

ARTIGO II (3)

ARBITRABILIDADE E AS RESSALVAS CONSTANTES DO ARTIGO II (3), DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

Pedro A. Batista Martins*

1. A Convenção de Nova Iorque (CNI) passou a integrar o sistema jurídico nacional com sua ratificação em 23-7-2002¹ e, com isso, o Brasil confirmou sua disposição de reconhecer e dar curso à convenção de arbitragem e às sentenças arbitrais estrangeiras².

Afinal, a CNI, de 10-6-1958, visa, exatamente, imprimir confiança jurídica internacional aos pressupostos fundamentais do instituto da arbitragem no tocante à eficácia da convenção e da sentença arbitral. Segurança jurídica é o bem maior almejado pela CNI que dispõe sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras e registra, em seu artigo II (1), que "cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem".

* Advogado e Consultor em Arbitragem.

1 Decreto n. 4.311, de 23-7-2002.

2 Conforme decisão da Suprema Corte Norte-Americana, "The goal of the Convention, and the principal purpose underlying American adoption and implementation of it, was to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed" (Serk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 517 n. 10, 94 S., Ct. 2449, 2456, 1974). Outra decisão no mesmo sentido também é citada por R. Doak Bishop, Wade M. Coriell e Marcelo Medina Campos, The 'Null and Void' Provision of the New York Convention, in *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards - The New York Convention in Practice*, ed. Emmanuel Gaillard e Domenico di Pietro, publicado por Cameron May, Londres, 2008, p. 276.

(8) Com efeito, a CNI estabelece uma série de dispositivos sobre a convenção e a sentença estrangeira de modo a assegurar-lhes plena eficácia. Não se pode deixar de mencionar que, por se tratar de ato internacional ratificado por 144 países, a CNI foi elaborada para atender, no possível, aos distintos sistemas jurídicos dos Estados signatários.

2. Passados 50 anos de sua existência, a CNI encontra-se sob processo de revisão por uma comissão de estudiosos, mas, entre nós, há ainda a necessidade de se analisar e debater o seu conteúdo jurídico, dada sua recém-integração ao sistema legal brasileiro e, por certo, para assegurar uma adequada interpretação de seus dispositivos.

Nesse sentido, merece exame acurado o conteúdo da ressalva constante do artigo II (3) da CNI, pois uma análise superficial de seu alcance e efeito jurídico poderá conduzir o intérprete a entendimento contrário ao próprio espírito da CNI, em prejuízo da validade e da eficácia da cláusula compromissória.

Dita ressalva consta lançada na parte final do referido artigo II (3), *verbis*: "3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo [cláusula compromissória], a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, *a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável*"³.

Registre-se, desde logo, que a regra geral contida no retrotranscrito artigo é a da submissão das partes à arbitragem. Em outros termos, havendo convenção e pedido expresso de uma das

3 No texto em inglês, "null and void, inoperative or incapable of being performed". Registre-se que o artigo II foi introduzido na CNI nos momentos finais de uma longa negociação, como salientam R. Doak Bishop, Wade M. Coriell e Marcelo Medina Campos (op. cit., p. 275), com suporte em Albert Jan van den Berg. Ressalte-se, ademais, que regra similar consta do art. 8 (1) da Lei Modelo da Uncitral, *verbis*: "A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refers the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed".

partes, a Corte estatal deverá (*shall*, no texto em inglês) remeter as partes à arbitragem.

Muito embora não se possa olvidar a ressalva feita na parte final do dispositivo, seu conteúdo e alcance jurídico devem ser interpretados estritamente pelo juiz, à luz dos pressupostos que nortearam a CNI e do comando que a regra legal encerra. Esta é clara ao determinar a submissão das partes à arbitragem, enquanto a ressalva, pela sua essência, opera efeitos de natureza excepcional.

