

STJ00106391

JOSÉ ANTONIO **FICHTNER**  
SERGIO NELSON **MANNHEIMER**  
ANDRÉ LUÍS **MONTEIRO**

# TEORIA GERAL DA ARBITRAGEM

Prefácio

**MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO**



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafadores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Fabricio Vale dos Santos

- Fechamento desta edição: 20.09.2018

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**  
**SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**

F466t

Fichtner, José Antonio

Teoria geral da arbitragem / José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer, André Luís Monteiro. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8258-4

1. Arbitragem e sentença – Brasil. 2. Mediação. 3. Administração de conflitos. 4. Arbitragem internacional. I. Mannheimer, Sergio Nelson. II. Monteiro, André Luís. III. Título.

18-52002

CDU: 347.918

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

1133910

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
<b>Capítulo 1 – ARBITRAGEM E TUTELA JURISDICIONAL .....</b>	<b>9</b>
1.1. Conflito de interesses.....	9
1.2. Métodos de resolução de conflitos.....	12
1.3. Direito de ação, tutela jurisdicional e arbitragem.....	17
<b>Capítulo 2 – ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM .....</b>	<b>21</b>
2.1. Breve notícia histórica .....	21
2.1.1. Perspectiva internacional.....	21
2.1.2. Perspectiva brasileira.....	25
2.2. Conceito .....	32
2.3. Natureza jurídica .....	34
2.3.1. Teoria contratualista (ou privatista) da arbitragem.....	34
2.3.2. Teoria jurisdicional (ou publicista) da arbitragem.....	37
2.3.3. Teoria mista da arbitragem.....	43
2.3.4. Teoria autônoma (ou autonomista) da arbitragem .....	44
2.3.5. A arbitragem possui natureza jurisdicional .....	45
2.4. Qualidades da arbitragem.....	48
2.4.1. As mais importantes qualidades .....	48
2.4.2. Celeridade.....	49
2.4.3. Possibilidade de escolha de um julgador especialista na matéria .....	52
2.4.4. Imparcialidade dos árbitros em conflitos envolvendo elementos internacionais .....	54
2.4.5. Eficácia transnacional da sentença arbitral.....	55
2.4.6. Flexibilidade do procedimento arbitral .....	55
2.4.7. A questão do custo da arbitragem .....	61
2.5. Posição enciclopédica .....	62

2.6.	Classificações da arbitragem.....	63
2.6.1.	Arbitragem de direito e arbitragem de equidade.....	63
2.6.1.1.	Arbitragem de direito e normas jurídicas.....	63
2.6.1.2.	Arbitragem de equidade: noções e terminologia .....	66
2.6.1.3.	Arbitragem de equidade: possibilidade de decisões <i>contra legem</i> .....	69
2.6.1.4.	Arbitragem de equidade: debate sobre a possibilidade de afastamento da prescrição.....	71
2.6.1.5.	Arbitragem de equidade: debate sobre a possibilidade de afastamento de disposições contratuais.....	73
2.6.1.6.	Arbitragem de equidade e formação dos árbitros: o equívoco no exame de matéria técnica por árbitros não especialistas não é julgamento por equidade .....	75
2.6.1.7.	Arbitragem de equidade: faculdade – não obrigação – de proferir decisão <i>contra legem</i> , caso esse resultado pareça mais justo.....	80
2.6.1.8.	Problemas interpretativos na cumulação entre arbitragem de direito e arbitragem de equidade	81
2.6.1.9.	Fundamentação das decisões na arbitragem de equidade .....	81
2.6.1.10.	Arbitragem de equidade e Administração Pública.....	82
2.6.2.	Arbitragem <i>ad hoc</i> e arbitragem institucional .....	84
2.6.2.1.	Arbitragem <i>ad hoc</i> .....	84
2.6.2.2.	Arbitragem institucional .....	89
2.6.2.3.	Vantagens e desvantagens das arbitragens <i>ad hoc</i> e institucional.....	94
2.6.3.	Arbitragem internacional e arbitragem doméstica .....	96
2.6.3.1.	A complexidade dos critérios para distinguir arbitragem internacional e arbitragem doméstica.....	96
2.6.3.2.	A Lei de Arbitragem brasileira e os conceitos de arbitragem internacional, arbitragem doméstica, sentença arbitral estrangeira e sentença arbitral nacional .....	101
2.7.	Constitucionalidade da Lei n.º 9.307/1996.....	103
2.7.1.	Antecedentes e reação da doutrina.....	103
2.7.2.	O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal .....	106

