

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

MARCELO CAMPELLO LOPES

**ARBITRAGEM E A APLICAÇÃO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* EM SEU
EFEITO NEGATIVO**

RIO DE JANEIRO

2022

MARCELO CAMPELLO LOPES

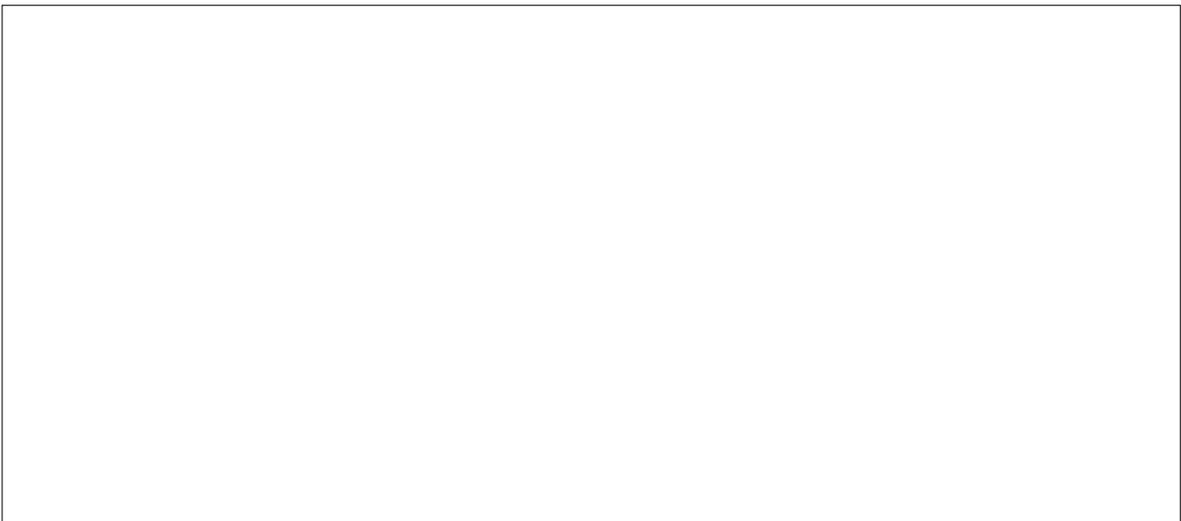
**ARBITRAGEM E A APLICAÇÃO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* EM SEU
EFEITO NEGATIVO**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Marcia Cristina Xavier de Souza

RIO DE JANEIRO

2022

CIP – Catalogação na Publicação



Autorizo, apenas para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

MARCELO CAMPHELLO LOPES

**ARBITRAGEM E A APLICAÇÃO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* EM SEU
EFEITO NEGATIVO**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Marcia Cristina Xavier de Souza

Data: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2022

RESUMO

CAMPELLO, Marcelo. ARBITRAGEM E A APLICAÇÃO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* EM SEU EFEITO NEGATIVO. Rio de Janeiro, 2022. Monografia de final de curso. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

A convenção de arbitragem é o instrumento pelo qual partes derogam a jurisdição Estatal e elegem a jurisdição arbitral para julgamento de eventual disputa que surja entre elas. Caso uma parte alegue que o Tribunal Arbitral não possui jurisdição para julgamento da disputa, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* estabelece que o Tribunal Arbitral é competente para decidir sobre sua própria jurisdição. Desse princípio decorre um efeito positivo e um efeito negativo. O primeiro estabelece que o Tribunal Arbitral possui competência para decidir sobre sua jurisdição, o segundo determina que o Poder Judiciário se abstenha de decidir sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral. O presente trabalho conduz uma análise comparativa entre as abordagens de diferentes países para aplicação do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, isto é, acerca dos critérios no qual o Poder Judiciário deve observar para decidir (ou deixar de decidir) sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral sem que o Tribunal se manifeste sobre a matéria. Em seguida, aborda o posicionamento da jurisprudência brasileira. Ao final, conclui qual caminho deve ser seguido pelo Poder Judiciário brasileiro, à luz do direito comparado.

Palavras-Chave: Arbitragem; *Kompetenz-Kompetenz*; Competência-Competência; efeito negativo.

ABSTRACT

CAMPELLO, Marcelo. *Arbitration and the application of Kompetenz-Kompetenz in its negative effect*. Rio de Janeiro, 2022. Monografia de final de curso. National Faculty of Law of the Federal University of Rio de Janeiro.

The arbitration agreement is the contract by which the parties derogate from State jurisdiction and elect the arbitration jurisdiction to adjudicate any dispute that may arise between them. If a party claims that the Arbitral Tribunal does not have jurisdiction to adjudicate the dispute, the *Kompetenz-Kompetenz* principle states that the Arbitral Tribunal is competent to decide on its own jurisdiction. From this principle comes a positive effect and a negative effect. The first establishes that the Arbitral Tribunal has competence to decide on its jurisdiction, the second determines that State Courts shall refrain from deciding on the jurisdiction of the Arbitral Tribunal. The present work conducts a comparative view between the approaches of different countries when applying the negative effect of *Kompetenz-Kompetenz*, that is, the standards that State Courts must observe to decide (or refrain from deciding) on the jurisdiction of the Arbitral Tribunal without the Tribunal's ruling on the matter. Then, it addresses the position of Brazilian Courts. Finally, it concludes which path should be followed by the Brazilian Judiciary, in light of comparative law.

Keywords: Arbitration; *Kompetenz-Kompetenz*; Negative Effect.

SUMÁRIO

RESUMO.....	1
ABSTRACT	
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM.....	5
1.1. Conceito.....	5
1.2. Os principais aspectos da arbitragem	9
1.3. Convenção de arbitragem	12
1.4. Efeitos da convenção de arbitragem	14
CAPÍTULO II – A ARBITRAGEM E O <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>.....	16
2.1. Autonomia da cláusula arbitral.....	16
2.2. Conceito de <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	18
2.3. <i>Kompetenz-Kompetenz</i> positivo e negativo	21
2.4. Positivização do <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	23
2.4.1. <i>Kompetenz-Kompetenz</i> na Convenção de Nova Iorque.....	23
2.4.2. <i>Kompetenz-Kompetenz</i> na lei-modelo da UNCITRAL	26
2.4.3. <i>Kompetenz-Kompetenz</i> na Lei Brasileira de Arbitragem	32
CAPÍTULO III – A APLICAÇÃO DO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> NO DIREITO COMPARADO	36
3.1. França	40
3.2. Suíça	43
3.3. Inglaterra.....	45
3.4. Alemanha.....	48
3.5. Estados Unidos	51
CAPÍTULO IV – A APLICAÇÃO DO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> NO BRASIL.....	55
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar os critérios para aplicação do princípio da arbitragem denominado *Kompetenz-Kompetenz* (ou competência-competência) em seu efeito negativo por Cortes estatais em âmbito nacional e internacional.

Quando partes de uma relação jurídica escolhem que eventuais litígios serão resolvidos por arbitragem, elas estão renunciando à jurisdição estatal e, de livre arbítrio, optando por resolver o conflito através de um outro método de resolução de disputas, normalmente mais adequado à sua natureza. Essa renúncia, realizada por meio de um contrato (denominado convenção de arbitragem), é um dos mecanismos mais importantes para o bom funcionamento da arbitragem. Afinal, a arbitragem não é uma etapa anterior à apreciação da lide pelo Poder Judiciário, ou tampouco um método autocompositivo de resolução de disputas, mas sim um método pelo qual a disputa será resolvida de forma final e irrecorrível, por um terceiro (ou conjunto de terceiros, que formam um Tribunal Arbitral) imparcial.

Sendo assim, no momento em que as partes estão celebrando o negócio jurídico principal que estabelece o vínculo entre elas, elas podem decidir, de antemão, que qualquer disputa oriunda daquela relação jurídica deverá ser resolvida por arbitragem. Nesse caso, as partes celebram uma cláusula arbitral (ou cláusula compromissória), firmada em um momento em que elas ainda não sabem quais disputas poderão surgir a partir daquela relação contratual, mas estabelecem, de antemão, que as disputas serão resolvidas por arbitragem, e não através do Poder Judiciário.

No entanto, como não é segredo para qualquer operador do direito, ao longo da execução do contrato divergências surgem entre as partes, e, em alguns casos, elas não são capazes de resolvê-las de modo amigável, ensejando que o conflito seja resolvido pelo método heterocompositivo de resolução de disputas por elas escolhido.

Contudo, diferentemente do clima entre as partes no momento em que elas estavam celebrando o contrato, empolgadas com os benefícios que receberiam daquele negócio jurídico,

no momento em que surge a lide, a relação entre as partes já está abalada e, muitas vezes, litigiosa.

Como consequência, embora as partes tenham celebrado uma cláusula arbitral no momento em que celebraram o contrato principal, é comum que, surgida a lide, alguma delas questione a jurisdição do Tribunal Arbitral, alegando que as partes nunca concluíram uma cláusula arbitral válida e que, portanto, não houve renúncia à jurisdição estatal para que aquela disputa fosse resolvida por arbitragem. Frente a isso, surge o questionamento: quem decidirá acerca da jurisdição do Tribunal Arbitral? O próprio Tribunal Arbitral ou o Poder Judiciário?

A resposta para essa pergunta é o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que atribui ao Tribunal Arbitral a competência para decidir sobre sua própria competência. Sua aplicação possui um efeito positivo e um efeito negativo: o efeito positivo é o poder dado aos tribunais arbitrais para decidirem sobre sua própria competência.

Já o efeito negativo, tema central deste trabalho, estabelece uma vedação ao Poder Judiciário para decidir sobre a competência do tribunal arbitral antes do próprio tribunal. Descrito por Eleonora Pitombo e Bertrand Ancel como “*uma das molas propulsoras do desenvolvimento da arbitragem em certo Estado*”¹, o efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* é fundamental para que a arbitragem possa, de fato, funcionar. Ao contrário, caso se permita que a discussão sobre a jurisdição do tribunal arbitral seja sempre levada e decidida pelo Poder Judiciário ao bel-prazer de uma das partes, estar-se-ia incentivando justamente o que o acordo em arbitrar pretende evitar: que a disputa seja apreciada pelas cortes estatais, e não por um Tribunal Arbitral.

No entanto, como em quase tudo no Direito, as coisas não são tão simples.

Por um lado, os benefícios da aplicação do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* são muito claros: a proteção à arbitragem frente à interferência do Poder Judiciário, o prestígio

¹ PITOMBO, Eleonora C.; ANCEL, Bertrand. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil**. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; e MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 327.

à vontade original das partes em arbitrar, a criação de um mecanismo eficiente para evitar táticas procrastinatórias da parte que quer retardar a resolução do litígio, e a prevenção do trâmite paralelo de uma ação judicial e um procedimento arbitral.

Por outro lado, também não é razoável assumir que, sempre que uma parte alegue a existência de convenção de arbitragem, por mais absurdo que esse argumento seja no caso concreto, o Poder Judiciário deveria se abster de analisar aquela disputa, instaurando-se um procedimento arbitral fundado em uma cláusula arbitral evidentemente inválida ou inexistente. Tal solução geraria um verdadeiro trunfo processual para a parte que quer retardar a resolução da disputa, bastando afirmar que havia um acordo em arbitrar para que o processo seja extinto sem resolução de mérito em favor da alegada competência arbitral.

Além disso, a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral será sempre um critério para anulação da futura sentença arbitral, o que faz com que, cedo ou tarde, essa discussão possa recair sobre o Poder Judiciário. Surge daí um novo questionamento: se o Poder Judiciário pode ter que decidir sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral em sede de ação anulatória de sentença arbitral, por que, caso provocado, o Poder Judiciário não pode decidir logo, antes que a arbitragem seja instaurada, a fim de poupar tempo e custo das partes?

Não à toa, essa questão está longe de ser pacificada em âmbito internacional, de forma que jurisdições estrangeiras adotam diferentes critérios para decidir sobre qual o limite para que o Poder Judiciário decida sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral. Afinal, se, sob um viés, busca-se garantir a resolução mais econômica para a disputa, evitando a possível anulação da sentença arbitral por uma questão que poderia ter sido decidida antes da arbitragem se iniciar; por outro, é necessário proteger o instituto da arbitragem diante das ainda muito frequentes interferências indevidas e desconfianças de juízes togados.

Nos capítulos seguintes, este trabalho pretende analisar o raciocínio por trás das diferentes posições adotadas no Brasil e mundo afora sobre a aplicação do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, a fim de identificar suas vantagens e desvantagens para, ao final, buscar qual caminho deveria ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para tal, a metodologia deste trabalho passa por uma pesquisa realizada em caráter exploratório e explicativo, buscando identificar as tendências dominantes na aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* no direito comparado e direito brasileiro, bem como realizar uma análise crítica sobre a forma na qual a jurisprudência brasileira enfrenta o tema.

Na mesma linha, o método de pesquisa será qualitativo, uma vez que não se pretende levantar estatísticas sobre posições jurisprudenciais, mas tão somente identificar o posicionamento dominante de algumas jurisdições e, principalmente, os motivos que levaram a esse posicionamento, para que essa análise possa auxiliar e fundamentar a conclusão deste trabalho.

CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM

1.1. Conceito

Antes de se passar ao objeto principal deste trabalho, que se destina ao estudo da aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo, é importante realizar uma breve contextualização do instituto da arbitragem no Brasil e suas principais características. Até porque, para que se debata a aplicação do *Kompetenz-Kompetenz*, é necessário entender o que está por trás da criação deste instituto.

Em âmbito brasileiro, a primeira referência à arbitragem no ordenamento jurídico deu-se na Constituição Política do Império do Brasil de 1824², que dispunha em seu art. 160:

“Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.” (sic)

No entanto, embora a arbitragem estivesse presente em algumas legislações esparsas editadas após a Constituição de 1824, como na Lei de Seguros de 1831, ou no Código Comercial de 1850, a arbitragem sofreu duros golpes no século passado que obstaram seu pleno desenvolvimento.

Para começar, o Código Civil de 1916 previu que a sentença arbitral só poderia ser executada depois de homologada por um juiz de direito³, estabelecendo uma equivocada hierarquia entre juízes e árbitros. Ainda não tão distante dos dias atuais, o Código de Processo Civil de 1973 manteve a mesma hierarquia do então vigente diploma civil, sujeitando os efeitos da sentença arbitral à sua homologação por um juiz de direito⁴. Na prática, essa condição para

² LAMAS, Natália Mizrahi. **Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem**. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem** [livro eletrônico]. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-1.1.

³ Art. 1.045 do Código Civil de 1916: “Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instancia, como arbitro nomeado pelas partes”.

⁴ Art. 1.097 do Código de Processo Civil de 1973: “Art. 1.097 O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; conteúdo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (artigo 584, número III)”.

produção de efeitos da sentença arbitral desestimulava a escolha pela arbitragem⁵, que pouco ocorria no Brasil⁶.

Como consequência, apesar de sua antiga história no ordenamento pátrio, não é incorreto dizer que a arbitragem “chegou para ficar” em solo brasileiro há pouco tempo. Como bem sintetizado por Natália Mizrahi Lamas, a arbitragem se desenvolveu recentemente no Brasil após três marcos principais:

“No Brasil, a arbitragem tornou-se conhecido método de resolução de controvérsias após (i) a edição da Lei de Arbitragem, em 1996, (ii) a declaração de sua constitucionalidade pelo STF, em 2001 [STF, SE 5.206 AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. para acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 30.04.2004], e (iii) a promulgação do Decreto 4.311/2002, por meio do qual o Estado brasileiro ratificou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, a chamada “Convenção de Nova Iorque”. Esse foi o aparato legislativo e jurisprudencial necessário para permitir o desenvolvimento da arbitragem no país.”⁷

Embora hoje a arbitragem já goze de lei própria, não há, em lei, uma definição do que de fato seja a arbitragem. Resta então à doutrina conceituá-la, com base em seus atributos legais e suas principais características. Nesse sentido, recorre-se ao conceito proposto por Carlos Alberto Carmona:

“A arbitragem - meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.”⁸

Ao afirmar que a decisão do árbitro deverá ser cumprida pelas partes, o autor faz referência ao fato de que, após advento da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996), foi dispensado o (ultrapassado) juízo de homologação previsto nas legislações anteriores.

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 271.

⁶ FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. 20 anos da Lei de Arbitragem: passado, presente e futuro. Cadernos FGV Projetos. Abril/Maio 2017, Ano 12, n.º 30, p. 65.

⁷ LAMAS, Natália Mizrahi, *Op. Cit.*, RB-1.1.

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 31.

Atualmente, por força de lei, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial⁹, e sendo condenatória, constitui título executivo judicial¹⁰.

Essa característica é decisiva para a diferenciação entre a arbitragem e a mediação e conciliação. Isso porque, enquanto a arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de disputas (aqui, guardando semelhança com o processo judicial), a mediação e conciliação são métodos pelos quais as partes buscam a autocomposição, sem que haja decisão impositiva do mediador ou conciliador (embora, é claro, seja possível – e muitas vezes louvável – que partes atinjam a autocomposição no curso do procedimento arbitral). Na mediação, o terceiro imparcial (mediador) atua incentivando a resolução do litígio, mas sem prescrever uma solução¹¹. Por outro viés, na conciliação o terceiro imparcial (conciliador) atua de forma avaliativa e propositiva, sendo-lhe possível sugerir soluções para o conflito¹².

Outra característica da arbitragem, esta que a difere do processo judicial, é que a arbitragem serve para resolução apenas das disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis¹³, os quais Carlos Alberto Carmona conceitua da seguinte forma:

“Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.”¹⁴

⁹ Art. 31 da Lei Brasileira de Arbitragem: “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.”

¹⁰ Art. 515 do CPC/15: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral;”

¹¹ LAUX. Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial : aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios [livro eletrônico]**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. No mesmo sentido, o art. 1º da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015): “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

¹² *Ibid.*

¹³ Art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 38.