Ressalte-se, ainda, que dita ressalva dirige-se à cláusula compromissória e não a vícios contidos no contrato em que aquela se insere. O conteúdo da regra é claro: o juiz não deverá dar curso à arbitragem se a cláusula compromissória (na dicção da CNI, *acordo*) for nula, sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Por outro lado, o convencimento e a decisão do juiz quanto à nulidade, à ineficácia, à inoperabilidade e à inexecutabilidade da cláusula de arbitragem devem ter por base, meramente, análise *prima facie* da questão suscitada pela parte renitente.

Essa visão é corroborada pelos doutrinadores e pela jurisprudência⁴ e se alinha com os ditames e princípios que encerram o

4 Por exemplo, as Cortes Suíça, Francesa, Indiana, de Ontário, Hong Kong e Estados Unidos. "In sum, the courts of most nations have moved away from the traditional approach of analyzing Article II (3)'s 'null and void' exception [o artigo é exclusivo sobre as hipóteses de nulidade e falta de efeitos jurídicos] in the context of a full hearing or trial, toward the modern approach requiring merely a *prima facie* review of the arbitration agreement. Combined with the doctrine of autonomy discussed in section 18.3 *supra*, this limited judicial role has reinforced the nature of Article II (3) as a 'narrow exception' that is rarely invoked successfully" (R. Doak Bishop, Wade M. Coriell e Marcelo Medina Campos, *op. cit.*, p. 283-285). No Brasil, afirmam José Emilio Nunes Pinto e Rodrigo Garcia da Fonseca: "a análise exclusivamente *prima facie* da (in)validade da cláusula compromissória, reservada a hipóteses gritantes, aferíveis *ictu oculi*, na aplicação do art. 11.3 da Convenção de New York, é posição firmada nos tribunais e na doutrina franceses (...) Embora essa orientação não seja prevalente em todos os países, vem prevalecendo também no Brasil (...) Essa postura cautelosa dos tribunais garante a prioridade cronológica dos árbitros na análise de sua competência, essência do princípio *kompetenz-kompetenz*, sem prejuízo de eventual reapreciação da decisão pelo Poder Judiciário, porém sempre *a posteriori*. No Brasil, a legislação interna consagra o mesmo princípio, como se verifica dos arts. 8º e 20 da Lei n. 9.307/96" (Convenção de New York: atualização ou interpretação?, *Revista de Arbitragem e Mediação*, coord. Arnoldo Wald, ano 5, n. 18, nota 9, p. 57, jul./set. 2008).

instituto da arbitragem e, como antes mencionado, a própria gênese da CNI.

➤ Primeiramente, há de se ter em mente o princípio do *pacta sunt servanda* que, ao fim e ao cabo, forma e informa toda a relação contratual. Ao fixarem as partes a jurisdição arbitral para a solução das controvérsias oriundas ou relacionadas ao contrato que instrumentalizou o negócio jurídico por elas acordado, por certo a manifestação de vontade livremente pactuada foi a de afastar a intervenção do Poder Judiciário. Esse pressuposto encerra a teleologia do programa contratual. Dúvida não há quanto a esse entendimento.

Alie-se a essa manifestação a regra da autonomia da cláusula compromissória e da *kompetenz-kompetenz* que reforçam a submissão do conflito à jurisdição dos árbitros. Esses princípios, a bem da verdade, integram a espinha dorsal do instituto (art. 8º da Lei n. 9.307/96).

Autonomia e competência-competência formam verdadeira blindagem jurídica em prol da arbitragem e sua gênese sustenta-se em pressuposto ético e moral, pois corolário da boa-fé. Esses princípios, ao maximizarem a eficácia da cláusula compromissória, reforçam a análise estrita, pelo Poder Judiciário, das hipóteses constantes da ressalva do artigo II (3) da CNI, o seu exame *prima facie* e a pesada carga probatória imposta à parte que reluta em se submeter à arbitragem.

Pode-se afirmar, destarte, não ser amplo ou ilimitado o exame pelo órgão judicial da ocorrência das hipóteses objeto da ressalva em questão. Ao reverso, a análise é adstrita, pois voltada a uma situação jurídica *patente à primeira vista*. Em outras palavras, há de se demonstrar a alegação de improcedência da sujeição ao rito arbitral com dados e elementos evidentes e convincentes a uma *simples mirada*. Estamos no campo de uma *verossimilhança soberana*.