<b>Capítulo 3 – PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS À ARBITRAGEM .....</b>	<b>113</b>
3.1. A importância dos princípios jurídicos na atualidade .....	113
3.2. Arbitragem, princípios jurídicos e Direito aplicável .....	119
3.3. Princípios de origem material .....	120
3.3.1. Princípios clássicos do Direito Privado aplicados à arbitragem .....	120
3.3.1.1. Princípio da autonomia privada.....	120
3.3.1.2. Princípio da força obrigatória dos contratos .....	125
3.3.1.3. Princípio da relatividade dos contratos.....	130
3.3.2. Princípios contemporâneos do Direito Privado aplicados à arbitragem.....	131
3.3.2.1. Princípio da boa-fé objetiva.....	131
3.3.2.2. Princípio do equilíbrio contratual.....	139
3.3.2.3. Princípio da função social do contrato .....	143
3.4. Princípios de origem processual .....	147
3.4.1. Modelo constitucional de processo arbitral: devido processo legal e liberdade individual.....	147
3.4.1.1. Aspecto do devido processo legal .....	147
3.4.1.2. Aspecto da liberdade individual.....	151
3.4.2. A difícil tarefa de sistematizar os princípios processuais .....	153
3.4.3. Os princípios processuais explicitamente previstos na Lei de Arbitragem brasileira .....	156
3.4.4. Outros princípios processuais aplicáveis à arbitragem.....	157
3.4.4.1. Princípio constitucional do acesso à justiça .....	157
3.4.4.2. Princípio constitucional do devido processo legal .....	159
3.4.4.3. Princípio constitucional do contraditório .....	164
3.4.4.4. Princípio constitucional da ampla defesa .....	167
3.4.4.5. Princípio constitucional da igualdade .....	168
3.4.4.6. Princípio constitucional do juiz natural.....	170
3.4.4.7. Princípio constitucional da razoável duração do processo .....	173
3.4.4.8. Princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas .....	175
3.4.4.9. Princípio constitucional da efetividade do processo .....	179

3.4.4.10.	Princípio constitucional da motivação das decisões.....	182
3.4.4.11.	Princípio constitucional da publicidade dos atos processuais .....	187
3.4.4.12.	Princípio infraconstitucional da iniciativa das partes.....	188
3.4.4.13.	Princípio infraconstitucional dispositivo.....	191
3.4.4.14.	Princípio infraconstitucional do impulso oficial .....	193
3.4.4.15.	Princípio infraconstitucional da oralidade .....	194
3.4.4.16.	Princípio infraconstitucional do livre convencimento motivado .....	195
3.4.4.17.	Princípio infraconstitucional da lealdade processual .....	197
3.4.4.18.	Princípio infraconstitucional da economia processual.....	201
3.4.4.19.	Princípio infraconstitucional da instrumentalidade das formas .....	202
3.5.	Princípios de Direito Internacional Privado .....	204
3.5.1.	A difícil tarefa de sistematização dos princípios de Direito Internacional Privado.....	204
3.5.2.	Princípio da autonomia da vontade na escolha do Direito aplicável.....	205
3.5.2.1.	Algumas noções a respeito do princípio da autonomia da vontade.....	205
3.5.2.2.	Autonomia da vontade como elemento de conexão no Direito Internacional Privado brasileiro: a interpretação do art. 9.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.....	206
3.5.2.3.	Autonomia da vontade como elemento de conexão na arbitragem e sua influência no Direito Internacional Privado brasileiro.....	210
3.5.3.	Princípio da ordem pública (os três graus de ordem pública)....	212
<b>Capítulo 4 – ARBITRABILIDADE .....</b>		<b>223</b>
4.1.	Primeiras noções.....	223
4.2.	Classificação da arbitrabilidade .....	227
4.2.1.	Arbitrabilidade <i>stricto sensu</i> e arbitrabilidade <i>lato sensu</i> .....	227
4.2.2.	Arbitrabilidade subjetiva x arbitrabilidade objetiva.....	228