Sob outra perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça, em 2018, definiu que é arbitrável qualquer matéria relativa à relação contratual estabelecida entre as partes, com a exceção dos direitos indisponíveis:

“3.3 É preciso atentar que, com exceção de questões relacionadas a direitos indisponíveis, qualquer matéria naturalmente, afeta à relação contratual estabelecida entre as partes, pode ser submetida à análise do Tribunal arbitral, que a decidirá em substituição às partes, com o atributo de definitividade. O pedido de descon sideração da personalidade jurídica não refoge a essa regra, a pretexto de atingir terceiros não signatários do compromisso arbitral.”¹⁵

Ainda assim, as tentativas para definição do que pode ser levado à arbitragem muitas vezes não são capazes de afastar as polêmicas envolvendo o tema, uma vez que a tarefa de enquadrar o objeto do litígio como direito patrimonial disponível pode ser complexa. Recentemente, esse debate tem ganho especial relevância no que tange à participação da administração pública direta e indireta em arbitragens¹⁶.

De toda forma, como bem pondera Felipe Vollbrecht Sperandio, a definição de direitos patrimoniais disponíveis deve ser continuamente atualizada pela jurisprudência, não devendo ser vista como uma “*definição imutável, congelada no tempo*”¹⁷. Ao cabo, é importante se ter em mente que são arbitráveis todas as causas cuja matéria o Estado não crie reserva específica de jurisdição, e que cujo objeto as partes possam dispor livremente¹⁸.

Por fim, nota-se que a arbitragem é comumente classificada como um método “alternativo” de resolução de disputas. A origem dessa terminologia se dá pela comparação da arbitragem com o processo judicial, que é meio heterocompositivo mais empregado para resolução de disputas, sendo a arbitragem o meio, então, alternativo. No entanto, a visão mais

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1698730/SP. Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, j. em 08/05/2018, DJe 21/05/2018 *Apud* SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. **Convenção de arbitragem**. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem [livro eletrônico]**. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-2.8.

¹⁶ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. *Op. Cit.*, RB-2.8. Nesse sentido, destaca-se o art. 1º, §1º da Lei Brasileira de Arbitragem: “§1ª A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹⁷ *Ibid.*, RB-2.8.

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 39.

moderna defende que a arbitragem deve ser classificada meio “adequado” de solução de litígios¹⁹. A explicação para isso é simples:

“Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos. Um sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto.”²⁰

1.2. Os principais aspectos da arbitragem

Ainda debruçando-se sobre possíveis conceitos para definir o que é arbitragem, o jurista americano Gary Born, ao definir arbitragem, traz em seu conceito as principais características do instituto:

*“The most comprehensive and precise definition of “arbitration,” which emerges from these various views, and from a review of the different forms of dispute resolution employed in contemporary commercial affairs, is that arbitration is a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, who renders a binding decision finally resolving that dispute in accordance with neutral, adjudicative procedures affording the parties an opportunity to be heard.”*²¹

O conceito merece ser destrinchado. Ao definir que as partes “consensualmente” submetem uma disputa à arbitragem, o autor faz referência à autonomia da vontade das partes

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 32.

²⁰ *Ibid.*, pp. 32-33.

²¹ Tradução livre: A forma mais compreensiva e precisa de definir “arbitragem”, que surge dessas diferentes visões, e da revisão de diferentes formas de resolução de disputas empregadas em relações comerciais contemporâneas, é que arbitragem é um processo pelo qual as partes consensualmente submetem uma disputa para um terceiro que não é funcionário do Estado, selecionado pela ou para as partes, que irá proferir uma decisão vinculante, resolvendo de forma definitiva aquela disputa de acordo com um procedimento neutro que garante o contraditório das partes. (BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration (Third Edition)**. Kluwer Law International, 2021, p. 318).

– um dos pilares da arbitragem – já que, para que o árbitro tenha jurisdição sobre a disputa, é preciso que as partes concordem com a arbitragem. Da mesma forma, “submeter uma disputa” significa que é preciso que haja uma lide, originada de uma relação jurídica entre as partes.

Dando continuidade ao supracitado conceito, a disputa será submetida a um terceiro (ou a terceiros) para que ele tome a decisão. Esse terceiro não é um juiz togado, mas um indivíduo escolhido pela ou para as partes²². Por fim, como já explicado no capítulo anterior, o árbitro profere uma decisão final e vinculante, que é irrecorrível e cujo mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário²³.

A partir desse conceito, é possível destacar também as principais vantagens da arbitragem, que explicam os motivos pelos quais diversas partes optam resolver suas disputas por esse método.

A primeira delas é possibilidade de as partes nomearem árbitros especialistas no objeto da disputa²⁴, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, em que os juízes costumam ser generalistas dos mais diferentes ramos do Direito. Além disso, a arbitragem normalmente é um método mais barato e rápido para resolver a disputa (embora isso comporte exceções, principalmente no caso de arbitragens complexas).

Em relação aos seus custos, afirmar que a arbitragem é um método por vezes mais barato para resolução de disputas pode causar estranheza, principalmente se considerado o alto montante despendido por partes a título de taxas administrativas das instituições arbitrais, despesas processuais, e honorários do tribunal arbitral (sem contar os honorários advocatícios).

²² Segundo o art. 13 da Lei Brasileira de Arbitragem, basta que o árbitro seja uma pessoa capaz e que tenha confiança das partes: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.”

²³ Arts. 18 e 32 da Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

²⁴ LAMAS, Natália Mizrahi. *Op. Cit.*, RB-1.2.

No entanto, embora a arbitragem sem dúvidas seja custosa, a finalidade das decisões proferidas pelos árbitros e a celeridade processual permitem que, muitas vezes, a arbitragem tenha um custo benefício melhor do que o processo judicial. Isso porque, como bem se sabe, processos judiciais podem tomar longos anos ou até décadas, o que arrasta as despesas despendidas pelas partes por todo o período. Em suma:

“Também considerando a definitividade da decisão e a celeridade, pode-se afirmar que o processo arbitral – em geral, bem mais custoso do que o judicial, tendo em vista a necessidade de se remunerar os árbitros, que prestam um serviço – tende a ter uma relação custo-benefício melhor do que a do Judiciário.

Veja-se que não se está afirmando que o processo arbitral é vantajoso em termos de custos. Na realidade, os custos são, por vezes, muito altos. Honorários de árbitros e custas administrativas de câmaras de arbitragem, por exemplo, que são custos diretos de processos arbitrais excedem – e muito – o limite máximo das taxas pagas às cortes estatais para o ajuizamento de ações. Além desses custos diretos, ainda há os custos com perícias, intérpretes, locação de espaço para a realização de audiências, entre outros que oneram a realização de um procedimento arbitral.

No entanto, a se imaginar que uma decisão arbitral se torna definitiva e não pode ser revista no mérito pelo Judiciário, ter-se-á uma decisão final em cerca de dois a três anos, em média (por vezes, bem menos, dependendo da complexidade do processo).

Cogite-se, por exemplo, um caso em que uma parte seja obrigada a provisionar o valor discutido na controvérsia enquanto não houver decisão transitada em julgado. Liberar essa provisão o quanto antes representará uma inegável vantagem econômica à parte.

Sob essa perspectiva, portanto, a arbitragem pode ter custos diretos maiores do que o processo estatal, mas este pode apresentar custos de transação (demora, incerteza, insegurança, má qualidade da decisão etc.) mais elevados, o que pode fazer com que, no final das contas, a arbitragem seja, sob essa ótica, mais vantajosa financeiramente.”²⁵

Ainda, ressalta-se a flexibilidade do procedimento arbitral, visto que as partes podem determinar as regras aplicáveis ao procedimento e moldá-lo para aquela disputa específica, dispensando formalidades e tecnicidades indesejadas costumeiramente mais rígidas no processo judicial²⁶. Isso inclui, inclusive, a possibilidade de as partes acordarem que o procedimento arbitral será confidencial.

²⁵ LAMAS, Natália Mizrahi. *Op. Cit.*, RB-1.2.

²⁶ *Ibid.*, RB-1.2.

Para arrematar, em plano internacional, a arbitragem garante a partes de diferentes países que a disputa será resolvida em um foro neutro, desassociado do Poder Judiciário do país sede de alguma delas²⁷.

Ademais, a escolha pela arbitragem evita (ou ao menos diminui o risco) de que processos judiciais paralelos sejam ajuizados em diferentes países para debater o foro competente para resolver a disputa transfronteiriça. Por último, as sentenças arbitrais internacionais possuem um firme aparato legislativo para garantir o seu reconhecimento e execução nos países pertinentes à disputa, o que se dá através da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958²⁸.

Para melhor contextualização sobre a Convenção de Nova Iorque e sua relevância no âmbito da arbitragem internacional:

“Com mais de 150 países ratificantes, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, representa um instrumento convencional muito bem-sucedido, cujo objetivo principal é promover um standard legislativo comum a respeito de arbitragem internacional, notadamente no que se refere ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. [...]

Relevante notar que não há nenhum instrumento equivalente à Convenção de Nova Iorque quanto à sua amplitude e aceitação que se aplique às sentenças judiciais estrangeiras. Assim, é possível afirmar que as sentenças arbitrais circulam pelo mundo – isto é, são mais fáceis de serem reconhecidas e executadas em países diversos dos que foram prolatados – com mais facilidade do que as judiciais.”²⁹

1.3. Convenção de arbitragem

Como já introduzido nos capítulos anteriores, a arbitragem é um método que precisa ser escolhido pelas partes. Na verdade, o termo mais técnico, conquanto não tão empregado, seria afirmar que a arbitragem precisa ser contratada. Isso porque, a escolha das partes pela arbitragem se dá por meio da celebração de um contrato, denominado convenção de arbitragem.

²⁷ BERGER, Klaus Peter. **Understanding International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, p. 7.

²⁸ *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁹ LAMAS, Natália Mizrahi. *Op. Cit.*, RB-1.4.

A Lei Brasileira de Arbitragem, em seu artigo 3º, divide a convenção de arbitragem em duas categorias: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral³⁰.

Embora a lei brasileira empregue o termo cláusula compromissória, também é comum que seja chamada de cláusula arbitral e cláusula de arbitragem³¹. Para este trabalho, será adotado o termo cláusula arbitral.

Como o próprio nome sugere, trata-se de uma cláusula entre várias outras dentro de um contrato, que prevê a escolha pela arbitragem para eventuais futuros litígios advindos daquela relação contratual. Nesse caso, ainda não se sabe qual tipo de disputa surgirá, ou sequer se surgirá uma disputa entre as partes, mas é estabelecido, de antemão, que ela será resolvida por arbitragem.

Por outro lado, o compromisso arbitral é um acordo separado firmado pelas partes após o surgimento de uma determinada disputa, em que as partes acordam que essa disputa já existente será resolvida por arbitragem.

Sobre essa diferenciação, abre-se espaço para boa síntese de Francisco José Cahali:

“A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde então deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário.

Já o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.”³²

A Lei Brasileira de Arbitragem, inclusive, prevê requisitos diferentes para validade da cláusula arbitral e o compromisso arbitral. Definida no art. 4º, caput, da referida lei como a

³⁰ Art. 3º da Lei Brasileira de Arbitragem: “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.”

³¹ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. *Op. Cit.*, RB-2.1.

³² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem [livro eletrônico]: mediação: conciliação: tribunal multipartas**. 7ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-6.1.

“*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*”, a cláusula arbitral deve ser estipulada por escrito (§1º) e, em contratos de adesão, deve estar prevista em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto do aderente especialmente para a cláusula (§2º).

Já o compromisso arbitral é definido no art. 9º, caput, da Lei Brasileira de Arbitragem como a “*convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial*”. Em seguida, os §§1º e 2º do art. 9º estipulam os requisitos para o compromisso arbitral judicial e extrajudicial, respectivamente,³³ seguidos dos elementos que obrigatoriamente devem constar no compromisso (art. 10)³⁴ e dos elementos facultativos (art. 11)³⁵.

1.4. Efeitos da convenção de arbitragem

Independente das divisões previstas na lei brasileira, quando as partes celebraram uma convenção de arbitragem, seja a cláusula arbitral, seja o compromisso arbitral, seu objetivo é o mesmo:

“Uma e outra, portanto, produzem o mesmo efeito de retirar do juiz estatal a competência para conhecer de um determinado litígio, dando margem à instauração do juízo arbitral.”³⁶

³³ Art. 9º da Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.”

³⁴ Art. 10 da Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

³⁵ Art. 11 da Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.”

³⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 79.

Assim, no momento em que é celebrada a convenção de arbitragem, considera-se afastada a jurisdição Estatal³⁷. Surgem, então, dois efeitos da cláusula compromissória, um de caráter positivo e outro de caráter negativo.

O efeito positivo consiste na escolha das partes pela arbitragem, o que permite que uma possa exigir da outra que aquela disputa seja resolvida por um tribunal arbitral. De maneira oposta, o efeito negativo consiste na previsão de que aquela disputa não poderá ser resolvida através de um outro método heterocompositivo, notadamente através do Poder Judiciário. Aprofundando-se sobre efeitos positivo e negativo:

“O efeito positivo é dirigido às partes, que deverão submeter seus conflitos à jurisdição privada, conforme explica Pedro Batista Martins: “Ao firmarem a cláusula compromissória, os contratantes concordam com a submissão de eventual conflito à justiça privada, não mais podendo arrepender-se ou reverter a questão, unilateralmente, à jurisdição ordinária”. E a legitimidade desta escolha vem referendada expressamente pelo Código de Processo Civil de 2015 ao estabelecer que é preservado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei (art. 42), quando antes (art. 3.º, § 1.º) já fez referência à admissibilidade da arbitragem para “apreciação jurisdicional” da ameaça ou lesão a direito.

Por sua vez, o efeito negativo é dirigido ao Estado, pois impede o juiz estatal de analisar o mérito da controvérsia submetida à arbitragem; refere-se, pois, ao afastamento da jurisdição do Estado para apreciar a matéria objeto da convenção.”³⁸

Como é possível perceber, o efeito positivo e o efeito negativo são complementares entre si, sendo um a consequência do outro. Afinal, como bem coloca Francisco José Cahali, os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem são “*como dois lados da mesma moeda.*”³⁹.

³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 79.

³⁸ CAHALI, Francisco José. *Op. Cit.*, RB-6.10.

³⁹ *Ibid.*, RB-6.10.

CAPÍTULO II – A ARBITRAGEM E O *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

2.1. Autonomia da cláusula arbitral

O princípio da autonomia da cláusula arbitral está positivado no art. 8º, *caput*, da Lei Brasileira de Arbitragem, que dispõe que a “*cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória*”.

Como bem define Felipe Vollbrecht Sperandio, trata-se de uma “*ficção legal*”⁴⁰ criada pela lei brasileira (bem como pelos demais ordenamentos jurídicos estrangeiros que positivam esse princípio), na qual é estabelecido que a cláusula arbitral é separável do contrato no qual ela está inserida. Em suas palavras:

“O artigo 8º da LArb dispõe sobre o princípio da autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato em que está inserida. A lei brasileira cria uma ficção legal na medida em que a cláusula arbitral constitui uma obrigação autônoma em relação à obrigação principal do contrato em que está inserida. Ou seja, a cláusula arbitral é um contrato dentro de outro, e é separável do contrato em que está contida.”⁴¹

Na realidade, o legislador brasileiro não inovou ao positivizar o princípio na lei de arbitragem nacional. A autonomia da cláusula arbitral é, há tempos, prevista em diversos ordenamentos no plano internacional. Em especial, merece destaque o artigo 16 da Lei Modelo da UNCITRAL – no qual se espelhou a Lei Brasileira de Arbitragem⁴² – que dispõe que a cláusula arbitral que faz parte de um contrato deve ser independente dos demais termos do contrato no qual ela está inserida:

“16(1): (1) *The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of*

⁴⁰ SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. *Op. Cit.*, RB-2.3.

⁴¹ *Ibid.*, RB-2.3.

⁴² ARAUJO, Nadia de. **O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 27, 2010, p. 5.

the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.”⁴³

A consequência mais direta e importante da autonomia da cláusula arbitral, positivada no art. 8º da Lei de Arbitragem e no artigo 16 da Lei Modelo da UNCITRAL, é que o contrato no qual a cláusula está inserida pode ser declarado nulo sem que isso implique a nulidade da cláusula arbitral (isso não impede, contudo, que haja situações em que o vício que torna nulo o contrato também torne nula a cláusula arbitral, como nos casos de vício de consentimento na celebração do contrato⁴⁴).

Emmanuel Gaillard e John Savage também citam outras consequências derivadas da autonomia da cláusula arbitral. A primeira delas, que pode ser considerada uma consequência direta, é que a cláusula arbitral pode ser governada por uma lei distinta da lei que governa o contrato⁴⁵.

Outra consequência – dessa vez indireta, porém mais relacionada com o tema central deste trabalho – é que a autonomia da cláusula arbitral desempenha relevante papel para viabilização do exercício do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*. Embora os dois princípios sejam distintos e, por isso, devam ser tratados de forma independente⁴⁶, a autonomia da cláusula arbitral permite que os árbitros possam decidir sobre a nulidade do contrato sem que isso ameace sua competência para julgamento da disputa. Como explicam Emmanuel Gaillard e John Savage:

“One of the fundamental principles of arbitration law is that arbitrators have the power to rule on their own jurisdiction. That principle is often presented as the corollary of the principle of the autonomy of the arbitration agreement. [...]

⁴³ Tradução livre: “O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria jurisdição, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula arbitral que faça parte de um contrato deve ser considerada como um acordo autônomo dos demais termos do contrato. A decisão do tribunal arbitral de que o contrato é nulo não deve implicar *ipso jure* a nulidade da cláusula arbitral.”

⁴⁴ DECCACHE, Antonio Carlos Fernandes. Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais, seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27 *Apud* SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. *Op. Cit.*, RB-2.3.

⁴⁵ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999, p. 212.

⁴⁶ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 15, 2007, p. 2.