Nesse sentido, o Tribunal Federal Suíço e as Cortes judiciais de Hong Kong e Ontário adotam a análise *ex ante* limitada ao critério *prima facie*, o mesmo ocorrendo na França, cuja lei exige que os vícios objeto da ressalva contida na parte final do artigo II (3) da CNI sejam “patentes” ou “manifestos”⁵.

5 Cf. Doak Bishop, Coriell e Medina Campos, op. cit., p. 284.

Como já tivemos a oportunidade de registrar,

[v]istos o porquê e o para quê do conteúdo do art. 8º da Lei e do art. II, itens 1 e 3, da Convenção, torna-se evidente que a exceção contida na parte final do referido dispositivo da Convenção deve ser enfrentada *cum grano salis*.

Trata-se, a toda evidência, de uma regra de exceção que opera efeitos numa estrita esfera jurídica. Ademais, exceção que é, há de ser aplicada com rigor.

Relembre-se: a finalidade das normas de direito arbitral aqui tratadas estabelecem verdadeiras blindagens jurídicas voltadas à plena produção dos efeitos da cláusula compromissória além de uma intervenção diminuta e *a posteriori* do Poder Judiciário.

Tais regras legais são da essência, e fundamentais ao instituto da arbitragem, e se traduzem na espinha dorsal de todo o ordenamento.

Não será, pois, qualquer sentir de nulidade que imporá a derrocada da relevante normatividade que cerca e norteia o instituto da arbitragem no país e no direito comparado.

Não será mero indício, ou mesmo presunção, de nulidade capaz de afastar os efeitos da cláusula compromissória.

Ao contrário, há quem entenda, e se trata de doutrina reconhecida e abalizada⁶, que nada, nenhum vício, seria suficiente a desconsiderar o pacto de arbitragem e, nota-

6 V. opinião de Phillippe Fouchard para quem “[e]sse princípio está tratado de uma maneira clara no artigo II, parágrafo 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras: ... O ajuizamento de uma ‘anti-suit injunction’ baseada no entendimento de determinada corte acerca da validade e do escopo de uma convenção de arbitragem nega claramente o princípio da competência-competência. Por essa única razão, isto deveria ser evitado” (tradução livre) – FOUCHARD, Phillippe. Anti-Suit Injunctions: What Remedies? In: *International Arbitration*. Org. Gaillard, Emmanuel. United States of America: Juris Publishing. 2005. p. 153-155. No original: “This principle is set forth in the clearest manner in Article II, paragraph 3, of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: ... The issuance of an anti-suit injunction based on a given court’s understanding of the validity and scope of an arbitration agreement clearly negates the principle of competence-competence. For that reason alone, it should be avoided”.

damente, os princípios da autonomia e da competência-competência.

Se assim não penso é porque extraio da exceção contemplada no texto da Convenção alguma finalidade. Conquanto bastante restrito o seu alcance, me parece que se alinha com os ditames que caracterizam o direito arbitral.

Penso que a exceção se presta para os casos em que há manifesto vício de nulidade da cláusula de arbitragem. Manifesto no sentido estrito e inflamado da dicção. Um vício, efetivamente, extravagante. Um verdadeiro absurdo jurídico. Algo que, avistado, não deixa dúvidas quanto à nulidade da cláusula. Vícios aferíveis *prima facie* pelo juízo togado. Algo, enfim, teratológico.

A exemplo, o contrato que tem por objeto o jogo ou a prostituição, e o acordo firmado por criança, facilmente comprovável pela apresentação de certidão de nascimento.

Com efeito, a existência de vícios dessa natureza e extravagância independem de maiores sustentações legais e de comprovações. Uma simples mirada nos fundamentos de direito e na prova colacionada pela parte que sustenta a nulidade seria, assim, suficiente, *per se*, a confirmar a existência efetiva do vício.