4.3.	Arbitrabilidade: condição de validade da convenção de arbitragem x regra de competência internacional exclusiva dos Estados soberanos....	229
4.4.	Observações de Direito Comparado .....	231
4.5.	Arbitrabilidade subjetiva.....	234
4.5.1.	Primeiras noções.....	234
4.5.2.	Entes despersonalizados e arbitrabilidade subjetiva .....	236
4.5.3.	Pessoas incapazes e arbitrabilidade .....	238
4.6.	Arbitrabilidade objetiva .....	241
4.6.1.	Critérios .....	241
4.6.1.1.	Ordem pública.....	241
4.6.1.2.	Transacionabilidade.....	243
4.6.1.3.	Livre disponibilidade .....	244
4.6.1.4.	Patrimonialidade.....	246
4.6.2.	Interpretação dada ao <i>caput</i> do art. 1.º da Lei de Arbitragem pela doutrina brasileira .....	247
4.6.3.	Crítica ao critério da livre disponibilidade tal como entendido pela doutrina brasileira .....	250
4.6.4.	Adoção pelo Brasil do critério da patrimonialidade: art. 852 do Código Civil e art. 1.º da Convenção do Panamá de 1975 .....	253
4.6.5.	Arbitrabilidade e normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública).....	256
<b>Capítulo 5</b>	<b>– ARBITRAGEM E DIREITO DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>261</b>
5.1.	Introdução.....	261
5.2.	Direito do consumidor é direito patrimonial (e disponível).....	262
5.3.	Exame da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão submetidos à disciplina da Lei n.º 8.078/1990 .....	266
5.4.	A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito das cláusulas compromissórias insertas em contratos de consumo .....	269
5.5.	A exigência legal, no plano da eficácia, para a regularidade da arbitragem nos contratos de adesão: concordância expressa do consumidor com a instituição da arbitragem.....	272
5.6.	A prévia indicação dos árbitros e da câmara administradora da arbitragem na cláusula compromissória submetida ao Código de Defesa do Consumidor .....	275
<b>Capítulo 6</b>	<b>– ARBITRAGEM E DIREITO SOCIETÁRIO .....</b>	<b>279</b>
6.1.	Introdução.....	279

6.2.	Três notas de Direito Comparado: Itália, Espanha e Estados Unidos .....	283
6.2.1.	Itália .....	283
6.2.2.	Espanha .....	287
6.2.3.	Estados Unidos .....	290
6.3.	A situação da arbitragem societária no Brasil antes da Reforma da Lei de Arbitragem .....	296
6.4.	Cláusula compromissória em acordos de acionistas .....	297
6.4.1.	Anotações sobre o acordo de acionistas na Lei das Sociedades por Ações .....	297
6.4.2.	A execução específica do acordo de acionistas .....	308
6.4.3.	Arbitragem em acordos de acionistas .....	320
6.5.	Alcance subjetivo da cláusula compromissória nas sociedades anônimas .....	326
6.5.1.	Divergências prévias à Reforma da Lei de Arbitragem .....	326
6.5.1.1.	Inclusão da cláusula compromissória na constituição da companhia antes da Reforma da Lei de Arbitragem .....	326
6.5.1.2.	Inclusão da cláusula compromissória na reforma do estatuto social antes da Reforma da Lei de Arbitragem .....	329
6.5.2.	Decisões judiciais a respeito do alcance subjetivo da cláusula compromissória inserida em atos constitutivos antes da Reforma da Lei de Arbitragem .....	344
6.5.3.	Arbitragem societária após a Reforma da Lei de Arbitragem ....	350
6.5.3.1.	Quórum de instalação e quórum de deliberação para aprovação da cláusula compromissória estatutária .....	350
6.5.3.2.	Vinculação de todos os acionistas? .....	353
6.5.3.3.	Vinculação dos administradores? .....	361
6.5.3.4.	Direito de retirada (direito de recesso) .....	364
6.6.	Notas sobre a sociedade limitada .....	369
6.7.	Arbitrabilidade objetiva de litígios societários .....	377
6.7.1.	Três premissas fundamentais .....	377
6.7.2.	Decisões judiciais a respeito do alcance objetivo da cláusula compromissória e da arbitrabilidade objetiva de litígios societários .....	379
6.7.2.1.	Alcance objetivo da cláusula compromissória .....	379
6.7.2.2.	Arbitrabilidade objetiva .....	382