The principle of autonomy is of course the first stage of the process which results in the arbitrators being able to determine their own jurisdiction. It is thanks to the autonomy of the arbitration agreement that any claim that the main contract is in some way void or voidable will have no direct impact on the arbitration agreement and hence on the jurisdiction of the arbitrators. That autonomy thus allows the examination by the arbitrators of jurisdictional challenges based on the alleged ineffectiveness of the disputed contract. In such a situation, the autonomy of the arbitration agreement and the “competence-competence” rule do overlap and are mutually supportive.”⁴⁷

Na prática, embora a autonomia da cláusula arbitral e o *Kompetenz-Kompetenz* sejam conceitos distintos, com diferentes objetivos e extensões, ambos tutelam a escolha feita pelas partes de afastar a jurisdição estatal para resolver lides oriundas daquela relação jurídica, atuando, em última instância, na proteção da jurisdição arbitral e combate de manobras protelatórias⁴⁸.

2.2. Conceito de *Kompetenz-Kompetenz*

Partindo, agora de forma mais direta, para o principal objeto deste trabalho – o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* – é necessário conceituá-lo e explicar o porquê de sua existência.

A jurisdição do Tribunal Arbitral é pressuposto fundamental para a sua capacidade de proferir uma decisão vinculante perante as partes. Sem jurisdição, o Tribunal Arbitral não seria capaz de proferir uma decisão eficaz, já que a base para que a disputa seja resolvida por arbitragem é que tenha ocorrido uma revogação da jurisdição do Poder Judiciário e uma escolha pela jurisdição arbitral⁴⁹.

⁴⁷ Tradução livre: “Um dos princípios fundamentais nas leis de arbitragem é que os árbitros têm o poder de decidir sobre sua própria jurisdição. Esse princípio é frequentemente apresentado como o corolário do princípio da autonomia da cláusula arbitral. [...]”

O princípio da autonomia é, obviamente, a primeira etapa do processo que resulta na capacidade dos árbitros de determinar sua própria jurisdição. É graças à autonomia da cláusula arbitral que qualquer alegação de que o contrato principal é de alguma forma nulo ou anulável não terá impacto direto sobre a cláusula arbitral e, portanto, sobre a jurisdição dos árbitros. Essa autonomia permite, portanto, o exame pelos árbitros das contestações sobre jurisdições baseadas na alegada ineficácia do contrato controvertido. Em tal situação, a autonomia da cláusula arbitral e a regra de “competência-competência” se sobrepõem e se apóiam mutuamente. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). *Op. Cit.*, pp. 213-214).

⁴⁸ GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**. *Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB*. Kluwer Law International, 2009, Volume VI, Issue 24, p. 222.

⁴⁹ LEW, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. **Comparative International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2003, p. 330.

O problema é que, ainda que a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral seja um motivo para discussão acerca da possibilidade de se anular a sentença arbitral (ou de negar o seu reconhecimento e execução), normalmente essa questão é suscitada pela parte que contesta a jurisdição arbitral em um momento inicial da disputa, seja perante o Tribunal Arbitral, seja perante o Poder Judiciário⁵⁰. Surge então a dúvida: quem decidirá, nesse momento, sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral? Ele mesmo ou o Poder Judiciário?

A tendência, principalmente para os entusiastas da arbitragem e desacreditados do Poder Judiciário, é afirmar que qualquer questão relacionada à arbitragem deve ser decidida pelo Tribunal Arbitral, inclusive sua possível ausência de jurisdição. Ocorre que, através de um olhar crítico um pouco mais profundo à problemática, percebe-se que ela não é tão simples. Isso porque, se um Tribunal Arbitral decide que não possui jurisdição sobre uma disputa, consequentemente a base para sua jurisdição não existe e, com isso, ele em tese sequer possui jurisdição para decidir que não possui jurisdição. Um verdadeiro paradoxo.

Como bem contextualizam Julian Lew, Loukas Mistelis e Stefan Kroll, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* soluciona os supracitados problemas conceituais que circulam a decisão do Tribunal Arbitral sobre sua própria jurisdição. Como explicam, uma decisão proferida pelo Tribunal Arbitral reconhecendo a nulidade da cláusula arbitral também reconheceria, por consequência lógica, que o tribunal não possuía competência para proferir essa decisão, pois não haveria base jurídica sua competência⁵¹. Afinal, se é decidido que as partes nunca acordaram que a disputa seria submetida à arbitragem, também não haveria acordo para que o Tribunal Arbitral tivesse poder para decidir sobre a competência, pois nunca houve uma escolha de outorgar poderes à jurisdição arbitral.

Uma solução fácil para isso seria determinar que toda decisão sobre a competência do Tribunal Arbitral recairá sobre o Poder Judiciário. No entanto, essa alternativa frustraria o desenvolvimento da arbitragem e afetaria sua atratividade enquanto meio de resolução de disputas, por representar um fácil caminho para que a parte que não quer arbitrar force que a

⁵⁰ LEW, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. *Op. Cit.*, p. 330.

⁵¹ *Ibid.*, p. 332.

disputa seja resolvida pelo Poder Judiciário ou, pelo menos, que a instituição da arbitragem seja retardada⁵².

O princípio do *Kompetenz-Kompetenz* pode ser definido como a “*ficção legal*” (assim como foi citada a autonomia da cláusula arbitral) destinada a resolver esse impasse, por meio da qual confere-se ao Tribunal Arbitral poder para decidir sobre sua própria jurisdição⁵³. De modo mais amplo, o *Kompetenz-Kompetenz* define que a Corte, ou, no caso, o Tribunal Arbitral, é competente para julgar sua própria competência⁵⁴.

Como pontualmente sintetiza William W. Park, o *Kompetenz-Kompetenz* funciona como uma medida para proteger a arbitragem, até mesmo antes dela mesmo começar⁵⁵. Além disso, como será demonstrado no item seguinte, esse princípio pode ser aplicado na arbitragem tanto em seu efeito positivo quanto em seu efeito negativo.

O *Kompetenz-Kompetenz* é um princípio da arbitragem independente daqueles decorrentes da cláusula arbitral. Em sua aplicação, ele não deve ser visto como um efeito da existência da cláusula arbitral, mas uma regra desvinculada da vontade das partes, que pode ser aplicada mesmo se a vontade das partes, manifestada na cláusula arbitral, estiver maculada de vício ou invalidade⁵⁶.

Do ponto de vista teórico, visto que hoje o princípio está positivado em diversos ordenamentos jurídicos, aplicação do *Kompetenz-Kompetenz* é baseada na vontade expressa ou implícita das partes em submeter seus litígios à arbitragem, inclusive disputas relacionadas à jurisdição do Tribunal Arbitral⁵⁷.

⁵² LEW, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. *Op. Cit.*, pp. 332-333.

⁵³ *Ibid.*, pp. 333.

⁵⁴ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 4.

⁵⁵ PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**. Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper No. 17-33. 13 ICCA Congress Series 55, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2007, p.7.

⁵⁶ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, pp. 220-221.

⁵⁷ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 4.

Como observa Juan Eduardo Figueroa Valdes, a vontade das partes de resolverem questões relativas à jurisdição do Tribunal Arbitral perante ele próprio é ainda mais acentuada em casos de transações internacionais:

“This is particularly true with respect to international transactions, where the primary motivation of a party entering into an arbitration agreement is to avoid having to submit her case to a national court, particularly when it is likely to be the foreign court of his opposing party, where his opponent will enjoy the many tactical benefits of the home court advantages. Even if the jurisdictional issue were raised in another foreign court – not the home court of the adversary –, a party may be confronted with unfamiliar languages, procedures, and judicial attitudes.”⁵⁸

Entretanto, ao final, a decisão do Tribunal Arbitral sobre sua competência não prevalecerá para sempre sobre o entendimento do Poder Judiciário sobre a questão, visto que eventual sentença arbitral poderá ser anulada com base na ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral. A controvérsia reside, portanto, no momento em que o Poder Judiciário deve se manifestar: antes ou após a prolação da sentença arbitral? Caso a análise judicial seja anterior à análise do juízo arbitral, qual será a profundidade da cognição sobre a matéria realizada pelo Poder Judiciário? O debate sobre essas duas perguntas é o tema central deste trabalho, e será abordado em âmbito internacional e nacional nos capítulos 3 e 4 seguintes.

2.3. *Kompetenz-Kompetenz* positivo e negativo

Por último, antes de se adentrar à positivação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* e às posições adotadas por diferentes jurisdições, é necessário realizar uma breve diferenciação entre os sentidos positivo e negativo do *Kompetenz-Kompetenz*.

Em linhas mais simples, Juan Eduardo Figueroa Valdes remete à diferenciação clássica entre o efeito positivo e negativo: o efeito positivo “*permite aos árbitros decidir sobre sua*

⁵⁸ Tradução livre: “Isso é particularmente verdadeiro no que diz respeito à transações internacionais, em que a principal motivação de uma parte que entra em uma convenção de arbitragem é evitar ter o seu caso julgado por uma Corte Estatal, especialmente quando é provável que seja o Poder Judiciário local de sua parte contrária, onde seu oponente desfrutará de muitos benefícios táticos pela vantagem de estar sendo julgada perante cortes locais. Mesmo se a questão jurisdicional for levantada em outra corte estrangeira – não o Poder Judiciário do adversário – a parte pode ser confrontada com idiomas, procedimentos e atitudes judiciais desconhecidas.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 4.).

*própria jurisdição, [e] é amplamente reconhecido pelas leis nacionais e convenções internacionais, assim como pelas instituições arbitrais*⁵⁹. Por outro lado, o efeito negativo “permite aos árbitros proferir uma decisão sobre sua competência antes de qualquer decisão judicial, limitando o papel do Poder Judiciário para rever a sentença arbitral”⁶⁰.

O efeito positivo está mais relacionado ao impasse apresentado no item anterior, uma vez que confere ao Tribunal Arbitral o poder de decidir, de forma eficaz e vinculante, acerca de sua jurisdição, mesmo que a decisão seja no sentido de que ele não possui jurisdição para julgar a disputa⁶¹.

Ademais, como explora Emmanuel Gaillard, o efeito positivo do *Kompetenz-Kompetenz*, ao resguardar ao Tribunal Arbitral a decisão acerca da validade da cláusula arbitral, constitui relevante mecanismo para evitar medidas protelatórias:

“De outra parte, os poderes do árbitro para declarar a própria incompetência decorre (sic) de regra cuja formação está desvinculada da vontade das partes, por definição inexistente ou maculada por vício. Esse suplemento de competência que o direito objetivo da arbitragem outorga aos árbitros chama-se princípio de competência-competência no seu efeito positivo. As razões são pragmáticas: impedir à parte desinteressada no trâmite normal da arbitragem a criação de incidentes em torno da existência ou da validade da convenção de arbitragem, para, em seguida, invocá-los perante Cortes estatais, com o fito de obter decisão judicial liminar que ordene a suspensão da instância arbitral até a decisão final da matéria. Tal competência constitui importante instrumento de combate a manobras protelatórias sem, contudo, sacrificar o interesse de partes eventualmente envolvidas em arbitragem fundamentada em convenção inexistente, nula ou não condizente com a matéria em litígio. Os próprios árbitros poderão constatar os vícios da convenção, e a decisão por eles proferida, seja qual for, poderá ser atacada mediante ação declaratória de nulidade promovida perante jurisdições estatais, garantidoras últimas do controle de existência e de validade da convenção de arbitragem.”⁶²

Por outro lado, o efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* é dirigido ao Poder Judiciário, visando, quando deparado com a existência de uma cláusula arbitral possivelmente

⁵⁹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 1.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 1.

⁶¹ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 220.

⁶² *Ibid.*, p. 220.

válida, impedi-lo de proferir uma decisão acerca da jurisdição do Tribunal Arbitral, sem que o Tribunal possa analisar a questão⁶³.

Ao cabo, Daniel Girsberger e Nathalie Voser corretamente concluem que o efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* busca delimitar uma regra de ordem (meramente) cronológica⁶⁴. Como a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral é uma causa para anulação da sentença arbitral, o Poder Judiciário sempre vai, mais cedo ou mais tarde, julgar se o Tribunal Arbitral possui competência para aquela determinada disputa.

Ainda assim, ao contrário do efeito positivo do *Kompetenz-Kompetenz*, o efeito negativo não possui o mesmo grau de aceitabilidade em plano internacional, e os ordenamentos jurídicos mundo afora possuem diferentes interpretações acerca da aplicação do princípio em seu efeito negativo⁶⁵. Como adiantado no item anterior, esse será o tema dos capítulos 3 e 4 deste trabalho.

2.4. Positivização do *Kompetenz-Kompetenz*

2.4.1. *Kompetenz-Kompetenz* na Convenção de Nova Iorque

Como visto no item 1.2 supra, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 representa um instrumento de direito internacional cujo sucesso na tentativa de incentivar a arbitragem internacional dispensa comentários. Ela é, sem sombra de dúvidas, o diploma internacional mais importante no estudo da arbitragem.

Seu principal objetivo é garantir reconhecimento e execução de cláusulas arbitrais e sentenças arbitrais estrangeiras⁶⁶. Para isso, a Convenção de Nova Iorque traz um rol taxativo de hipóteses nas quais Cortes Estatais podem negar o reconhecimento e execução de cláusulas arbitrais e sentenças arbitrais estrangeiras. Nos termos de seu art. 3º, a partir do momento em

⁶³ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 223.

⁶⁴ GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Fourth Edition)**. Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2021, p. 161.

⁶⁵ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 223.

⁶⁶ PAULSSON, Marike R.P. **The 1958 New York Convention in Action**. Kluwer International Law, 2016, p. 1.

que o país se torna signatário, a ele é vedado impor condições mais onerosas do que aquelas previstas na Convenção para o reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira⁶⁷.

Em relação ao princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, a redação da Convenção de Nova Iorque não positivou o princípio de forma clara⁶⁸. No entanto, ainda que ela não lide de forma expressa com questões relacionadas ao *Kompetenz-Kompetenz*, não se pode simplificar a questão a ponto de afirmar que a Convenção não endereça o princípio, mesmo que de forma indireta⁶⁹.

Como explica Gary Born⁷⁰, os dispositivos da Convenção de Nova Iorque que lidam com a possibilidade de Cortes Estatais negarem reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras devido à invalidade da cláusula arbitral ou por lidarem com matérias não submetidas à cláusula arbitral (exemplo dos artigos V.1.a e V.1.c)⁷¹ partem do pressuposto de que o Tribunal Arbitral, sem uma decisão judicial prévia, entendeu ter competência para julgar aquela disputa. Isso é uma positivação indireta do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, por reconhecer que o Tribunal Arbitral será o primeiro a se manifestar sobre sua jurisdição, ressalvado ao Poder Judiciário uma análise *a posteriori* da matéria.

Além disso, o artigo II.3 da Convenção de Nova Iorque é ainda mais claro ao prestigiar a possibilidade de o juízo arbitral ser o primeiro a proferir uma decisão final acerca de sua competência:

⁶⁷ “Artigo III Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.”

⁶⁸ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 223.

⁶⁹ BORN, Gary B. *Op. Cit.*, p. 1145.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 1145-1146.

⁷¹ “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou [...]

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada;”

“Artigo II

[...] 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, 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.”

O texto desse dispositivo – assim como o de diversos outros ordenamentos jurídicos – não apresenta um critério claro acerca do momento no qual o Poder Judiciário deve emitir uma decisão final acerca da jurisdição do Tribunal Arbitral. Ao afirmar que o Poder Judiciário deve afastar a jurisdição arbitral apenas em casos em que a cláusula arbitral é nula, inoperante ou inexecutável, a Convenção de Nova Iorque optou por deixar que os Estados-membros definam seus próprios critérios para aplicação do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*. Gary Born resume esse raciocínio:

*“The Convention does not contain or suggest either a prima facie or a full review standard. As discussed above, Article II(3) of the Convention specifically provides for national courts to refer parties to arbitration if those courts “find” that the arbitration agreement is valid; it is not possible to interpret that text as excluding full judicial review of jurisdictional objections. That is particularly true given the fact, also discussed below, that interpreting the Convention as requiring prima facie review would be contrary to the historic (and contemporary) approach to competence-competence in a substantial majority of all Contracting States, including many UNCITRAL Model Law states, the United States, England, Switzerland, Germany, China, Japan and numerous other Asian, African and Latin American states. Nonetheless, the Convention does bear on the allocation of jurisdictional competence between courts and arbitrators in some cases. As discussed below, there are circumstances in which arbitration agreements clearly provide an arbitral tribunal with jurisdiction to consider and finally decide questions regarding their own jurisdiction.”*⁷²

⁷² Tradução livre: “A Convenção não contém e nem sugere uma análise *prima facie* ou uma revisão completa. Conforme discutido acima, o Artigo II (3) da Convenção prevê especificamente que as Cortes Estatais encaminhem as partes à arbitragem se elas “considerarem” que a convenção de arbitragem é válida; não é possível interpretar esse texto como excluindo a revisão judicial completa de objeções jurisdicionais. Isso é particularmente verdadeiro dado o fato, também discutido abaixo, de que interpretar a Convenção como exigindo uma revisão *prima facie* seria contrário à abordagem histórica (e contemporânea) do competência-competência em uma maioria substancial dos Estados signatários, incluindo muitos Estados que adotaram a Lei Modelo da UNCITRAL, Estados Unidos, Inglaterra, Suíça, Alemanha, China, Japão e vários outros Estados asiáticos, africanos e latino-americanos. No entanto, a Convenção incide sobre a atribuição de competência jurisdicional entre Cortes e árbitros em alguns casos. Conforme discutido abaixo, existem circunstâncias em que as convenções de arbitragem fornecem claramente um tribunal arbitral com jurisdição para considerar e decidir de forma final questões relativas à sua própria jurisdição.” (BORN, Gary B. *Op. Cit.*, p. 1148).

De todo modo, correta foi a intenção da Convenção de Nova Iorque ao abster-se de estabelecer um critério rígido para aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo.