O raro autor nacional que se dedicou ao tema confirma esse entendimento:

“Conclui-se, portanto, que, de acordo com o direito brasileiro, as autoridades judiciárias podem tão somente apreciar a validade, existência, aplicabilidade ou efetividade da convenção de arbitragem em momento posterior aos árbitros. Nem mesmo o exame *prima facie* seria pois passível de ser realizado no Brasil pelo Judiciário a não ser no caso de nulidade ostensiva ou manifesta, devendo ser aguardada a decisão prévia dos árbitros”⁷.

Por outro lado, saliente-se que o sentir do vício de nulidade que afete a existência, a eficácia ou a validade do ato,

7 WALD, Arnaldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 22/366.

não deverá ser aferido no diapasão do sentimento expresso pela parte que se sente lesada, naturalmente exacerbado pela crise que o conflito normalmente gera.

A ótica daquele que se diz prejudicado, salvo raríssimas situações, por certo, não é o melhor prisma a se encarar a problemática.

De outro modo, a pretensão da parte restaria por fazer tábula rasa dos ditames e princípios que devem imperar na arbitragem.

Em outros termos, se não houver rigor na aplicação do art. 8º da Lei, a simples arguição de qualquer vício de nulidade, seja de inexistência, invalidade ou ineficácia do pacto compromissório, fará com que este se torne letra morta, retroagindo a arbitragem ao cenário existente nos idos de 1800⁸.

Esse entendimento – verificação limitada *ex ante* – coaduna-se com o princípio de que o Poder Judiciário somente intervém na arbitragem em sua fase pós-arbitral.

Em outros termos, somente com o término da jurisdição dos árbitros é que deve o Judiciário interferir mediante processo de anulação da decisão arbitral. Antes disso, nas fases pré-arbitral e arbitral o papel do juiz é o de colaborador no sentido de dar curso ao *pacta sunt servanda*. Daí por que a análise da validade, inoperância e inexequibilidade da cláusula compromissória é meramente *prima facie*, afastando-se o rito arbitral, apenas e tão somente, se o vício for manifesto, patente ou flagrante.

Por oportuno, cabe ressaltar que não me parece vantajosa a verificação *ex ante* pelo Judiciário, em detalhes, sob a alegação de que tal importaria uma resposta mais célere e segura quanto à existência ou não dos vícios da cláusula compromissória. Isso porque a segurança jurídica se verifica, exatamente, na observância do

8 BATISTA MARTINS, Pedro A. Poder Judiciário – Princípio da autonomia da cláusula compromissória – Princípio da competência-competência – Convenção de Nova Iorque – Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – Determinação da lei aplicável ao conflito – Julgamento pelo Tribunal Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n. 7, p. 181-183, out./dez. 2005.

que foi pactuado – submissão dos conflitos à arbitragem – e, ademais, sem entrarmos no mérito da natural demora e dos vários recursos na seara judicial, o fato é que a prática tem demonstrado que a questão de jurisdição, quando abordada por uma das partes, resulta na bifurcação do procedimento arbitral com vistas a um contraditório antecipado e voltado unicamente para essa questão prejudicial e, conseqüentemente, com a rápida definição da matéria controvertida mediante a prolação de sentença que, desde logo, pode ser levada ao Judiciário para os fins cabíveis.

Inexistindo vício manifesto, ou seja, verificável *prima facie*, é do árbitro a decisão sobre a sua jurisdição. Essa verificação far-se-á com base em amplo contraditório e análise detalhada das provas que embasam a fundamentação de ambas as partes.

Uma vez confirmada a jurisdição dos árbitros, o processo terá curso normal, podendo a decisão exarada ser objeto de anulação pelo Judiciário. De outro lado, não confirmada a jurisdição arbitral, as partes estarão livres para buscar seus direitos perante o juiz natural, por força de tal decisão que, ao fim e ao cabo, extingue o processo sem julgamento do mérito⁹.

Veja-se, portanto, que a sistemática da análise limitada pelo Judiciário e da verificação ampla pelos árbitros encarna o espírito de cooperação do juiz togado na fase pré-arbitral aliada à rapidez da solução *ictus oculi* nessa esfera judicial amparada por uma verificação profunda pelos árbitros, com ampla produção proba-

9 Lei n. 9.307/96: "Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei".

tória, que, ao final, e de forma também célere, decidirá a questão por meio de uma decisão prévia específica sobre a controvérsia¹⁰.

