ocorrer nos casos de sentença anulada por

⁹ Ob. cit., pp. 481 e segs.

prevaricação, concussão ou corrupção passiva. Mais uma vez, o Judiciário reconhece o fato prejudicial e devolve a matéria para as partes que resolverão o que fazer na defesa dos seus interesses.

Uma situação estranha se apresenta diante da nulidade da sentença que foi proferida fora do prazo, tendo sido preenchida para tanto a formalidade da notificação prevista no inciso III do art. 3º da Lei de Arbitragem. Seria o caso de retomada da arbitragem com o mesmo tribunal arbitral desde o início, o que não cabe aqui discutir.

Diante de sentença anulada pela ausência dos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem, nos casos: (i) de haver sido proferida fora dos limites da convenção própria ou não tiver decidido todo o litígio; ou (ii) se não decidiu todo o litígio, *o juiz determinará, se for o caso*, que seja proferida nova sentença. Na verdade, não se trata de uma opção pois, para que a pretensão das partes não fique perdida em um limbo processual, *o juiz deverá determinar obrigatoriamente que nova sentença seja prolatada*.

Sobre o tema Leonardo Faria de Beraldo afirma que, quando se trata de nova sentença a ser proferida, o intuito do legislador teria sido o de colocar as partes no *status quo ante*, para que o mesmo tribunal arbitral reconduza o processo, realizando a superação dos óbices que determinaram a nulidade da sentença¹⁰.

4. Critérios da identificação do critério de competência aplicável nos conflitos entre tribunais arbitrais. Somente para argumentar

De início, coerentemente, negamos a aludida possibilidade do conflito em tela porque os processos arbitrais são autônomos e somente poderiam se comunicar por meio de acordo expresso entre as partes, o qual resolveria como acomodar duas ou mais pendências que pudessem de alguma forma serem entendidas como conexas.

Mas, e tão somente para argumentar relativamente ao caso concreto, que critério deveria ser utilizado pelo STJ para identificar qual seria o tribunal arbitral competente?

É claro que, não sendo o CPC fonte do *direito arbitral*, ele não poderia ser utilizado diretamente e nem mesmo por analogia. Mas vamos lá, que critérios têm sido utilizados no Judiciário para tal finalidade? Inúmeros, conforme o caso pelo próprio CPC ou por lei especial: domicílio do autor, domicílio do réu, domicílio indiferente, o foro da situação da coisa, etc.

Na situação presente temos dois tribunais arbitrais constituídos na mesma câmara arbitral, com identidade parcial quanto à JBS na qualidade de Requerida; e por acionistas

¹⁰ Ob. cit., p. 541

desta e por um fundo de investimento que detém ações daquela companhia, na qualidade de Requerentes. Sabe-se que as companhias abertas são obrigadas a adotarem a Câmara de Arbitragem do Mercado para o processamento das arbitragens do seu interesse. E, administrados por ela, correm dezenas de processos arbitrais autônomos entre si.

Assim sendo, qual dos dois tribunais arbitrais seria competente como tarefa a ser dirimida inicialmente pelo Colegiado da Segunda Seção do STJ e, depois, provavelmente pelo plenário? Se pensarmos naquele processo que foi primeiramente constituído – o que se deu pela aceitação da indicação do último co-árbitro -, o que aconteceria se logo em seguida ele viesse a ser impugnado enquanto o outro tribunal arbitral constituído imediatamente depois tivesse iniciado as suas funções, fato caracterizado pela realização da primeira audiência? Seria esse o marco divisor? São tantas as variáveis possíveis que o leitor ficaria cansado pela sua longa apresentação, o que aqui não será feito mesmo porque, estamos somente argumentando dentro da seara das impossibilidades jurídicas, em nossa modesta visão.

Diante dessa posição tomada pelo STJ, a ser confirmada ou não, já surgiu a ideia de que no futuro as cláusulas compromissórias deverão albergar uma previsão de eventual conflito de competência. E perdoem-nos, não é possível escapar da tão falada referência atribuída ao conhecido jogador de futebol Garrincha; todos os gringos deverão combinar esse jogo entre si. Uma missão impossível.

Conclusão

Por todo o exposto, verifica-se que a decisão monocrática tomada pelo Relator, Min. Marco Aurelio Belizze, ao suspender os procedimentos arbitrais objeto da demanda tem todo o potencial colocar o STJ dentro de um furacão categoria 5, com todos os efeitos correspondentes, especialmente o do esvaziamento da arbitragem como mecanismo opcional de solução de conflitos relativamente a bens patrimoniais disponíveis, o que tem acontecido entre outros motivos por situações como a que ora examinamos, que fazem parte de uma visão processualista inadequada do instituto.

E uma final visão negativa dos fatos em jogo é a que indica uma percepção da arbitragem como se ela fosse um produto de massa, necessitando de uma proteção com o viés do direito do consumidor. Afinal de contas, quantas serão as situações desses alegados conflitos de competência, que mereçam uma tamanha reformulação?