Primeiro, porque a Convenção de Nova Iorque tem como razão de ser a proteção da jurisdição arbitral em âmbito internacional, buscando definir critérios claros para que Cortes Estatais de países signatários recusem a homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Esse objetivo possui pouca pertinência com as discussões acerca do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*.

Segundo, a Convenção de Nova Iorque, na tentativa de incentivar o uso da arbitragem em âmbito internacional, foi elaborada de forma a maximizar o número de países que aceitariam ser signatários. Para isso, seu texto busca evitar a rigidez em certos temas, deixando com que os países possam aderir à Convenção sem o receio de estarem abrindo mão de sua cultura jurídica. Exemplo disso é o artigo V.2 da Convenção de Nova Iorque⁷³, que autoriza o não reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no caso de ausência de arbitrabilidade objetiva e violação à ordem pública, critérios certamente subjetivos e não pacificados em âmbito internacional. Definir um critério específico para aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo iria em sentido contrário ao caminho no qual a convenção se propôs a andar.

2.4.2. *Kompetenz-Kompetenz* na lei-modelo da UNCITRAL

A Lei Modelo da UNCITRAL é um ato normativo “modelo” elaborado pela Comissão de Comércio Internacional das Nações Unidas, com o intuito de servir de base para que países elaborem ou reformem suas respectivas leis de arbitragem, uniformizando práticas gerais da arbitragem em âmbito internacional. Segundo a própria Comissão Internacional das Nações Unidas:

⁷³ “2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”

“The Model Law is designed to assist States in reforming and modernizing their laws on arbitral procedure so as to take into account the particular features and needs of international commercial arbitration. It covers all stages of the arbitral process from the arbitration agreement, the composition and jurisdiction of the arbitral tribunal and the extent of court intervention through to the recognition and enforcement of the arbitral award. It reflects worldwide consensus on key aspects of international arbitration practice having been accepted by States of all regions and the different legal or economic systems of the world.”⁷⁴

No âmbito da Lei Modelo da UNCITRAL, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* é reconhecido nos artigos 8(1) e 16. O artigo 8(1), inspirado no já exposto art. II.3 da Convenção de Nova Iorque⁷⁵, prevê que a Corte Estatal que se deparar com a existência de uma convenção de arbitragem deve submeter as partes à arbitragem, a menos que considere que a convenção de arbitragem é nula, inoperável ou incapaz de ser performada⁷⁶.

O art. 16(1), por sua vez, é mais direto ao positivizar o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*. Em sua parte inicial, o dispositivo prevê que o Tribunal Arbitral pode decidir sobre a sua própria jurisdição, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem⁷⁷.

⁷⁴ Tradução livre: “A Lei Modelo foi elaborada para ajudar os Estados a reformar e modernizar suas leis sobre procedimento arbitral, de modo a levar em consideração as características e necessidades particulares da arbitragem comercial internacional. Ela abrange todas as etapas do processo arbitral, desde a convenção de arbitragem, a composição e jurisdição do tribunal arbitral e a extensão da intervenção do Poder Judiciário até o reconhecimento e execução da sentença arbitral. Ela reflete o consenso mundial sobre os principais aspectos da prática de arbitragem internacional, sendo aceita por Estados de todas as regiões e pelos diferentes sistemas jurídicos ou econômicos do mundo.” (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, **United Nations Commission on International Trade Law**. Disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration. Acesso em 23/11/2021.

⁷⁵ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 226.

⁷⁶ “8:(1) 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, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.” (Tradução livre: “8: (1) A Corte perante o qual uma ação é proposta sobre uma matéria sujeita a uma convenção de arbitragem, se uma parte assim o solicitar até apresentar sua primeira declaração sobre o mérito da disputa, remeterá as partes à arbitragem, a menos que considere que o acordo é nulo e sem efeito, inoperante ou incapaz de ser executado.”).

⁷⁷ “16(1): (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.” (Tradução livre: O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria jurisdição, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula arbitral que faça parte de um contrato deve considerada como um acordo autônomo dos demais termos do contrato. A decisão do tribunal arbitral de que o contrato é nulo não deve implicar *ipso jure* a nulidade da cláusula arbitral.)”

Em seguida, o art. 16(2) da Lei Modelo da UNCITRAL determina o momento processual em que deve ser alegada a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral durante o procedimento, delimitando que essa alegação deve ser feita até a submissão da resposta às alegações iniciais ou, no caso em que o tribunal esteja excedendo o escopo da convenção de arbitragem ao analisar determinada alegação, assim que a alegação fora do escopo for levantada⁷⁸. Em resumo, os dois cenários obrigam que a parte alegue a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral assim que a ausência de jurisdição for identificada⁷⁹.

Howard M. Holtzmann e Joseph Neuhaus relembram que a Comissão das Nações Unidas reportou que o art. 16(2) pode ser considerado cruel com a parte que não se atentar quanto ao momento processual da objeção à jurisdição do tribunal ou não conseguir identificar, no momento de apresentação de suas alegações, se a matéria em disputa está englobada pela convenção de arbitragem. Ainda assim, a Comissão destacou que esse problema é suavizado pela parte final do art. 16(2), que permite que o Tribunal Arbitral aceite uma alegação tardia sobre sua ausência de jurisdição se considerar o atraso justificado⁸⁰.

Caso a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral seja alegada perante o Poder Judiciário, o art. 8(2) da Lei Modelo autoriza expressamente que, ainda assim, a arbitragem seja instaurada ou continuada, bem como que o Tribunal Arbitral profira sentença⁸¹. Essa é a manifestação do efeito positivo do *Kompetenz-Kompetenz*, que dá ao Tribunal Arbitral a prerrogativa de decidir sobre sua própria jurisdição.

⁷⁸ “(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.” (Tradução livre: “(2) A alegação de que o tribunal arbitral não é competente deve ser apresentada até a apresentação da Resposta às Alegações Iniciais. Uma parte não está impedida de apresentar tal alegação pelo fato de ter nomeado, ou participado da nomeação de, um árbitro. A alegação de que o tribunal arbitral está excedendo o âmbito de sua autoridade será suscitada assim que a questão alegadamente fora do alcance de sua autoridade for suscitada durante o procedimento arbitral. O tribunal arbitral pode, em qualquer dos casos, admitir uma alegação posterior se considerar que o atraso é justificado”).

⁷⁹ HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph. **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**. Kluwer Law International, 1989, p. 481

⁸⁰ *Ibid.*, p. 481.

⁸¹ “8(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.” (Tradução livre: “8(2) Quando a ação referida no parágrafo (1) deste artigo tiver sido intentada, o procedimento arbitral poderá, ainda assim, ser iniciado ou continuado, e uma sentença arbitral poderá ser proferida, enquanto a questão estiver pendente no Poder Judiciário”).

Contudo, no que tange ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, a Lei Modelo da UNCITRAL seguiu o caminho adotado pela Convenção de Nova Iorque e não especificou a profundidade na qual o Poder Judiciário deve deliberar sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral antes do próprio tribunal.

Embora o “*Working Group*”⁸² da Lei Modelo tenha considerado propostas que permitissem que o Poder Judiciário decidisse de forma definitiva sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral durante o procedimento, ou até que determinassem a suspensão da arbitragem para tal, o texto final do art. 16 acabou movendo o pêndulo para um controle inicial limitado do Poder Judiciário⁸³.

Assim, considera-se que o art. 16 determina que o Poder Judiciário espere eventual contestação judicial acerca da validade da sentença arbitral para que então decida sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral, sendo vedada a suspensão do procedimento, bem como que a parte acione o Poder Judiciário antes ou durante a arbitragem para discutir a jurisdição arbitral:

*“While a court might still consider the jurisdiction of the tribunal in considering whether a substantive claim should be referred to arbitration, a party could no longer bring an action merely to seek a ruling on the arbitral tribunal's jurisdiction. Also, the court could not order a stay of the arbitral proceedings. Direct court review of the tribunal's finding on jurisdiction still had to wait for the setting aside proceeding.”*⁸⁴

Juan Eduardo Figueroa Valdes também endossa esse entendimento, afirmando que o texto da Lei Modelo busca dar prioridade à decisão do Tribunal Arbitral sobre sua jurisdição e limitar a intervenção das Cortes Estatais⁸⁵. Para ele, isso se dá principalmente a partir de uma interpretação sistemática em conjunto com o art. 5 da Lei Modelo, que dispõe que “*em matérias governadas por essa lei, nenhuma corte deve interferir exceto quando previsto por essa lei*”.

⁸² Tradução livre: Grupo de Trabalho.

⁸³ HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph. *Op. Cit.*, p. 485.

⁸⁴ Tradução livre: “Enquanto uma Corte Estatal ainda estiver analisando a jurisdição do tribunal para decidir se o mérito da disputa pode ser submetido à arbitragem, uma parte não poderia mais intentar uma ação apenas para buscar uma decisão sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral. Além disso, a Corte Estatal não pode ordenar a suspensão do procedimento arbitral. A revisão direta da Corte Estatal sobre a decisão do tribunal sobre a jurisdição ainda teve que esperar pelo processo de anulação” (*Ibid.*, p. 486)

⁸⁵ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 15.

Por esses motivos, Emmanuel Gaillard destaca que a Lei Modelo da UNCITRAL foi interpretada por algumas jurisdições como permitindo apenas uma cognição *prima facie* do Poder Judiciário:

“Tal redação, contudo, não impediu algumas jurisdições estatais de interpretá-la no sentido de permitir apenas a cognição judicial de tipo sumário, *prima facie*, nas lides relativas à validade à convenção de arbitragem. Embora o conjunto de tais decisões não configure jurisprudência coerente e pacífica, elas merecem ser ressaltadas.”⁸⁶

O jurista francês ainda destaca dois casos em que a Corte, ao aplicar uma lei de arbitragem inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL, entendeu que ela estabelece um controle *prima facie* do Poder Judiciário.

O primeiro deles advém da Corte de Justiça de Ontário ao aplicar a Lei de Arbitragem Internacional de 1998, texto que introduziu a Lei Modelo da UNCITRAL na província de Ontário, para afirmar que a jurisdição e o escopo de autoridade do Tribunal Arbitral devem ser determinados pelo próprio Tribunal, sujeitos à revisão em sede de ação anulatória da sentença arbitral⁸⁷.

O segundo caso é da Suprema Corte de Hong Kong, em que a parte requerida no procedimento arbitral afirmou que não havia assinado a convenção de arbitragem e, portanto, recusou-se a indicar árbitro. Ao analisar a Lei de Arbitragem de Hong Kong de 1989, inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL, a Corte concluiu, à luz do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, que não deveria realizar uma cognição exauriente acerca da validade da convenção de arbitragem, bastando uma análise *prima facie* acerca da existência de uma convenção de arbitragem aparentemente válida para que a questão fosse submetida ao juízo arbitral, ressalvada a análise judicial a um momento posterior⁸⁸.

Por último, interessante notar que o art. 16(3) da Lei Modelo da UNCITRAL permite que o Tribunal Arbitral decida o momento no qual vai decidir sobre sua jurisdição, sendo-lhe assegurado proferir decisão sobre o tema em conjunto com o mérito da demanda ou por meio

⁸⁶ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 226.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 226-227.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 226-227.

de decisão preliminar⁸⁹. Se o Tribunal Arbitral decidir que possui jurisdição antes de julgar o mérito, qualquer uma das partes poderá requerer que a Corte Estatal competente decida de forma definitiva sobre a matéria. Nesse ínterim, o procedimento arbitral pode continuar e o Tribunal poderá prolatar sentença.

Caso o Tribunal Arbitral decida que não possui jurisdição, essa decisão não será submetida à revisão judicial do art. 16(3), mas se encontra na hipótese do art. 34(2) da Lei Modelo, no qual autoriza a parte a buscar a anulação da sentença arbitral perante o Poder Judiciário⁹⁰.

Howard M. Holtzmann e Joseph Neuhaus resumem as vantagens desse dispositivo, destacando que ele incentiva que o Tribunal Arbitral decida sobre sua jurisdição de forma preliminar para que não se gaste tempo e dinheiro com uma arbitragem “*inútil*”, enquanto, ao mesmo tempo, assegura que essa decisão pode ser postergada para o final da arbitragem, a fim de evitar táticas dilatórias contra o julgamento de mérito ou em casos em que é difícil separar as questões preliminares do mérito:

⁸⁹ “16(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.” (Tradução livre: “16 (3) O tribunal arbitral pode decidir sobre a alegação referida no parágrafo (2) deste artigo como uma questão preliminar ou uma sentença sobre o mérito. Se o tribunal arbitral decidir como questão preliminar que tem jurisdição, qualquer parte pode solicitar, no prazo de trinta dias após ter recebido a notificação dessa decisão, a Corte especificada no artigo 6 para decidir a questão, decisão essa que não será passível de recurso; enquanto tal pedido estiver pendente, o tribunal arbitral pode continuar o procedimento arbitral e proferir uma sentença.”).

⁹⁰ “(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or [...] (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside;” (Tradução livre: “(2) Uma sentença arbitral pode ser anulada pela Corte especificada no artigo 6 apenas se: (a) a parte que faz o pedido fornecer prova de que: (i) uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7 estava sob alguma incapacidade ; ou o referido acordo não é válido nos termos da lei a que as partes o tenham submetido ou, na falta de indicação sobre o mesmo, nos termos da lei deste Estado; ou [...] (iii) a sentença arbitral tratar de um litígio não contemplado ou não se enquadrar nos termos da convenção de arbitragem, ou contiver decisão sobre questões além do escopo da convenção de arbitragem, desde que, se as decisões em matérias submetidas a arbitragem podem ser separadas daquelas não submetidas, somente a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem pode ser anulada;”).

“The advantage of this procedure is that the arbitral tribunal can assess in each case and with regard to each jurisdictional question whether the risk of dilatory tactics is greater than the danger of wasting money and time in a useless arbitration. The dangers of delay in the arbitration while the court is reviewing a preliminary ruling are further reduced by provision of a short time period for seeking court review, finality in the court's decision, and discretion in the arbitral tribunal to continue the proceedings while the court review is going on. These procedures will encourage preliminary jurisdictional rulings, but allow the tribunal to postpone decision of frivolous or dilatory objections, or ones that are difficult to separate from the merits of the case.”⁹¹

2.4.3. Kompetenz-Kompetenz na Lei Brasileira de Arbitragem

Assim como o princípio da autonomia da cláusula arbitral citado acima, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* também está previsto no artigo 8º da Lei Brasileira de Arbitragem. Enquanto o princípio da autonomia da cláusula arbitral está previsto no *caput* desse dispositivo, o legislador dedicou o parágrafo único exclusivamente ao *Kompetenz-Kompetenz*, nos seguintes termos:

“Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.
Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

Na mesma linha da Lei Modelo da UNCITRAL, a Lei Brasileira de Arbitragem também definiu um limite temporal para arguição de incompetência da jurisdição arbitral. Conforme art. 20, *caput*, da lei, a parte que pretende alegar que o Tribunal Arbitral não possui jurisdição deverá fazê-lo em sua primeira manifestação após a instituição da arbitragem:

“Art. 20. A parte que pretender argüir 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

⁹¹ Tradução livre: “A vantagem desse procedimento é que o tribunal arbitral pode avaliar em cada caso e em relação a cada questão jurisdicional se o risco de táticas dilatórias é maior do que o perigo de perder dinheiro e tempo em uma arbitragem inútil. Os perigos de atraso na arbitragem enquanto o Poder Judiciário está analisando uma decisão preliminar são ainda mais reduzidos pela provisão de um curto período de tempo para a revisão do Poder Judiciário, finalização da decisão do Poder Judiciário e discricção no tribunal arbitral para continuar o processo enquanto a revisão do Poder Judiciário está acontecendo. Estes procedimentos encorajarão decisões jurisdicionais preliminares, mas permitem ao tribunal adiar a decisão de objeções frívolas ou dilatórias, ou que são difíceis de separar do mérito do caso.” (HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph. *Op. Cit.*, p. 486).

primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.”

Para Juan Eduardo Figueroa Valdes – que analisou a lei de arbitragem antes de sua reforma em 2015, promovida pela Lei nº 13.129/15 – a Lei Brasileira de Arbitragem não prevê um critério claro de quando as Cortes Estatais devem decidir sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral:

“We do not see clearly that Brazil follows strictly the French model on the Kompetenz-Kompetenz principle. The Brazilian Arbitration Law does not point out – as the French system does – a clear bar for the courts to intervene until the final award is rendered, unless the Arbitration Agreement is null or void.”⁹²

Uma tentativa do legislador brasileiro de esclarecer a questão foi através da redação do art. 485, Inc. VII, do Código de Processo Civil⁹³, que prevê que o juiz não resolverá o mérito da disputa quando *“acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”*. De modo ainda mais enfático, o §3º do art. 485 permite ao juiz conhecer a matéria de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição até o trânsito em julgado⁹⁴.

Há, portanto, duas hipóteses nas quais o juiz deve determinar a extinção do processo judicial. A primeira é acolhimento da alegação de existência de convenção de arbitragem. A segunda é quando o juízo arbitral reconhecer a competência. Em ambos os cenários, deve o processo ser extinto sem resolução de mérito a favor da jurisdição arbitral.

O diploma processual civil brasileiro ainda impõe uma obrigação ao réu de alegar a matéria antes de discutir o mérito de eventual ação judicial. De acordo com o art. 337, Inc.

⁹² Tradução livre: “Nós não vemos com clareza que o Brasil segue estritamente o modelo francês do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*. A Lei Brasileira de Arbitragem não aponta – como faz o sistema francês – um critério claro para que o Poder Judiciário intervenha até que a sentença final seja proferida, a menos que a convenção de arbitragem seja nula ou sem efeito.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 18).

⁹³ AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo**. Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB. Kluwer Law International, 2015, Volume XII, Issue 48, p. 22.

⁹⁴ “§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”

X, do Código de Processo Civil, incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar a existência de convenção de arbitragem⁹⁵.