3. Dado que o vício que se imputa à cláusula compromissória deve ser patente a uma simples mirada aquele resiste em submeter o conflito à arbitragem implica um ônus probatório eficiente e contundente, portanto, mais rigoroso, uma vez que o exame judicial se verifica e se subsume à *prima facie* dos elementos da prova¹¹.

De fato, a natureza restritiva da ressalva contida na parte final do artigo II (3) da CNI, aliada à imperatividade de se comprovar, à primeira vista, ser o vício da cláusula compromissória efetivo e manifesto, tem restringido sobremaneira a procedência judicial de pleitos dessa natureza¹².

Com efeito, enquanto a uma das partes compete demonstrar a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, à outra caberá provar que a convenção é manifestamente nula, ineficaz, inoperante ou inexecutável.

Por certo que a prova da existência de vícios é mais complexa e rigorosa, acrescida do fato de que também a prova contrária (validade da cláusula compromissória) há de se verificar em mero exame *prima facie*.

10 A disposição das Cortes de Justiça de adotarem o critério *prima facie* pode ser resumida pela constatação da Suprema Corte da Índia *verbis*: "[t]he two basic requirements, namely, expedition at the pre-reference stage, and a fair opportunity to contest the award after full trial, would be fully satisfied..." (Doak Bishop, Corniell e Medina Campos, op. cit., p. 285).

11 Segundo Carolyn B. Lamm e Jeremy K. Sharpe, "Thus, if the party seeking arbitration establishes, *prima facie*, the existence and validity of an arbitration agreement, the party seeking to prove that the agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed carries a heavy burden of proof" (Inoperative arbitration agreements under the New York Convention. In: *Enforcement of Arbitration Agreements...*, p. 305).

12 Segundo Carolyn B. Lamm e Jeremy K. Sharpe, "The combination of these three factors – ie, the restrictive interpretation of Article II (3), the shifting of the burden to the party resisting arbitration, and the high standard of proving that an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed – has ensured that relatively few arbitration agreements are deemed 'null and void, inoperative or incapable of being performed' at the referral stage" (op. cit., p. 306).

É esse, sem dúvida, o sistema probatório que resulta da análise do conteúdo do artigo II (3) da CNI que determina a submissão da controvérsia à arbitragem, "*a menos que tal acordo [cláusula compromissória] é nulo e sem efeitos, inoperante e inexecutável*".

4. A redação da ressalva final constante do artigo II (3) da CNI foi introduzida por força da universalidade da aplicação da Convenção, sem embargo de a grande maioria das cortes dos países signatários lhe emprestarem interpretação bastante limitada e restrita¹³.

Muito embora as decisões judiciais não se atenham a enquadrar cada caso, especificamente, em uma das hipóteses previstas na ressalva – nula e sem efeitos, inoperante, inexecutável – é possível, entretanto, conduzir o intérprete a uma definição ou enquadramento jurídico de cada uma dessas situações jurídicas, sem embargo de certos pontos de contato que entre elas possam surgir ou existir.

Nesse sentido, pode-se dizer que a dicção *nula e sem efeitos* (*null and void*) encerra os vícios atinentes à declaração de vontade manifestada pela parte em prol da resolução das disputas contratuais por arbitragem.

São os casos, basicamente, de falta de consenso por incapacidade do agente, fraude, coação, declaração falsa ou uso impróprio do titular de um poder em prejuízo alheio. São situações jurídicas que se fundam em vícios que afetam a cláusula já no seu nascedouro.

Inoperante (*inoperative*) é a cláusula compromissória que perde seu efeito por força de ato da parte ou da prática ou omissão de certo ato. Resulta, basicamente, da ocorrência de renúncia, expressa ou tácita, da(s) parte(s).