6.7.3.	Divergência doutrinária a respeito da arbitrabilidade objetiva de litígios societários .....	385
<b>Capítulo 7 – ARBITRAGEM, RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA .....</b>		<b>391</b>
7.1.	Introdução.....	391
7.2.	Duas premissas.....	393
7.2.1.	Existem normas especiais em relação à arbitrabilidade objetiva .....	393
7.2.2.	Arbitrabilidade objetiva e processos falimentares no Brasil: uma exceção, em algumas hipóteses, ao critério geral.....	395
7.2.3.	Duas premissas e duas hipóteses .....	398
7.3.	Notas de Direito Comparado .....	400
7.3.1.	Reino Unido .....	400
7.3.2.	França.....	403
7.3.3.	Alemanha.....	404
7.3.4.	Suíça.....	405
7.4.	Recuperação extrajudicial, recuperação judicial e falência .....	408
7.4.1.	Noção introdutória sobre o instituto da recuperação extrajudicial .....	408
7.4.2.	Noção introdutória sobre o instituto da recuperação judicial.....	411
7.4.3.	Noção introdutória sobre o instituto da falência.....	418
7.5.	Questões polêmicas envolvendo arbitragem e execução concursal (recuperação extrajudicial, recuperação judicial e falência) .....	426
7.5.1	Arbitragem e recuperação extrajudicial: art. 163 da Lei de Recuperação Judicial e Falências .....	426
7.5.2.	Arbitragem e recuperação judicial .....	429
7.5.2.1.	Efeitos da recuperação judicial sobre a convenção de arbitragem já celebrada: arts. 49, 64, 65 e 66 da Lei de Recuperação Judicial e Falências.....	429
7.5.2.2.	Possibilidade de celebração de convenção de arbitragem após a recuperação judicial: arts. 64, 65 e 66 da Lei de Recuperação Judicial e Falências .....	433
7.5.2.3.	Efeitos da recuperação judicial sobre as arbitragens já iniciadas: arts. 6.º e 52 da Lei de Recuperação Judicial e Falências .....	435

7.5.2.4.	Arbitragem, recuperação judicial e arts. 3.º e 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências .....	443
7.5.2.5.	Arbitragem e o plano de recuperação judicial .....	448
7.5.3.	Arbitragem e falência .....	455
7.5.3.1.	Efeitos da falência sobre a convenção de arbitragem já celebrada: arts. 22, 99, 103, 114 e, especialmente, 117 da Lei de Recuperação Judicial e Falências....	455
7.5.3.2.	Possibilidade de celebração de convenção de arbitragem após a falência: arts. 22, 99, 103 e 114 da Lei de Recuperação Judicial e Falências.....	467
7.5.3.3.	Efeitos da falência sobre as arbitragens já iniciadas: arts. 6.º, 22, 99, 103, 114, 140 e 142, todos da Lei de Recuperação Judicial e Falências .....	470
7.5.3.4.	Arbitragem e juízo universal da falência: arts. 6.º e 76 da Lei de Recuperação Judicial e Falências .....	478
7.5.4.	Arbitragem, Ministério Público, recuperação judicial e falência .....	490
<b>Capítulo 8 – ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>		<b>495</b>
8.1.	Introdução.....	495
8.2.	Qualidades da arbitragem e escolha do método de resolução de litígios pela Administração Pública.....	496
8.3.	Breve nota sobre o desenvolvimento da legislação federal brasileira a respeito da arbitragem envolvendo entes públicos no Brasil .....	507
8.4.	Algumas outras iniciativas fora do âmbito da legislação federal brasileira.....	513
8.5.	Notícia sobre o direito estrangeiro.....	516
8.6.	A jurisprudência dos tribunais.....	519
8.6.1.	Panorama geral .....	519
8.6.2.	Supremo Tribunal Federal.....	519
8.6.3.	Superior Tribunal de Justiça.....	520
8.6.4.	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.....	525
8.6.5.	Tribunal de Justiça do Distrito Federal.....	528
8.6.6.	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais .....	529
8.6.7.	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro .....	534
8.6.8.	Tribunal Regional Federal da 2.ª Região.....	536
8.6.8.1.	ANP x Petrobras (Campo de Jubarte).....	536