Para Natália Mizrahi Lamas, a redação da Lei Brasileira de Arbitragem e do Código de Processo Civil sugerem que, havendo dúvida razoável acerca da possibilidade de sujeição de determinada lide à arbitragem, o Poder Judiciário deve se abster de julgar a questão, salvo nos casos em que a convenção de arbitragem for manifestamente nula. Para a autora, essa interpretação é capaz de proteger a arbitragem de medidas protelatórias da parte que quer retardar o julgamento da causa, enquanto preserva a prerrogativa do Poder Judiciário de decidir sobre sua jurisdição quando a questão não levanta dúvidas:

“Ou seja, havendo dúvida razoável acerca da possibilidade de sujeição de um determinado tema ou de uma pessoa à arbitragem, ou, até mesmo, sobre a validade de uma convenção de arbitragem, é defeso ao Judiciário decidir a questão, isto é, decidir sobre a jurisdição. Deve ser constituído um tribunal arbitral, a fim de que este possa decidir sobre a sua própria jurisdição, em atenção ao art. 8º, parágrafo único da LArb, e ao dispositivo citado do CPC. Assim, salvo os casos em que haja manifesta clareza sobre a nulidade ou a inaplicabilidade da convenção de arbitragem, ter-se-á a abstenção do Judiciário em decidir sobre sua própria jurisdição.

Essa forma de interpretar o princípio da competência-competência é a única que consegue compatibilizar a proteção de todos os interessados: por um lado, evita os abusos daqueles que querem fugir à arbitragem (submetendo a controvérsia diretamente ao Judiciário, mesmo na dúvida sobre a validade e a extensão dos efeitos da cláusula compromissória); e, por outro, preserva, quando houver manifesta clareza da extensão da cláusula compromissória, a prerrogativa de o Judiciário analisá-la diretamente.

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve se abster de analisar profundamente os fatos da controvérsia sobre a validade ou os efeitos da referida cláusula, deixando que os árbitros exerçam a prerrogativa de decidir sobre sua própria jurisdição em primeiro lugar.

Excepcionalmente, quando a mácula sobre a cláusula compromissória for manifesta ou quando se possa extrair, em um exame perfunctório, que uma determinada disputa não está abrangida pela cláusula compromissória, o Judiciário pode prosseguir com a análise de mérito, excepcionando-se a força do princípio da competência-competência por questões de economia processual, já que a cláusula compromissória é flagrantemente nula ou inaplicável à disputa em espécie.”⁹⁶

Em todo caso, a lei brasileira seguiu o caminho dos demais ordenamentos jurídicos estrangeiros ao assegurar que a decisão do Tribunal Arbitral acerca de sua competência pode

⁹⁵ “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem;”.

⁹⁶ LAMAS, Natália Mizrahi. *Op. Cit.*, RB-1.11.

ser revisada em momento posterior. De acordo com o art. 32, I e IV da Lei Brasileira de Arbitragem, a sentença arbitral será nula se for nula a convenção de arbitragem ou se a sentença tiver sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem⁹⁷.

Assim, ainda que seja assegurado ao Tribunal Arbitral decidir sobre sua competência, essa decisão não será definitiva, de modo que o *Kompetenz-Kompetenz* na lei brasileira “estabelece apenas uma regra de prioridade, pois dá precedência à decisão dos árbitros a esse respeito, sem impedir que se ajuíze uma ação anulatória contra tal decisão”⁹⁸.

⁹⁷ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; [...] IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;”.

⁹⁸ LAMAS, Natália Mizrahi. *Op. Cit.*, RB-1.11.

CAPÍTULO III – A APLICAÇÃO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* NO DIREITO COMPARADO

No capítulo anterior, foi apresentada a diferença entre o efeito positivo e o negativo do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*. O efeito positivo, que dá ao Tribunal Arbitral o poder para decidir sobre sua própria jurisdição, é amplamente aceito em âmbito internacional, sendo positivado em diversos ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, o efeito negativo, dirigido ao Poder Judiciário para dar ao Tribunal Arbitral a prerrogativa de decidir sobre sua jurisdição sem manifestação judicial prévia, apresenta profundas divergências no direito comparado⁹⁹.

Para William Park, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* possui qualidade “*camaleônica*” em âmbito internacional, mudando de cor a partir da interpretação conferida por ordenamentos jurídicos de diferentes países¹⁰⁰.

Nesse sentido, Emmanuel Gaillard afirma que “*o efeito negativo do princípio da competência-competência constitui-se em um dos principais indicadores da confiança real que os diferentes ordenamentos dispensam à arbitragem*”¹⁰¹. Essa afirmação, contudo, pode ser controversa. Como será analisado abaixo, mesmo em países reconhecidos internacionalmente como favoráveis à prática da arbitragem (como a Alemanha e os Estados Unidos) pode haver certa reticência na aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo.

Como crítica a essa reticência, Emmanuel Gaillard faz um interessante paralelo entre o poder do árbitro para decidir sobre sua jurisdição e o poder para decidir sobre questões relativas à ordem pública:

“Fundamentalmente, o efeito negativo da competência-competência repousa na ideia de que, ao menos no início, se deve confiar nos árbitros e deixá-los decidir as questões, por vezes delicadas, relativas à validade e ao âmbito de

⁹⁹ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 220.

¹⁰⁰ PARK, William W. *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁰¹ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 233.

aplicabilidade da convenção de arbitragem. Trata-se de filosofia idêntica à que fundamenta a concepção ampla de arbitrabilidade do litígio. Se é possível confiar a eles o controle do respeito à ordem pública internacional, sob controle ulterior das jurisdições estatais, por que não confiar, com as mesmas reservas, a decisão de questões, em geral de interesse privado, como a existência e a validade da convenção de arbitragem? Não é à toa que ordenamentos adeptos da concepção ampla de arbitrabilidade do litígio – por exemplo, o francês e o suíço – são os mesmos a se manifestarem em favor do efeito negativo da competência competência. Em certos sistemas jurídicos, contudo, deve-se a motivo exclusivamente processual o reconhecimento desse efeito de maneira definitiva.”¹⁰²

O jurista francês ainda sintetiza três fatores principais a ser considerados pelo ordenamento jurídico (e suas Cortes locais) ao se pensar sobre a aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo:

“De lege ferenda, o debate sobre a oportunidade de consagrar o efeito negativo do princípio da competência-competência gira em torno de três considerações de natureza muito diferente: promover a economia processual (I), impedir manobras protelatórias (II) e não perturbar as regras de organização das competências judiciárias instituídas, em número crescente de sistemas jurídicos, em matéria de arbitragem (III).”¹⁰³

O primeiro deles, que diz respeito à economia processual, pode ser usado tanto para apoiar quanto para combater o efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*. Embora seja possível argumentar que é mais célere permitir que o Poder Judiciário decida assim que possível, e de uma vez por todas, acerca da competência do Tribunal Arbitral, é preciso considerar que o processo judicial está muitas vezes sujeito à variados recursos, o que pode retardar a resolução da questão e, mais importante, a instauração da arbitragem:

“Pode-se invocar a economia processual para combater ou apoiar o efeito negativo da competência-competência. Eis o raciocínio que motivou a decisão proferida em 1935 pelo Oberster Gerichtshof austríaco, quando permitiu às jurisdições estatais que decidissem imediatamente controvérsias a respeito da existência e da validade de convenção de arbitragem. Igualmente, procederam autores franceses desfavoráveis ao aspecto negativo do princípio da competência-competência. Se a convenção de arbitragem é inválida, por que aguardar o final da arbitragem para, só então, permitir às jurisdições estatais o conhecimento da matéria? Assim sendo, não é preferível o juiz estatal decidir a questão em definitivo? De outro modo, o fato de primeiro levar a questão ao juiz estatal, cujas decisões estão, em princípio, sujeitas a apelação

¹⁰² GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 231.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 230.

e, em seguida, a recursos da competência dos tribunais superiores, não contribui com a celeridade do processo, sobretudo se, ao final, for declarada a existência e a validade da convenção de arbitragem.

Se a opção por uma entre tais orientações contraditórias depende do grau de confiança dispensada à arbitragem como método de resolução de conflitos, não é menos verdadeiro que o reconhecimento do efeito positivo da competência-competência modifica sensivelmente os termos desta questão. Ocorre que, se o poder dos árbitros para decidir a mesma questão decorre do efeito positivo do princípio em tela, a problemática se reduz a saber se a possibilidade de um contencioso administrado em duas frentes paralelas – judicial e arbitral – permitiria real economia processual. Parece que não, pois a dualidade de jurisdições mais perturba do que ajuda.”¹⁰⁴

A preocupação em impedir manobras protelatórias pode ser vista em conjunto com a economia processual, uma vez que busca, da mesma forma, garantir que o procedimento arbitral seja instaurado sem que a parte resistente à arbitragem use o Poder Judiciário como forma de evitar o julgamento da disputa.

O último fator exposto por Emmanuel Gaillard é menos relacionado aos dois primeiros, e é pertinente apenas aos países que concentram em um único órgão do Poder Judiciário a competência para julgamento de ação anulatória de sentença arbitral (o que não é o caso do Brasil, em que a ação anulatória segue as regras do procedimento comum previstas no Código de Processo Civil¹⁰⁵). Essencialmente, o efeito negativo do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, ao evitar que uma ação seja instaurada perante o Poder Judiciário para discutir a jurisdição do Tribunal Arbitral antes da arbitragem, permite que toda discussão relativa à competência arbitral seja concentrada em um único órgão, competente para julgar a ação anulatória:

“O argumento tirado da necessidade de concentrar controvérsias perante a mesma autoridade encontra receptividade em alguns sistemas jurídicos. Entre eles, o francês figura como um dos maiores expoentes e, de forma oportuna, procura centralizar o contencioso judicial, de modo que as lides em matéria de arbitragem sejam submetidas a um único órgão. Só o presidente do Tribunal de Grande Instance de Paris pode julgar os incidentes relativos à instauração

¹⁰⁴ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, pp. 230-231.

¹⁰⁵ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.”

de arbitragem com sede na França ou submetidos ao direito processual francês. (...)

Tais esforços de racionalização – e, ao mesmo tempo, de especialização – resultam parcialmente comprometidos se acaso fosse negado o efeito negativo da competência competência. Com efeito, a competência para julgar questões relativas à existência e à validade da convenção de arbitragem pertenceria ao órgão competente para o mérito, se não houvesse convenção de arbitragem. Ainda: a decisão que proferisse estaria sujeita às vias ordinárias de recurso. Ora, trata-se precisamente de matéria cuja jurisdição cabe ao juiz da anulação, resultante da racionalização (...)

Tais Razões são caras a qualquer ordenamento que busque centralizar o contencioso de anulação de sentenças arbitrais. Não servem, contudo, aos que não se preocupam em racionalizar o contencioso judicial de lides envolvendo a arbitragem. O não reconhecimento do efeito negativo da competência-competência só agrava a impressão de caos, por vezes resultante da possibilidade de praticamente qualquer jurisdição conhecer e julgar questões fundamentais para a tramitação da arbitragem. Nesse sentido, a prática dos tribunais estadunidenses não deixa esquecer que o grau de favorecimento que determinado ordenamento reserva à arbitragem se afere não apenas da contemplação à jurisprudência da respectiva Suprema Corte, mas também da previsibilidade e da simplicidade dos princípios aplicados pelas jurisdições ordinárias quando instadas a decidir questões relativas à existência e à validade de convenção de arbitragem.”¹⁰⁶

Esses são, em suma, os principais fatores a ser considerados para discussão acerca da aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo. Nos itens abaixo, será exposto como alguns países se posicionam em relação a essa discussão.

A ordem da exposição segue uma pensada lógica. Primeiro, será demonstrado o sistema francês, considerado a manifestação mais pura a favor do princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo. Em seguida, demonstrar-se-á como a Suíça e a Inglaterra ainda se posicionam no rol de países favoráveis ao efeito negativo do princípio, mas, cada qual com suas características próprias, acabam proporcionando uma certa relativização da sua aplicação.

Sob outro prisma, por último será visto como a Alemanha e os Estados Unidos são considerados países contrários ao efeito negativo do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, através de uma tendência de concentrar no Poder Judiciário a prerrogativa para decidir sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral.

¹⁰⁶ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, pp. 231-232.

3.1. França

O primeiro país a ser analisado será a França, que historicamente tende a adotar posicionamentos favoráveis à arbitragem.

O princípio do *Kompetenz-Kompetenz* na França antecede a reforma do direito arbitral de 1980 e 1981, remetendo a 1971, quando o Tribunal *Commerce* de Paris se declarou incompetente para julgar a alegação de caducidade de cláusula arbitral e declinou competência para o juízo arbitral¹⁰⁷.

Atualmente, o *Kompetenz-Kompetenz* é positivado no art. 1.458 do Código de Processo Civil francês:

*“Art. 1.458 of the New French Code of Civil Procedure states that: “[W]hen a dispute, submitted to an arbitral tribunal pursuant to an arbitration agreement, is brought before a court of law, the latter must decline jurisdiction. If the arbitral tribunal has not yet been seized of the matter, the court must also decline jurisdiction, unless the arbitration agreement is manifestly null. In neither case may the court decline jurisdiction on its own motion.”*¹⁰⁸

Esse dispositivo prevê, em suma, que, salvo nos casos em que a convenção de arbitragem for manifestamente nula, cabe ao Poder Judiciário declarar-se incompetente para julgar a disputa, a despeito de o Tribunal Arbitral já estar composto ou de a arbitragem já ter sido instaurada.

No que tange ao critério de a cláusula arbitral deve ser “manifestamente nula”, Philippe Fouchard afirma que deve ser dada interpretação restritiva à redação do Código de Processo Civil francês, para que se declare nula a cláusula arbitral apenas nos casos em que a nulidade é óbvia, incapaz de ser seriamente debatida¹⁰⁹. Juan Eduardo Figueroa Valdes

¹⁰⁷ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, pp. 225.

¹⁰⁸ Tradução livre: “Art. 1.458 do Novo Código de Processo Civil francês declara que: “[Q]uando uma disputa, submetida a um Tribunal Arbitral nos termos de uma convenção de arbitragem, é apresentada a uma Corte, esta última deve declinar a jurisdição. Se o tribunal arbitral ainda não tiver sido submetido à questão, a Corte também deve declinar jurisdição, a menos que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula. Em nenhum dos casos a Corte pode declinar a jurisdição por sua própria iniciativa.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 20).

¹⁰⁹ FOUCHARD, Philippe, **La coopération du Président du Tribunal de Grande Instance à l’arbitrage**. Rev. Arb. 1985, p. 27. *Apud* VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 20.

complementa afirmando que essa expressão também deve ser interpretada de modo a incluir violações à ordem pública ou incontestáveis descumprimentos aos requisitos formais de validade de convenções de arbitragem¹¹⁰.

Com base nisso, Emmanuel Gaillard entende que o sistema jurídico francês prevê que o Poder Judiciário deve realizar um exame *prima facie* acerca da competência do Tribunal Arbitral¹¹¹.

Juan Eduardo Figueroa Valdes cita dois casos famosos em as Cortes francesas confirmaram o entendimento de que elas devem realizar um exame *prima facie*. O primeiro deles é o caso que ficou conhecido como “Caso Jaguar”, julgado em 1997, em que Corte de Apelações, em face de diversas alegações contrárias à jurisdição do Tribunal Arbitral, deixou de fazer uma análise profunda de cada uma das alegações levantadas, limitando-se a verificar se havia algum vício manifesto na cláusula arbitral:

“The French case law confirms this interpretation, in the case Société V 2000 v. Société Project XJ 220 ITd, known as the Jaguar judgment, in which various arguments were put forward concerning: (i) the nullity of the arbitration clause due to the fact that it was included in a domestic contract between a merchant and a non merchant; (ii) the lack of consent of one of the parties involved in the contract; (iii) the arbitrator’s lack of jurisdiction on account of the application of mandatory consumer law rules. The Court of Appeal discussed each of these arguments just enough to satisfy itself that the arbitration agreement was not manifestly void, leaving it to the arbitrators to carry out a concrete evaluation of these arguments on the merits. The character of the prima facie examination is not altered by the fact that the judgement is amply reasoned and, as a consequence, indications emerge as to how the arbitrators might proceed in their evaluation.”¹¹²

¹¹⁰ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 20.

¹¹¹ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.* pp. 224-225.

¹¹² Tradução livre: “A jurisprudência francesa confirma esta interpretação, no processo Société V 2000 v. Société Project XJ 220 ITd, conhecido como Caso Jaguar, no qual foram apresentados vários argumentos relativos: (i) à nulidade da cláusula arbitral pelo fato de que ela foi incluída em um contrato doméstico entre um comerciante e um não comerciante; (ii) à falta de consentimento de uma das partes envolvidas no contrato; (iii) à falta de jurisdição do árbitro devido à aplicação das regras obrigatórias do direito do consumidor. A Corte de Apelações discutiu cada um desses argumentos apenas o suficiente para se certificar de que a convenção de arbitragem não era manifestamente nula, deixando que aos árbitros realizassem uma avaliação concreta desses argumentos quanto ao mérito. O caráter do exame *prima facie* não é alterado pelo fato de a sentença ser amplamente fundamentada e, em consequência, conter indícios de como os árbitros devem proceder em sua avaliação.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 20).