Com efeito, a existência de ações judiciais instituídas pelas partes atinentes a questões oriundas do contrato em que se insere a cláusula de arbitragem pode torná-la inoperante. Outro modo de tornar inoperante a cláusula compromissória pode advir de aditamento ao contrato em que a opção original pela arbitragem

¹³ Cf. R. Doak Bishop, Wade M. Coriell e Marcelo Medina Campos (op. cit., p. 276).

reste superada, implícita ou explicitamente, por uma disposição de foro em geral.

Já a dicção *inexequível* (*incapable of being performed*) diz com a impossibilidade de se dar curso ao procedimento de arbitragem, por exemplo, pela impossibilidade de o único árbitro indicado e aceito pelas partes não poder exercer a função ou não haver árbitro disponível, caso o regulamento da Câmara exija que todos ou o presidente do tribunal arbitral seja nomeado dentre aqueles listados em seu corpo de árbitros. Ou, ainda, a escolha das partes recaia, exclusivamente, sobre determinada instituição arbitral que não mais funciona no momento da erupção da controvérsia¹⁴.

No mesmo sentido, temos a situação em que o procedimento de nomeação do tribunal arbitral é falho ou a autoridade escolhida para nomear os árbitros se recusa a fazê-lo.

A cláusula compromissória também pode ser considerada inexequível nos casos em que alterações políticas ou legais no local escolhido para sede da arbitragem tornem inviável ou impossível o curso do procedimento. Com efeito, mudanças radicais no governo do local da sede ou modificação legislativa que implique a redução das hipóteses de arbitrabilidade objetiva podem tornar impossível ou inviável a resolução da disputa por arbitragem.

A inexequibilidade surge, pois, da frustração na execução do objeto da cláusula compromissória.

É salutar, de todo modo, não se olvidar em interpretar o conteúdo e o alcance da cláusula arbitral de modo a verificar a possibilidade de torná-la exequível, mesmo sem a cooperação de uma das partes.

Segundo Stefan Kröll,

On the other hand, however, it is usually not possible to force a party to cooperate in the constitution of the tribunal. Therefore the test for the non-obstructing party must be whether the arbitration proceedings can be effectively set in motion even without the cooperation of the other

14 Para alguns, nesse caso, a cláusula enquadrar-se-ia na hipótese de inoperante (cf. decisão da Corte Alemã e opinião de Stefan Kröll, "The 'incapable of being performed' exception in article II (3) of the New York Convention", in *Enforcement of arbitration agreements*, p. 333 e 335).

party (...) On the basis of a purely textual analysis, the starting point for the determination of whether the performance of an arbitration agreement is no longer possible must be the objectives pursued by the parties with the arbitration agreement. Only when the specific purpose of the particular arbitration agreement has been worked out clearly is it possible to determine whether this objective can still be attained, ie whether the arbitration agreement is capable of being performed. The primary purpose of any arbitration agreement is to refer the resolution of disputes and the enforcement of the parties' rights to arbitration, replacing the otherwise available recourse to courts¹⁵.

Nos casos ordinários de cláusula arbitral patológica, por exemplo, é comum as cortes extraírem algum significado prático do seu conteúdo de forma a preservar a opção pela arbitragem. A existência conjunta de cláusulas de arbitragem e de foro tem levado a interpretação de que o último detém competência para eventual discussão de ação de anulação da sentença arbitral ou para a imposição de medidas de urgência preparatórias ou exaradas pelo tribunal arbitral.

A redação da convenção com indicação de duas câmaras pode, por exemplo, ser interpretada como uma opção das partes para a escolha de qualquer uma delas.

Na análise das cláusulas patológicas deve-se aplicar, ao máximo, as técnicas de interpretação com vistas a sanar as inconsistências e lacunas visando assegurar, no limite, a opção pela arbitragem.

Registre-se, por fim, que a inexecutabilidade da cláusula compromissória não prejudica a sua eventual eficácia futura. Tanto é verdade que o árbitro que se encontrava doente ou ausente no momento da eclosão de uma disputa pode ter se recuperado ou retornado na ocasião em que outra controvérsia surge. Questões políticas e legais que impediam a resolução da disputa em certo

¹⁵ The "incapable of being performed" exception in article II (3) of the New York Convention. In: *Enforcement of Arbitration Agreements...*, p. 326-327.

local, do mesmo modo, podem ser superadas enquanto ainda vigente o contrato.