8.6.8.2.	<i>ANP x Petrobras</i> (Campo de Lula).....	539
8.6.9.	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo .....	543
8.6.10.	A posição do Tribunal de Contas da União .....	544
8.7.	Arbitrabilidade e princípio da legalidade .....	548
8.7.1.	Arbitrabilidade em relação a entes públicos .....	548
8.7.2.	Diversas correntes a respeito da arbitrabilidade de conflitos envolvendo a Administração Pública.....	553
8.7.2.1.	Arbitrabilidade subjetiva: capacidade de fato, competência administrativa e inexistência de vedação normativa.....	553
8.7.2.2.	Arbitrabilidade subjetiva, exigência de autorização legal específica e Reforma da Lei de Arbitragem de 2015.....	555
8.7.2.3.	Arbitrabilidade subjetiva, autorização legal específica no próprio <i>caput</i> do art. 1.º da Lei de Arbitragem e Reforma da Lei de Arbitragem de 2015.....	558
8.7.2.4.	Arbitrabilidade objetiva: admissibilidade da arbitragem a partir da distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, atos de império e atos de gestão, bem como atividades-fim e atividades-meio.....	560
8.7.2.5.	Arbitrabilidade objetiva: admissibilidade da arbitragem a partir da técnica de ponderação de interesses com fundamento na Constituição da República.....	566
8.8.	Arbitrabilidade, Direito Administrativo e normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública).....	570
8.9.	Arbitragem e contratos administrativos .....	572
8.9.1.	Contrato administrativo e cláusulas exorbitantes (ou cláusulas de privilégio) .....	572
8.9.2.	Arbitrabilidade e cláusulas exorbitantes do contrato administrativo .....	574
8.9.3.	Direito aplicável e equidade .....	579
8.9.4.	Idioma .....	586
8.9.5.	Sede da arbitragem e foro da administração.....	590
8.9.6.	Confidencialidade e publicidade .....	601
8.9.6.1.	As noções de confidencialidade, privacidade, sigilo e segredo .....	601

8.9.6.2.	Publicidade na arbitragem envolvendo entes públicos.....	604
8.9.7.	Árbitros e licitação.....	613
8.9.8.	Instituições arbitrais e licitação.....	622
8.9.9.	Privilégios processuais da Administração Pública.....	630
8.10.	Princípio da autotutela da administração pública e princípio da competência-competência ( <i>Kompetenz-Kompetenz</i> ).....	636
8.11.	“Arbitragem administrativa”.....	639
<b>Capítulo 9 – ARBITRAGEM, ESTADO E IMUNIDADES DE SOBERANIA....</b>		<b>643</b>
9.1.	Introdução.....	643
9.2.	Breve noção sobre a imunidade de soberania.....	646
9.3.	Notas sobre a evolução no Direito Estrangeiro da imunidade de soberania.....	650
9.4.	A posição da jurisprudência brasileira a respeito da imunidade de soberania.....	653
9.5.	Imunidade de soberania e arbitragem.....	660
9.5.1.	Alguns exemplos de Direito Comparado.....	660
9.5.2.	Excertos de doutrina.....	665
9.5.3.	Imunidade de jurisdição e imunidade de execução do Estado soberano na arbitragem.....	675
9.5.3.1.	Imunidade de jurisdição na arbitragem.....	675
9.5.3.2.	Imunidade de execução na arbitragem.....	679
9.5.3.3.	Imunidade de execução e regime de precatórios.....	681
<b>Capítulo 10 – ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL (ANTI-TRUST).....</b>		<b>683</b>
10.1.	Arbitrabilidade objetiva.....	683
10.2.	Aplicação da legislação antitruste pelo árbitro: poder ou dever.....	692
10.3.	Qual legislação antitruste deve ser aplicada?.....	695
10.4.	Controle da sentença arbitral que aplica o Direito Concorrencial: <i>second look doctrine</i> .....	698

<b>Capítulo 11 – ARBITRAGEM E DIREITO DO TRABALHO .....</b>	<b>705</b>
11.1. Introdução.....	705
11.2. Breve nota de Direito Comparado.....	706
11.3. Análise da doutrina anterior à Reforma Trabalhista.....	707
11.4. Análise da jurisprudência anterior à Reforma Trabalhista.....	710
11.5. Anteprojeto de Reforma da Lei de Arbitragem.....	711
11.6. A Reforma Trabalhista de 2017.....	713
11.7. Vantagens e riscos da arbitragem na esfera trabalhista.....	717
 <b>Capítulo 12 – ARBITRAGEM E DIREITO PENAL.....</b>	 <b>721</b>
 <b>Capítulo 13 – ARBITRAGEM E PROPRIEDADE INTELECTUAL.....</b>	 <b>727</b>
 <b>REFERÊNCIAS.....</b>	 <b>735</b>