O segundo caso é de 2006, em que a Corte de Cassação da França (*Cour de Cassation*) anulou a decisão proferida por uma Corte de instância inferior que havia reconhecido a incompetência do juízo arbitral, por entender que a matéria em litígio não estaria englobada no escopo da convenção de arbitragem. Na oportunidade, foi ressaltado que as Cortes francesas só devem decidir pela ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral em casos de manifesta nulidade ou inaplicabilidade da cláusula arbitral:

*“Furthermore, the application of art. 1.458 of the New French Code of Civil Procedure has been further clarified in a recent decision of 25th of April 2006, when the French Court of Cassation annulled a decision whereby, before an arbitration procedure was commenced, a lower court had denied the arbitrators’ jurisdiction for a tort claim on the basis that such a claim was not within the scope of the arbitration agreement. The French Court of Cassation pointed out that the only grounds that allow French national courts to rule on the arbitrators’ jurisdiction are the manifest nullity or inapplicability of the arbitration clause and that the interpretation made by the court did not show these characters. The intervention of French national courts is, thus, postponed to the moment of the review of the award. At this stage, the review of French national courts is done de novo, that is, without any deference to the appreciation made by the arbitrators.”*¹¹³

Em conclusão, Juan Eduardo Figueroa Valdes considera que a lei francesa é provavelmente a “*expressão mais radical*” do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, sendo o modelo mais “puro” a priorizar que o Tribunal Arbitral tenha a prerrogativa de decidir sobre sua competência¹¹⁴.

No entanto, e talvez exatamente por esse motivo, o sistema francês não é imune de críticas. Limitar a atuação do Poder Judiciário a um controle *prima facie* tão restritivo pode torná-lo ineficiente. É o caso, por exemplo, em que, ainda que não haja manifesta nulidade, a discussão acerca da invalidade da cláusula arbitral é pouco complexa. Nesses casos, decidir a

¹¹³ Tradução livre: “Além disso, a aplicação do art. 1.458 do Novo Código de Processo Civil da França foi ainda esclarecida em uma recente decisão de 25 de abril de 2006, quando a Corte de Cassação da França anulou uma decisão pela qual, antes de um procedimento arbitral ser iniciado, uma Corte inferior havia negado a jurisdição dos árbitros para uma ação de delito civil com base no fato de que tal ação não estava dentro do escopo da convenção de arbitragem. A Corte de Cassação da França apontou que os únicos fundamentos que permitem às Cortes nacionais francesas decidirem sobre a jurisdição dos árbitros são a nulidade ou inaplicabilidade manifesta da cláusula arbitral e que a interpretação feita pela Corte não apresentou essas características. A intervenção das Cortes nacionais francesas é, portanto, adiada para o momento da revisão da sentença. Nesta fase, a revisão das Cortes nacionais francesas é feita de novo, ou seja, sem qualquer deferência à apreciação dos árbitros.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, pp. 20-21)

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 19.

questão de uma vez por todas perante as Cortes Estatais pode acabar se mostrando mais vantajoso¹¹⁵.

Para arrebatá-lo, há outra crítica feita ao tratamento das Cortes francesas ao *Kompetenz-Kompetenz*, concentrada no raciocínio de que, uma vez instaurado o procedimento arbitral, a parte que pretendia contestar a jurisdição do Tribunal Arbitral perante o Poder Judiciário pode perder interesse em fazê-lo e acabar aceitando a jurisdição arbitral. Nesse sentido:

*“Moreover, even if the arbitrator’s jurisdictional findings are subject to review by national courts, arbitrators are given the opportunity to decide first in the matter. By letting the arbitration procedure be conducted, the arbitrator’s jurisdictional decisions become binding as the parties may lose their interest in challenging them. Furthermore, by allowing the arbitral procedure to evolve, the parties may be encouraged to settle their dispute before any award is rendered.”*¹¹⁶

Essa crítica, contudo, é de mais difícil aceitação. Isso porque, se a parte perde o interesse em contestar a jurisdição do Tribunal Arbitral durante a arbitragem, provavelmente a razão disso é que ela não está tão convencida assim da ausência de jurisdição arbitral, mas na verdade seu interesse era apenas retardar ao máximo o julgamento de mérito da disputa através da impugnação da jurisdição arbitral perante o Poder Judiciário.

Em suma, embora considerado uma expressão radical, o sistema francês é um modelo claro e objetivo da aplicação do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, buscando conferir, sempre que possível, ao Tribunal Arbitral a prerrogativa para decidir sobre sua jurisdição.

3.2. Suíça

No que tange à positivação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, o ordenamento jurídico suíço se inspirou na Convenção de Nova Iorque:

¹¹⁵ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 21.

¹¹⁶ Tradução livre: “Além disso, mesmo que as conclusões jurisdicionais do árbitro estejam sujeitas à revisão por tribunais nacionais, os árbitros têm a oportunidade de decidir primeiro sobre a matéria. Ao permitir que o procedimento de arbitragem seja conduzido, as decisões jurisdicionais do árbitro tornam-se vinculantes, pois as partes podem perder o interesse em contestá-las. Além disso, ao permitir que o procedimento arbitral evolua, as partes podem ser incentivadas a resolver sua disputa por acordo antes que qualquer sentença seja proferida.” (*Ibid.*, pp. 20-21)

“O direito suíço recentemente se aliou a essa posição. A respeito, eram ambíguas os dispositivos da LDIP, cujo art. 7º se inspira diretamente no art. II, § 3º, da Convenção de Nova Iorque : “Se as partes estipularam convenção de arbitragem relativa a controvérsia arbitrável, o tribunal suíço acionado declinará a própria competência a menos que [...] o tribunal constate que a convenção de arbitragem é caduca, inoperante ou não suscetível de ser aplicada” .

Tal texto interpreta-se tanto para permitir ao juiz estatal conhecer e julgar o mérito de contestações à validade da convenção de arbitragem, quanto para limitar a cognição ao controle *prima facie*”¹¹⁷

No entanto, assim como é o caso da Convenção, trata-se de um texto que pode ser interpretado tanto para permitir que o Poder Judiciário analise profundamente o mérito da impugnação à jurisdição do Tribunal Arbitral quanto para limitar a análise judicial a um controle *prima facie*.

A jurisprudência suíça desenvolveu, então, uma interpretação particular acerca da positivação do *Kompetenz-Kompetenz*, que varia de acordo com a sede da arbitragem. Caso a sede da arbitragem seja na Suíça, as Cortes devem se limitar a uma verificação *prima facie* da jurisdição do Tribunal Arbitral, fazendo uma análise superficial do cumprimento de requisitos legais e deixando que o juízo arbitral realize a cognição exauriente da matéria (a não ser em casos em que a cláusula arbitral seja nula, inoperante, incapaz de ser performada ou que a disputa não seja abrangida pelo seu escopo). Por outro lado, caso a sede da arbitragem seja fora da Suíça, as Cortes realizarão uma análise profunda sobre a jurisdição arbitral¹¹⁸.

Nathalie Voser e Daniel Girsberger sintetizam os motivos por trás desta sistemática:

“The Swiss Supreme Court concluded that a prima facie review prevents the arbitral tribunal from being prejudiced by the state court's decision in its own assessment of the existence, the validity and the scope of application of the arbitration agreement. It found that, provided that the seat of the arbitration is in Switzerland, limited judicial review by state courts is justified because, in the framework of an appeal against the award or an interim award on jurisdiction, the Swiss Supreme Court may subsequently review freely whether or not the arbitral tribunal rightly assumed or denied jurisdiction (Arts. 190(2)(b) and 190(3) SPILA). Consequently, a party will have the opportunity to ask a Swiss state court, i.e. the Swiss Supreme Court, to finally decide on the existence, the validity and the scope of the arbitration agreement.

¹¹⁷ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.* p. 225.

¹¹⁸ GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *Op. Cit.*, p. 148. No mesmo sentido: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 22

However, according to the Swiss Supreme Court, if the seat of the arbitration is abroad, a limitation of the power of review of state courts is not justified because there is no chance for a full review of jurisdictional objections by Swiss courts.”¹¹⁹

Como explicado, esse método busca assegurar que as Cortes Suíças possam, em algum momento, realizar uma análise exauriente da jurisdição do Tribunal Arbitral. Se a sede da arbitragem for na Suíça, não há problema em limitar o controle judicial a um controle *prima facie*, visto que, após a prolação da sentença arbitral, a jurisdição dos árbitros poderá ser discutida novamente em juízo caso uma das partes conteste a sentença. Por outro lado, se a sede da arbitragem é em outro país, a ação para anulação da sentença arbitral será proposta em outro país, e pode não ser assegurada à Justiça suíça a chance de analisar a sentença arbitral senão antes da decisão proferida pelo próprio Tribunal Arbitral.

O sistema suíço, embora peculiar, busca conciliar “o melhor dos dois mundos” em relação ao princípio do *Kompetenz-Kompetenz*. Se, por um lado, ele limita o controle judicial para garantir que nas arbitragens locais caberá ao Tribunal Arbitral decidir sobre sua competência, por outro, essa limitação é imposta ao Poder Judiciário apenas quando ela possui razão de existir, garantindo que as Cortes Estatais poderão, ao menos uma vez, analisar a jurisdição arbitral de modo profundo.

3.3. Inglaterra

A reforma de 1996 realizada na Lei Inglesa de Arbitragem representou importante contribuição para o tratamento da Inglaterra ao efeito negativo do princípio do *Kompetenz-*

¹¹⁹ Tradução livre: “A Suprema Corte suíça concluiu que uma *revisão prima facie* evita que o tribunal arbitral seja prejudicado pela decisão da Corte Estatal em sua própria avaliação da existência, validade e escopo de aplicação da convenção de arbitragem. Ela constatou que, desde que a sede da arbitragem seja na Suíça, a revisão judicial limitada das Cortes Estatais é justificada porque, no âmbito de um recurso contra a sentença ou contra uma sentença parcial sobre a jurisdição, a Suprema Corte suíça pode posteriormente revisar livremente se o tribunal arbitral corretamente assumiu ou negou jurisdição (Arts. 190 (2) (b) e 190 (3) SPILA). Consequentemente, uma parte terá a oportunidade de pedir a uma Corte Estatal suíça, ou seja, a Suprema Corte suíça, para decidir definitivamente sobre a existência, a validade e o escopo da convenção de arbitragem. No entanto, de acordo com a Suprema Corte suíça, se a sede da arbitragem for no exterior, uma limitação do poder de revisão das Cortes Estaduais não se justifica, porque não há chance de uma revisão completa das objeções jurisdicionais pelas Cortes suíças”. (GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. *Op. Cit.*, pp. 148-149).

Kompetenz, em especial porque, historicamente, o país possui dificuldades em reconhecer a autonomia da cláusula arbitral¹²⁰.

A Lei de Arbitragem Inglesa é aplicável à Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. Com a reforma de 1996, ela passou a adaptar diversos dispositivos da Lei Modelo da UNCITRAL, incorporando o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* em seus artigos 30, 31, 32 e 33¹²¹.

O art. 30 prevê que, a menos que haja acordo em sentido diverso, o Tribunal Arbitral deve decidir sobre sua jurisdição, o que inclui a decisão acerca da validade e o escopo da cláusula arbitral¹²².

Quando uma das partes resolve impugnar a jurisdição do Tribunal Arbitral, o art. 31.4 dá três opções ao tribunal, explicadas abaixo:

*“On the other hand, Section 31 (4) sets out three ways in which the challenge may proceed: (i) the Arbitral Tribunal may rule on the matter in an interim award. However, it can continue the proceeding and make a further award while the application to the court is pending; (ii) the Arbitral Tribunal may leave the determination on its jurisdiction to the time when it issues its award on the merits; (iii) the Arbitral Tribunal may suspend the proceeding until a court makes a final determination on his jurisdiction. This last rule is understandable given that a substantive determination by the arbitrator may eventually be a waste of time should the court eventually hold that the arbitrator has no jurisdiction. Thus, if a preliminary assessment makes it clear that the arbitrator has no jurisdiction due to reasons such as the agreement not being signed or properly executed, the arbitrator should not proceed with the hearing at all.”*¹²³

¹²⁰ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 227.

¹²¹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 18.

¹²² *Ibid.*, p. 18.

¹²³ Tradução livre: “Por outro lado, a Seção 31 (4) estabelece três maneiras pelas quais a impugnação pode prosseguir: (i) o Tribunal Arbitral pode decidir sobre o assunto em uma sentença parcial. No entanto, pode prosseguir o procedimento e proferir nova sentença enquanto a ação no Poder Judiciário estiver pendente; (ii) o Tribunal Arbitral pode deixar a determinação sobre sua jurisdição para o momento em que emitir sua sentença sobre o mérito; (iii) o Tribunal Arbitral pode suspender o procedimento até que uma Corte faça uma determinação final sobre sua jurisdição. Esta última regra é compreensível, visto que uma determinação substantiva do árbitro pode, eventualmente, ser uma perda de tempo caso a Corte eventualmente considere que o árbitro não tem jurisdição. Assim, se uma avaliação preliminar deixa claro que o árbitro não tem jurisdição por motivos como o contrato não ter sido assinado ou executado de maneira adequada, o árbitro não deverá prosseguir com a audiência.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 18).

De pronto, é possível perceber dois traços particulares positivados na lei inglesa. O primeiro é que ela permite que as partes limitem a aplicação do *Kompetenz-Kompetenz*, ao dispor que caberá ao Tribunal Arbitral decidir sobre sua jurisdição, a menos que as partes acordem o contrário. O segundo é que o poder de escolha também é conferido ao Tribunal Arbitral, que, ao ter sua jurisdição contestada por uma parte, pode ele mesmo decidir suspender o procedimento arbitral e deixar que o Poder Judiciário decida a questão.

No entanto, o poder de escolha conferido às partes e ao Tribunal Arbitral não é ilimitado, sendo restrito a cenários em que há alguma justificativa (como economia processual) para que a decisão seja repassada ao Poder Judiciário:

*“Moreover, Section 32 provides: “An application under this section shall not be considered unless: a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings; or b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied: (i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in cost; (ii) that the application was made without delay; and (iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court”. Finally, according to Section 32 (3), the application must state the grounds on which the matter should be decided by the court, unless it is made with the agreement of all the parties.”*¹²⁴

Como conclui Emmanuel Gaillard, trata-se de um sistema que, embora favorável ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, é menos mecânico, buscando dar às partes ou ao Tribunal Arbitral mais autonomia para escolher sobre quem recairá a competência para decidir sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral:

“A regra inglesa, percebe-se, funciona de modo menos mecânico, se comparada às que prescrevem às jurisdições estatais a obrigação de se declararem incompetentes após a realização de exame *prima facie*, mas se insere na mesma linha evolutiva. Neste sentido, é significativo que, no caso de desacordo entre as partes (sic), cabe ao próprio árbitro a legitimidade para provocar o juiz estatal e instá-lo a resolver questões relativas à competência da autoridade privada – condição da intervenção estatal. De outro modo, na ausência de acordo entre as partes ou entre os árbitros, as jurisdições estatais

¹²⁴ Tradução livre: “Além disso, a Seção 32 dispõe: “Um requerimento sob esta seção não será considerado a menos que: a) seja feito com o acordo por escrito de todas as outras partes do procedimento; ou b) for feita com a permissão do tribunal arbitral e a Corte considerar que: (i) a definição da questão é susceptível de produzir economias substanciais de custos; (ii) que o pedido foi feito sem demora; e (iii) que há boas razões para que a questão deva ser decidida pela Corte”. Por último, de acordo com a Section 32 (3), o pedido deve indicar os motivos pelos quais a questão deve ser decidida pela Corte, a menos que seja apresentada com o acordo de todas as partes.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 18).

só poderão conhecer a disputa em relação à existência e à validade da convenção arbitral após a prolação da sentença arbitral, isto é, no momento do controle judiciário, como nos sistemas jurídicos que consagram o efeito negativo da competência-competência.”¹²⁵

Na ausência de acordo das partes, a lei inglesa seguiu o mesmo caminho da Lei Modelo da UNCITRAL, prevendo um controle *prima facie* do Poder Judiciário antes da decisão do Tribunal Arbitral e assegurando ao primeiro a possibilidade de revisão da decisão do segundo em sede de discussão acerca da anulação da sentença arbitral¹²⁶.

O caso *Al Naimi v. Islamic Press Service, Inc.* julgado pela Corte de Apelações da Inglaterra em 2000, já aplicando a reforma legislativa de 1996, ilustra bem a sistemática exposta acima. Para definir quem deveria decidir sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral, a Corte afirmou que, quando a decisão sobre jurisdição requer dilação probatória, faz sentido que ela seja submetida à arbitragem. Caso ela possa ser decidida sem produção de provas, apenas a partir da análise do preenchimento de requisitos legais, a Corte ressaltou que uma decisão judicial pode ser mais rápida e eficiente¹²⁷.

3.4. Alemanha

Como a própria expressão escrita em alemão sugere, a Alemanha é a fonte original do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*¹²⁸. A positivação do princípio deu-se somente a partir da reforma legislativa alemã de 1998, quando o país incorporou a Lei Modelo da UNCITRAL em seu código de processo civil¹²⁹. Essa evolução histórica é explanada por Emmanuel Gaillard:

“A respeito do tema em análise, o direito alemão se posicionou, de modo exposto, por ocasião da reforma de 22 de dezembro de 1998. A merecida atenção que o legislador alemão dispensou ao tema o levou a acrescentar um segundo parágrafo às disposições da Lei-Modelo da Uncitral, texto que, de modo geral, lhe serviu de inspiração. Assim, acrescentou ao art. 8º da Lei-Modelo, o qual virou o art. 1.032 do ZPO (análogo ao art. 7º da LDIP suíça, ou ao art. II, § 3º, da Convenção de Nova Iorque): “Antes da constituição do Tribunal Arbitral, o tribunal pode ser acionado para decidir a respeito da

¹²⁵ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 228

¹²⁶ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 19.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹²⁸ BORN, Gary B. *Op. Cit.*, p. 1.214.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 16.

admissibilidade ou da inadmissibilidade (sic) da resolução do conflito pela via arbitral.”¹³⁰

De acordo com o art. 1.040 do Código de Processo Civil alemão, o Tribunal Arbitral tem o poder para decidir sobre sua própria jurisdição¹³¹. Durante o período de discussão legislativa para promulgação desse dispositivo, considerou-se reservar ao Poder Judiciário apenas a última palavra acerca de questões de jurisdição. A doutrina local, contudo, entendeu que esse dispositivo seria contrário à ordem pública nacional, por privar as Cortes Estatais do direito de intervir a qualquer momento para decidir sobre sua jurisdição¹³².