Vistas as hipóteses constantes da ressalva inserta no artigo II (3) da CNI, tudo indica que o legislador estabeleceu uma graduação com base na gravidade dos vícios imputados à cláusula compromissória, iniciando pelo mais relevante (nulidade e ineficácia) e terminando no mais brando (inexequibilidade).

Conforme indica Stefan Kröll,

According to the prevailing understanding, the scheme inherent in Article II (3) of the New York Convention is that there is a sliding scale from the most serious defects of the arbitration agreement, covered by the notion of “null and void” up to the least serious and perhaps surmountable defects falling within the notion of “incapable of being performed”. Thus the difference between this and the other two exceptions is that there is in principle still a valid arbitration agreement in existence which binds the parties but which for the present dispute for some reason cannot be effectively set in motion. By contrast the notion “null and void” and “inoperative” cover cases where the parties have either never entered into a valid arbitration agreement as it had been void *ab initio* or the originally valid arbitration agreement ceased to have effect as it was for some reason terminated. As a consequence, in all cases covered by the first two grounds it can be positively excluded that the arbitration agreement at issue may become relevant in future disputes arising from the same contractual relationship. By contrast, the finding that an arbitration agreement is “merely” incapable of being performed does not exclude *ipso iure* that the agreement may become relevant in future disputes¹⁶.

De toda forma e sem embargo da boa técnica legislativa, em se tratando das ressalvas postas no artigo II (3) da CNI, aplica-se a regra da análise *prima facie* pelo Poder Judiciário e da verossimilhança soberana extraída da evidência da existência de vício.

16 Op. cit., p. 328.

o Caso contrário, demonstrada *ictus oculi* a validade e eficácia da cláusula de arbitragem, esta deverá ser instaurada para que os árbitros, então, analisem profundamente e à luz do contraditório a efetiva existência ou não dos alegados vícios imputados à cláusula compromissória.

ARNOLDO WALD
SELMA FERREIRA LEMES
COORDENADORES

ARBITRAGEM
COMERCIAL
INTERNACIONAL

A CONVENÇÃO
DE NOVA IORQUE
E O DIREITO
BRASILEIRO

Adriana Braghetta
Adriana Noemi Pucci
Arnoldo Wald
Carmen Tiburcio
Eduardo Damião Gonçalves
Eduardo Grebler
José Emilio Nunes Pinto
Lauro Gama Jr.
Lidia Spitz
Luiz Claudio Aboim
Nadia de Araujo
Paulo Borba Casella
Pedro A. Batista Martins
Rodrigo Garcia da Fonseca
Selma Ferreira Lemes

*Pedro A. Batista
Martins*

2011

 **Editora
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPIRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

127.485.001.001

ISBN 978-85-02-10807-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Arbitragem comercial internacional : a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro / Arnaldo Wald, Selma Ferreira Lemes (coordenadores). — São Paulo : Saraiva, 2011.

Vários autores.

1. Arbitragem internacional 2. Convenção de Nova Iorque 3. Direito comercial 4. Direito internacional privado
I. Wald, Arnaldo. II. Lemes, Selma Ferreira.

10-12726

CDU-347.918:382

Índice para catálogo sistemático:

1. Convenção de Nova Iorque : Arbitragem : Comércio internacional 347.918:382

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editora Manuella Santos de Castro

Assistente editorial Aline Darcy Flor de Souza

Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Camilla Bazzoni de Medeiros

Bernardete Rodrigues de Souza Maurício

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Muiraquitã Editoração Gráfica

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Sandra Garcia Cortés

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco

Carla Cristina Marques

Capa 2EstúdioGráfico

Produção gráfica Marli Rampim

Impressão Corprint Gráfica e Editora Ltda

Acabamento Corprint Gráfica e Editora Ltda

Data de fechamento da edição: 21-1-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.