Como resultado, para que se defina quem decidirá acerca da jurisdição do Tribunal Arbitral, o direito alemão põe ênfase ao momento de constituição do Tribunal Arbitral. Se o Tribunal Arbitral já estiver constituído, o Poder Judiciário deve remeter a decisão ao juízo arbitral. De modo oposto, se o Tribunal Arbitral ainda não estiver constituído, o Poder Judiciário poderá exercer uma cognição exauriente para decidir quem possui jurisdição sobre a disputa:

“Tal dispositivo resgatou a distinção existente na Convenção de Genebra de 1961 e no novo Código de Processo Civil francês, segundo a qual o fato de o Tribunal Arbitral haver ou não sido acionado, antes de a parte interessada recorrer ao juiz estatal, é determinante para a solução do problema. De modo útil, especifica que “acionar” deve ser compreendido como “constituir” o tribunal. Porém, prescreve consequências distintas das postas pela Convenção de Genebra e pelo NCPC francês: se o Tribunal Arbitral estiver constituído, deverá manifestar-se a respeito da própria competência, excluídas as jurisdições estatais, exceto se estas estimarem que a convenção de arbitragem seja “caduca, inoperante ou não executável”. Diferente da interpretação atribuída ao art. 7º da LDIP, pelo Tribunal Fédéral suíço, a doutrina alemã parece vislumbrar, no texto, permissão para as jurisdições acionadas decidirem, de modo definitivo, a questão de competência. De outro modo, antes da constituição do tribunal, pode a jurisdição estatal decidir as questões relativas à competência do árbitro a partir de cognição mais aprofundada, diversa da sumária, de tipo *prima facie*, como *faculta*, de modo expresso, o art. 1.032, § 2º, do ZPO”¹³³

¹³⁰ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 228.

¹³¹ VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 16.

¹³² *Ibid.*, p. 16.

¹³³ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, pp. 228-229.

Por não remeter a decisão sobre jurisdição à arbitragem nos casos em que o Tribunal Arbitral ainda não está constituído, Emmanuel Gaillard conclui que o direito alemão se mostra hostil ao princípio do *Kompetenz-Kompetenz*:

O direito alemão se mostra, assim, hostil ao efeito negativo da competência-competência, talvez inspirado pela ideia da realização de alguma economia processual ao permitir que as jurisdições estatais decidam as dificuldades antes de a arbitragem começar. Nesse sentido, também se manifestou a Corte Suprema austríaca, frise-se, numa época em que a arbitragem era menos aceita: “Seria contrário à economia processual obrigar a parte que contesta a competência de Tribunal Arbitral fosse a esperar o final da instância arbitral para e só deixá-la agir perante as jurisdições estatais competentes para a anulação.”¹³⁴

Gary Born complementa a conclusão, afirmando que o Poder Judiciário alemão, mesmo nos casos em que já há Tribunal Arbitral constituído, não se limita a um controle *prima facie* da jurisdição do Tribunal Arbitral, o que o diferencia dos ordenamentos jurídicos mais favoráveis ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, como o francês:

“The weight of German authority holds that the court’s decision will not be of a prima facie character, but will be binding both on the parties and on the arbitral tribunal. Again, this is in contrast to the French approach, where no judicial consideration of jurisdictional challenges is permitted after an arbitration is commenced, and the Hong Kong, Singaporean and Indian approaches, where only prima facie interlocutory judicial consideration is available.

*While one of the above actions is pending before a German court, the arbitral tribunal may continue proceedings and decide on questions of its jurisdiction. Once a positive jurisdictional decision, or a final award, has been issued, its annulment can be sought in a German court on the basis that the tribunal lacked jurisdiction.”*¹³⁵

Portanto, ainda que a análise judicial alemã possa ser limitada quando o Tribunal Arbitral já estiver constituído, trata-se de uma jurisdição menos favorável à aplicação do

¹³⁴ *Ibid.*, p. 229

¹³⁵ Tradução livre: “O peso das autoridades alemãs sustenta que a decisão da Corte não será de caráter *prima facie*, mas será vinculante tanto para as partes quanto para o tribunal arbitral. Novamente, isso está em contraste com a abordagem francesa, em que nenhuma consideração judicial de impugnações jurisdicionais é permitida após o início de uma arbitragem, e as abordagens de Hong Kong, Singapura e Índia, onde apenas a consideração judicial interlocutória *prima facie* está disponível.

Enquanto uma das ações acima está pendente em uma Corte alemã, o tribunal arbitral pode continuar o procedimento e decidir sobre questões de sua jurisdição. Uma vez que uma decisão jurisdicional positiva, ou uma sentença final, tenha sido proferida, sua anulação pode ser pedida em uma Corte alemã com base na falta de jurisdição do tribunal.” (BORN, Gary B. *Op. Cit.*, pp. 1.215-1.216).

Kompetenz-Kompetenz em seu efeito negativo, concentrando no Poder Judiciário a prerrogativa para analisar questões relacionadas à jurisdição arbitral. Esse posicionamento vem da cultura jurídica alemã de que a competência do Poder Judiciário está muito ligada à ordem pública e, assim, deve ser decidida pelo próprio Poder Judiciário.

3.5. Estados Unidos

Por último, analisa-se o posicionamento conferido pelos Estados Unidos ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*.

Embora seja difícil analisar o posicionamento do direito americano como um todo, tendo em vista a multiplicidade de jurisdições estaduais do país que podem, com certo grau de autonomia, manifestarem-se sobre o tema, diversas Cortes americanas, quando instadas a decidir sobre a jurisdição de um Tribunal Arbitral, tendem a analisar uma análise profunda da matéria¹³⁶.

Ao contrário do que é previsto nas legislações francesa, suíça, inglesa e alemã, analisadas acima, a Lei Federal de Arbitragem dos Estados Unidos não dispõe de forma clara acerca do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*¹³⁷. A decisão sobre a aplicação do princípio é, então, delegada às Cortes:

*“The US Federal Arbitration Act, hereinafter “FAA”, creates no statutory presumption that courts should wait for the award before pronouncing themselves on an arbitrator’s authority to hear the dispute. Earlier in the arbitral process, courts can decide whether a particular matter can be submitted to arbitration, usually in the context of a motion to compel arbitration or to stay litigation. FAA provides, in this respect, that federal courts shall stay competing litigation: “[U]pon being satisfied that the issue involved in such a judicial suit or proceeding is referable to arbitration (...)”. Courts remain free to entertain motions related to arbitral jurisdiction at any moment from the start of the proceedings onwards. Moreover, when the existence of an agreement to arbitrate is open to doubt, courts may order the question to be resolved by jury, rather than by the Arbitral Tribunal itself.”*¹³⁸

¹³⁶ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, p. 229

¹³⁷ BORN, Gary B. *Op. Cit.*, p. 1.127.

¹³⁸ Tradução livre: “A Lei de Arbitragem Federal dos Estados Unidos, doravante denominada “FAA”, não cria nenhuma presunção legal de que as Corte devem aguardar a sentença arbitral antes de se pronunciarem sobre a autoridade de um árbitro para ouvir a disputa. No início do processo arbitral, as Cortes podem decidir se um determinado assunto pode ser submetido à arbitragem, geralmente no contexto de um pedido para obrigar a

Diante desse cenário em que não há uma orientação legislativa clara, Gary Born ressalta que as Cortes americanas desenvolveram um robusto histórico de precedentes relativos à aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*¹³⁹.

Tradicionalmente, a Suprema Corte Americana posiciona-se no sentido que de cabe ao Tribunal Arbitral decidir apenas questões referentes ao escopo da cláusula arbitral:

*“In our view, following William Park, the right interpretation of the Supreme Court decision is a matter of both logic and sound arbitration policy, that only the scope of the parties’ agreement should be likely to delegation to arbitrators. Regardless of how expansive the words of an arbitration clause might be in granting power to arbitrators, neither the identity of the parties nor the constrains of public policy should be immune from the independent review by the courts at the site of the arbitration or the enforcement forum.”*¹⁴⁰

Por consequência, questões atinentes à validade da cláusula arbitral são decididas pelo Poder Judiciário, a menos que seja demonstrado um acordo prévio claro e inequívoco entre as partes conferindo essa prerrogativa ao Tribunal Arbitral. Como conclui Juan Eduardo Figueroa Valdes, os Estados Unidos hesitam em aceitar a aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*:

*“In conclusion, the United States shows hesitation in the way they accept the Kompetenz-Kompetenz principle, which is not found in the FAA. It appears that competence-competence is not accepted when there is a dispute over the validity of the arbitration agreement at issue. It is for the courts to decide arbitrability, i.e., the scope *ratione personae* of the arbitration agreement, “unless the parties clearly and unmistakably provide otherwise”. Thus, the American approach is based on contract and focuses on the will of the parties*

arbitragem ou para suspender o litígio judicial. A FAA prevê, a este respeito, que as Cortes federais devem manter o litígio concorrente: “[A]té estarem convencidas de que a questão envolvida em tal processo judicial ou procedimento arbitral pode ser submetida à arbitragem (...)”. As Cortes permanecem livres para considerar os pedidos relacionados à jurisdição arbitral a qualquer momento a partir do início do processo. Além disso, quando a existência de uma convenção de arbitragem é posta em causa, as Cortes podem ordenar que a questão seja resolvida por um júri, e não pelo próprio Tribunal Arbitral.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 16).

¹³⁹ BORN, Gary B. *Op. Cit.*, p. 1.127.

¹⁴⁰ Tradução livre: “Em nossa opinião, seguindo William Park, a interpretação correta da decisão da Suprema Corte é uma questão tanto de lógica quanto de política de arbitragem sólida, de que apenas o escopo do acordo das partes deve ser passível de delegação aos árbitros. Independentemente de quão extensas possam ser as palavras de uma cláusula arbitral na concessão de poder aos árbitros, nem a identidade das partes nem as restrições de ordem pública devem ser imunes à revisão judicial independente pelas Cortes no local da arbitragem ou do fórum de execução.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, pp. 23-24).

as the source of the power of the arbitrators to determine their own jurisdiction."¹⁴¹

E de forma ainda mais intervencionista, o direito americano ainda prevê que a Corte Estatal poderá intervir a qualquer momento no procedimento arbitral para analisar e reconhecer a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral¹⁴².

Por outro lado, em arbitragens internacionais em que a sede de arbitragem é fora dos Estados Unidos, as Cortes americanas tendem a realizar um controle *prima facie*. Trata-se de mecanismo inverso daquele adotado na Suíça. O objetivo é, em casos internacionais, limitar a atuação das Cortes americanas em um primeiro momento¹⁴³.

Ainda que concentrar no Poder Judiciário a decisão sobre a jurisdição arbitral possa ser criticável diante da morosidade da justiça estatal, o posicionamento americano também é reflexo da confiança que os operadores locais do direito depositam em seu Poder Judiciário para matérias relacionadas à arbitragem, confiando-se que o órgão judicial emitirá uma decisão técnica sobre a questão. Emmanuel Gaillard resume os prós e contras desse sistema:

“Em tais casos, o desperdício inicial de energia e o risco de perturbar o funcionamento da arbitragem se agravam pelo fato de as jurisdições estadunidenses recorrerem, com frequência, ao método conflitualista a fim de encontrar o direito aplicável à convenção de arbitragem. Muitas vezes, ignoram o princípio da autonomia da convenção de arbitragem para submetê-la ao direito reitor do contrato em que se insere e, do mesmo modo, as questões relativas à validade. Perante tal juiz, a instância pode transformar-se em verdadeiro *trial*, com audiência de testemunhas para os fatos e de peritos para o direito. São mecanismos pesados, inúteis e onerosos se comparados à cognição *prima facie* dos tribunais franceses e suíços, com remissão aos árbitros e posterior controle judiciário da sentença arbitral. De outra parte, permite-se pensar, as soluções muito liberais adotadas pelo direito norte-americano em matéria de arbitrabilidade podem influenciar a evolução daquele ordenamento também em relação à competência competência, já que ambas as questões constituem reflexos da confiança que o ordenamento

¹⁴¹ Tradução livre: “Em conclusão, os Estados Unidos mostram hesitação na forma como aceitam o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que não é encontrado no FAA. Parece que competência-competência não é aceita quando há uma disputa sobre a validade da convenção de arbitragem em questão. Cabe às Cortes decidir a arbitrabilidade, ou seja, o escopo *ratione personae* da convenção de arbitragem, “a menos que as partes estabeleçam clara e inequivocamente o contrário”. Assim, a abordagem americana é baseada no contrato e enfoca a vontade das partes como fonte de poder dos árbitros para determinar sua própria jurisdição.” (VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. Cit.*, p. 26).

¹⁴² *Ibid.*, p. 26.

¹⁴³ BORN, Gary B. *Op. Cit.*, pp. 1.241-1.242.

deposita nos árbitros . Igualmente, a preocupação em eliminar excessos reconhecidos no processo civil judicial permite, neste ponto, esperar uma evolução jurisprudencial”¹⁴⁴

De forma mais direta e enfática, William W. Park defende que esse sistema permite que a parte que nunca concordou com a arbitragem não despeje tempo e dinheiro em um procedimento que nunca desejou. Além disso, permitir que o Poder Judiciário se manifeste logo sobre a questão diminui o medo de a sentença arbitral ser futuramente anulada:

*“This approach means that a party who never agreed to arbitrate will not need to waste time and money in a proceeding that lacks an authoritative foundation. Moreover, either side can request clarification about the scope of the arbitrator’s power before substantial sums are spent needlessly. The prospect of award vacatur on jurisdictional grounds cannot be excluded, but it may be less likely to hang as a Sword of Damocles in cases of obvious jurisdictional defect.”*¹⁴⁵

¹⁴⁴ GAILLARD, Emmanuel. *Op. Cit.*, pp. 229-330

¹⁴⁵ Tradução livre: “Essa abordagem significa que uma parte que nunca concordou em arbitrar não precisará perder tempo e dinheiro em um procedimento que carece de fundamento. Além disso, qualquer um dos lados pode solicitar esclarecimentos sobre o escopo do poder do árbitro antes que somas substanciais sejam gastas desnecessariamente. A perspectiva de sentença *vacatur* por motivos jurisdicionais não pode ser excluída, mas pode ser menos provável que seja posta como uma Espada de Dâmocles em casos de defeito jurisdicional óbvio.” (PARK, William W. *Op. Cit.*, p. 43).

CAPÍTULO IV – A APLICAÇÃO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* NO BRASIL

Como visto no item 2.4.3 *supra*, o *Kompetenz-Kompetenz* está positivado no art. 8º, parágrafo único, da Lei Brasileira de Arbitragem, que dispõe que “[c]aberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Embora a doutrina nacional considere que o art. 8º, parágrafo único, da Lei Brasileira de Arbitragem estabelece uma prioridade temporal a favor do Tribunal Arbitral, para que ele decida sobre sua competência antes da pronúncia judicial sobre a matéria¹⁴⁶, o referido dispositivo carece de clareza no seu tratamento em relação ao *Kompetenz-Kompetenz*¹⁴⁷.

O texto do artigo prevê expressamente o efeito positivo do *Kompetenz-Kompetenz*, ao dispor que cabe ao árbitro (ou Tribunal Arbitral) decidir sobre sua competência. Por outro lado, o efeito negativo não está positivado na Lei Brasileira de Arbitragem, de modo que sua construção no direito nacional foi delegada à doutrina especializada e jurisprudência¹⁴⁸.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* passou a ser visto de forma um pouco mais clara no ordenamento jurídico. Ao determinar que o juiz deve extinguir o processo sem resolução de mérito quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”, o art. 485, Inc. VII, do Código de Processo Civil criou um pressuposto processual negativo, que impede o juiz de questionar a decisão arbitral reconhecendo sua competência, cabendo-lhe tão somente acatá-la e extinguir o processo judicial¹⁴⁹.

Ainda assim, em relação à aplicação do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, o ordenamento jurídico brasileiro repetiu a mesma obscuridade dos ordenamentos analisados nos capítulos 2 e 3 *supra*. Não há, na Lei Brasileira de Arbitragem ou no Código de Processo Civil

¹⁴⁶ LAMAS, Natália Mizrahi. *Op. Cit.*, RB-1.11

¹⁴⁷ AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *Op. Cit.*, p. 28.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 37.

de 2015, uma orientação legislativa clara acerca da profundidade na qual o Poder Judiciário deve analisar a jurisdição do Tribunal Arbitral antes do próprio Tribunal¹⁵⁰.

Ausente um critério legislativo claro, resta à jurisprudência nacional definir se o Poder Judiciário deve, quando instado a se manifestar antes do Tribunal Arbitral sobre sua jurisdição, realizar uma análise profunda da matéria (como no caso da Alemanha e dos Estados Unidos) ou limitar-se a um exame *prima facie* (como no caso da França e, em alguns casos, Inglaterra e Suíça).

Para João Luiz Lessa de Azevedo Neto, no Brasil a grande preocupação para definição sobre o tema é “*que os juízes exerçam adequadamente esse controle, desenvolvendo um controle cooperativo do processo arbitral*”¹⁵¹. Para que a cooperação entre a arbitragem e o Poder Judiciário possa ocorrer sem comprometer o desenvolvimento da arbitragem em terras nacionais, ele conclui que o Poder Judiciário deve se limitar a um controle *prima facie*¹⁵².

E é nesse sentido que o Poder Judiciário brasileiro vem caminhando.

Andre Abbud e Daniel de Andrade Levy, ao analisar um farto número de julgados aplicando o art. 8º, parágrafo único da Lei Brasileira de Arbitragem, concluem que o Superior Tribunal de Justiça historicamente aplica o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* de forma rígida no Brasil, preservando o poder do Tribunal Arbitral de decidir sobre sua jurisdição antes do Poder Judiciário. Para o STJ, cabe ao Poder Judiciário realizar uma análise *prima facie* da jurisdição arbitral¹⁵³.

Os pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido são múltiplos, e essa posição da Corte perdura há décadas. Por exemplo, em 2008 a Ministra Nancy Andrichi já havia reconhecido que, com base no *Kompetenz-Kompetenz*, cabe ao árbitro decidir sobre sua competência:

¹⁵⁰ AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *Op. Cit.*, p. 32.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵² *Ibid.*, p. 33.

¹⁵³ ABBUD, Andre; LEVY, Daniel de Andrade et al. **The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide**. Kluwer Law International, 2019, pp. 53-54.

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 283/STF. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PROCEDIMENTO ARBITRAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA ARBITRAL. NATUREZA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. ART. 475-N, CPC. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. QUESTÕES RELATIVAS À SUA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. COMPETÊNCIA. ÁRBITRO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AÇÕES E EXECUÇÕES. SUSPENSÃO. ART. 18, "A", LEI 6.024/74. LIMITES. [...]

- Questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96. Trata-se da denominada kompetenz-kompetenz (competência-competência), que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. [...]"¹⁵⁴

Em 2013, sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, a Quarta Turma do STJ destacou que, nos casos em que há cláusula arbitral cheia (aquela que contém elementos mínimos para instauração da arbitragem), cabe ao juízo arbitral decidir sobre sua jurisdição, sendo reservado ao Poder Judiciário o pronunciamento sobre o tema em sede de controle de validade da sentença arbitral. Na ementa do Recurso Especial n. 1278852/MG, foi introduzido o posicionamento do STJ de que a intervenção judicial seria admissível nos casos de cláusula arbitral patológica, isto é, aquela com vício manifesto.

“PROCESSO CIVIL. CONVENÇÃO ARBITRAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "CHEIA". COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO CONVENCIONAL NA FASE INICIAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO JUDICIÁRIO SOMENTE APÓS A SENTENÇA ARBITRAL. [...]

2. A cláusula compromissória "cheia", ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (decisão monocrática), Medida Cautelar nº 14295/SP, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 09/06/2008, DJe 13/06/2008.

compromissória patológica (“em branco”) , o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.

4. No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escorregada pelo magistrado de piso. Precedentes da Terceira Turma do STJ. 5. Recurso especial provido.”¹⁵⁵

O entendimento de que o Tribunal Arbitral detém competência exclusiva para análise da existência ou validade de cláusula arbitral cheia foi reiterado em anos seguintes. É o caso de decisão proferida em 2016 pelo Min. Moura Ribeiro:

“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. [...]”

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 o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido.”¹⁵⁶

Em outra recente decisão, a Terceira Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, mais uma vez reconheceu que, havendo cláusula arbitral cheia, compete ao Tribunal Arbitral decidir sobre sua competência, mesmo que isso implique o reconhecimento de nulidade da cláusula arbitral ou do contrato no qual ela está inserida.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp nº 1278852/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, j. 21/05/2013, DJe 19/06/2013.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1602696/PI, Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, j. 09/08/2016, DJe 23/09/2016.

“RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. DISCUSSÃO QUANTO AO CRITÉRIO DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS DE EMPREITADA, PARA A CONSTRUÇÃO DE USINAS HIDRELÉTRICAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE OU DE INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO, ASSINADO PELAS PARTES, NO QUAL CONTÉM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL, SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO TERIA SIDO OBSERVADA A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES EXARADA EM CONTRATO VERBAL ANTERIOR, POR MEIO DE CONTATO TELEFÔNICO. DESPOJAMENTO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA ENTRE O AJUSTE CONTRATUAL E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NELE INSERTA. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. CONTRATO DE EMPREITADA QUE NÃO PODE SER QUALIFICADO COMO DE "ADESÃO", A TODA EVIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROMISSO ARBITRAL PATOLÓGICO, A AUTORIZAR O AFASTAMENTO IMEDIATO DA COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO ARBITRAL. RECONHECIMENTO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. [...]

2. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes, com esteio no princípio da autonomia da vontade, tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

3. Justamente para dar concretude a tais efeitos, a lei de regência confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no princípio da Kompetenz-Kompetenz, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua própria competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal fim, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

3.1 Por expressa disposição legal (art. 8º, caput, da Lei n. 9.307/1996), a cláusula compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. Por consectário, eventual nulidade, ou mesmo inexistência jurídica, do contrato principal não tem nenhuma repercussão na convenção de arbitragem.

3.2 Ressai, com absoluta clareza, que a pretendida declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que estabeleceu o critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato escrito (no qual incluída a cláusula compromissória arbitral), é matéria a ser conhecida e julgada, por imposição legal, precedentemente, pelo Tribunal arbitral. Sem nenhum respaldo legal, assim, supor que a simples alegação de nulidade (ou mesmo de inexistência jurídica) do contrato principal teria o condão, per si, de afastar a convenção de arbitragem nele inserto, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem.

4. Não se olvida, tampouco se dissuade de doutrina especializada, assim como da jurisprudência desta Corte de Justiça, que admite, excepcionalmente e em tese, que o Juízo estatal, instado naturalmente para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente (encerrando, assim, verdadeira cláusula compromissória arbitral patológica).

4.1 Na hipótese dos autos, todavia, a convenção arbitral ajustada pelas partes, por meio da cláusula compromissória (cheia) inserida no contrato de empreitada estabelecido entre as partes - devidamente referenciada na sentença extintiva -, não guarda, em si, nenhum vício detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário. [...]"¹⁵⁷

Mesmo tendo reconhecido a ausência de jurisdição arbitral para julgamento da disputa, a ementa acima já deixa claro que o entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que cabe ao Poder Judiciário realizar um exame *prima facie* acerca da competência do Tribunal Arbitral, ao dispor ele poderá identificar vício “*detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário*”¹⁵⁸.

Dessa forma, percebe-se que o STJ prestigia o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, buscando aplica-lo em favor de Tribunais Arbitrais quando instado a se manifestar acerca da existência, validade e/ou eficácia da cláusula arbitral.

No que tange à aplicação do *Kompetenz-Kompetenz* em seu efeito negativo, conquanto a ausência de orientação legislativa expressa, o Superior Tribunal de Justiça possui interpretação semelhante à francesa, afirmando o Poder Judiciário só poderá reconhecer imediatamente a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral no caso de vícios identificáveis *prima facie*.

Esse entendimento é particularmente visto em casos de cláusulas arbitrais inseridas em contratos de adesão. Conforme art. 4, §2º, da Lei Brasileira de Arbitragem, em contratos de adesão, a cláusula arbitral só terá eficácia “*se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula*”.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1699855/RS. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, j. 01/06/2021, DJe 08/06/2021.

¹⁵⁸ *Ibid.*

Para o Superior Tribunal de Justiça, se a cláusula arbitral inserida em um contrato de adesão não preencher esses requisitos dispostos em lei, trata-se de cláusula arbitral patológica, claramente ilegal. Sendo ilegalidade da cláusula verificável *prima facie*, é autorizada a intervenção excepcional do Poder Judiciário.

Um repercuto julgado nesse sentido foi o Recurso Especial n. 1602076/SP, julgado pela Terceira Turma do STJ, sob a relatoria da Min. Nancy Andrighi, e cuja ementa se transcreve abaixo:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. [...]

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.”¹⁵⁹

Durante o seu voto condutor, a Ministra Nancy Andrighi deixou clara a jurisprudência do STJ sobre o tema. Como ressaltou, autorizar o Poder Judiciário a realizar um exame *prima facie* de ilegalidades patentes na cláusula arbitral permite “*uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral*”¹⁶⁰. Suas considerações são expostas abaixo:

“Como regra geral, a jurisprudência desta Corte Superior indica a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral.

Toda regra, porém, comporta exceções para melhor se adequar a situações cujos contornos escapam às situações típicas abarcadas pelo núcleo duro da generalidade e que, pode-se dizer, estão em áreas cinzentas da aplicação do Direito.

Obviamente, o princípio *kompetenz-kompetenz* deve ser privilegiado, inclusive para o indispensável fortalecimento da arbitragem no País e sua

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1602076/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 15/09/2016, DJe 30/09/2016.

¹⁶⁰ *Ibid.*

aplicação no REsp 1.602.696-PI é irretocável. Por outro lado, é inegável a finalidade de integração e desenvolvimento do Direito a admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias “patológicas” – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionado acima e aqueles que não atendam o requisito legal específico (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96) que se está a julgar neste momento – cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral. São, assim, exceções que permitem uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral.

Levando em consideração todo o exposto, o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral”¹⁶¹

Há muitos outros posicionamentos similares do Superior Tribunal de Justiça. É o que se extrai, por exemplo, de recente acórdão de 2020, em que foi reconhecida a prioridade do Tribunal Arbitral para decidir sobre sua jurisdição, mas admitiu-se a atuação excepcional do Poder Judiciário, em análise possível de ser realizada *prima facie*:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INVALIDADE. CONTRATO DE ADESÃO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. QUESTÃO RELEVANTE PARA O DESLINDE INTEGRAL DA CONTROVÉRSIA. OMISSÕES APTAS, EM TESE, À MODIFICAÇÃO DA CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. [...]”

4. Segundo entendimento do STJ, cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula.

5. Hipótese concreta em que à cláusula compromissória integrante do pacto firmado entre as partes não foi conferido o devido destaque, em negrito, tal qual exige a norma em análise; tampouco houve aposição de assinatura ou de visto específico para ela. [...]”¹⁶²

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1602076/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 15/09/2016, DJe 30/09/2016

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1845737/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 20/02/2020, DJe 26/02/2020.

Amplamente aceito, esse posicionamento foi até divulgado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ. Na edição n. 122, publicada em 05 de abril de 2019, foi disposto que o Poder Judiciário pode reconhecer a nulidade da cláusula arbitral quando ela for claramente ilegal, independente de já haver Tribunal Arbitral constituído:

“3) A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre Poder Judiciário, de ofício ou por provocação das partes, as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

“4) O Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, declarar a nulidade de cláusula compromissória arbitral, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral, quando aposta em compromisso claramente ilegal.”¹⁶³

Esse entendimento firmado pelo STJ também é repetido nos tribunais estaduais. É o caso do julgado abaixo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que foi reconhecida a ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral diante de vício identificável *prima facie*. No caso, tratava-se de uma arbitragem societária em que inexistia cláusula arbitral no estatuto social que dava ensejo à disputa:

Apelação – Ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada, com exclusão da acionista minoritária – Sentença que rejeitou a impugnação ao valor da causa, acolheu preliminar de convenção de arbitragem e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VII, do CPC – Inconformismo das partes. Preliminar de existência de convenção de arbitragem – Não acolhimento que se impunha – Demanda cujo objeto é a dissolução parcial da sociedade – Matéria não passível de disciplina em acordo de acionistas, em que insere a cláusula compromissória suscitada – Inexistência de cláusula compromissória no estatuto social – Consequente inexistência de convenção de arbitragem que abranja a matéria objeto da demanda, aferível em mero exame perfunctório (“prima facie”) – Exceção ao princípio competência-competência – Doutrina e jurisprudência do C. STJ – Sentença reformada para rejeitar a preliminar e afastar a extinção do processo sem resolução do mérito. [...] Resultado: sentença reformada – Provido em parte o recurso das autoras, revogada a tutela provisória anteriormente deferida, e provido o recurso da ré.”¹⁶⁴

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Publicações Institucionais, Jurisprudência em Teses, n. 122, da arbitragem. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11369/11498>. Acesso em 25.12.2021.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação Cível nº 1004882-52.2018.8.26.0100. Rel. Des. Grava Brazil. São Paulo, j. 27/08/2019, DJe 29/08/2019.

Outro interessante pronunciamento nesse sentido do TJSP foi no julgamento da apelação cível n. 1130381-12.2019.8.26.0100. Nesse caso, os apelantes tentaram contestar a jurisdição arbitral levando ao Poder Judiciário diversos argumentos para anulação da assembleia geral extraordinária que deliberou pela inserção da cláusula arbitral no estatuto social da sociedade objeto da arbitragem. Como se extrai da ementa e trecho do voto condutor abaixo, o Desembargador Relator Ricardo Negrão deixou claro que os vícios alegados pelos apelantes, fundamentados ou não, não eram vícios verificáveis *prima facie*, devendo a arbitragem ser instaurada para que eles possam ser analisados pelo Tribunal Arbitral:

“COMPETÊNCIA – Ação de nulidade de deliberações assembleares de sociedade anônima – Hipótese em que uma das decisões assembleares aprovou inclusão de cláusula compromissória cheia no Estatuto Social – Pedido de declaração de nulidade calcada em vício formal de convocação, desvio de finalidade e inobservância ao direito de preferência previsto no art. 136-A da LSA – Vícios não aferíveis *prima facie*, demandando debate mais acurado – Competência do Tribunal Arbitral para dirimir sobre a validade da cláusula compromissória – Extinção sem resolução do mérito – Apelação desprovida. Dispositivo: negam provimento. [...]

Como se vê, a incompetência da Justiça Estadual Comum não se trata de mera preliminar de defesa, mas de matéria de mérito submetida a esta Corte pelos próprios Autores.

Da leitura da exordial se depreende, ao menos, três fundamentos para a anulação da AGE que deliberou pela inserção da cláusula compromissória arbitral: (a) vício formal na convocação para o ato, posto que o edital teria sido vago ao indicar apenas que seria deliberada mudança no Estatuto Social, sem precisar a discussão sobre a cláusula compromissória; (b) a motivação espúria da inclusão da cláusula arbitral; e (c) violação do art. 136- A da LSA, pois não assegurada a plenitude do direito de retirada dos Autores.

Conquanto esta C. Turma Julgadora reconheça a possibilidade de reconhecimento da nulidade de cláusula compromissória vazia ou que desatenda os requisitos formais tais como assinatura ou destaques em contratos de adesão, o caso concreto não se trata de nulidade *prima facie*, como insistem os Apelantes.

Os Apelantes dedicaram catorze páginas da exordial para defender a competência do Poder Judiciário e a ilegalidade da cláusula compromissória arbitral com matérias que demandam mais do que uma simples visualização da cláusula compromissória.

Os temas abordados na exordial (alcance da ordem do dia, real motivação dos objetos da AGE e cumprimento do art. 136-A) demandam ampla discussão, não sendo aferíveis de plano.

Assim, a discussão sobre tais vícios deve ser levada à Câmara Arbitral que é o órgão competente para dirimir o litígio, nos termos da cláusula contratual pactuada e do artigo 8º, e parágrafo único da Lei nº 9.307/96 [...] Portanto, sua

desconstituição mediante ação anulatória somente pode ser declarada pela Câmara Arbitral eleita, nos termos da Cláusula firmada em contrato”¹⁶⁵

Esse posicionamento também pode ser visto na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que assevera que cabe ao Poder Judiciário realizar um exame *prima facie* da jurisdição do Tribunal Arbitral, tanto para reconhecê-la quanto para negá-la. É o que se percebe dos dois recentes julgados abaixo:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE LOGÍSTICA E TRANSPORTE RODOVIÁRIO. PEDIDO RESCISÃO POR INADIMPLENTO CONTRATUAL COM CONDENAÇÃO EM PERDAS E DANOS. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EFEITO VINCULANTE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA CORRETAMENTE ARBITRADOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Análise pelo Poder Judiciário apenas de nulidade *prima facie*, como nas chamadas cláusulas compromissórias patológicas, que não atendem a requisitos legais específicos, nos termos do entendimento sedimentado no STJ.

2. Alegação de que o contrato é de adesão e que houve violação ao disposto no parágrafo

2º, do artigo 4º, da Lei de Arbitragem. Inexistência de hipossuficiência ou caracterização de típico contrato de adesão. A hipótese é de relação civil, verdadeiramente paritária, sendo certo que as partes não se vincularam por meio de contrato de adesão, já que houve discussão quanto às cláusulas contratuais. Os contratantes são sociedades empresárias, não havendo qualquer relação de hipossuficiência entre as partes, de modo que não há que se falar em abusividade da cláusula compromissória, sob pena de afronta aos princípios da segurança jurídica e *pacta sunt servanda*.

3. Alegação de violação ao princípio constitucional do acesso ao Judiciário em razão dos custos do processo arbitral. Incidência do princípio competência-competência (*kompetenz-kompetenz*). Artigo 8º, parágrafo único c/c artigo 20 da Lei nº 9.307/1996. Cabe ao árbitro examinar sua própria competência e as questões atinentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. [...]

5. Sentença mantida.

NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.”¹⁶⁶

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO VISANDO À RESCISÃO DE PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS EM EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. Decisão que rejeita alegação de convenção de arbitragem e acolhe exceção de incompetência. Recurso que impugna o decisum em sua primeira parte.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação Cível nº 1130381-12.2019.8.26.0100. Rel. Des. Ricardo Negrão. São Paulo, j. 29/06/2021, DJe 30/06/2021.

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (20ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 0030263-80.2018.8.19.0001, Rel. Des. Mônica de Faria Sardas. Rio de Janeiro, j. 03/04/2019, DJe 05/04/2019.

1. Competência de jurisdição que é matéria prejudicial em relação à competência territorial estabelecida em cláusula de eleição de foro. Reconhecimento da primeira, por rejeição da alegação de convenção de arbitragem, que importa em declarar a causa sujeita à jurisdição e não resta maculado pela incompetência relativa reconhecida a posteriori. Conservação da eficácia dos atos anteriores, na forma do art. 64, §4º, do CPC. [...]
4. Aplicabilidade ao caso do disposto no art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem. Eficácia da cláusula compromissória condicionada a que seja ela objeto de concordância expressa, com assinatura ou visto especiais, ou que, ao menos, seja a parte aderente quem a invoque. Estipulação que, no caso, não atende aos requisitos da lei, pois ausente a concordância expressa e específica da aderente, mostrando-se ineficaz *prima facie* ou, ainda, apresentando-se como cláusula patológica. Interpretação do contrato. [...]
6. Mitigação, nesses casos, da aplicação do disposto no art. 8º da Lei 9.307/96, reconhecida pela jurisprudência. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
7. Desprovimento do recurso.”¹⁶⁷

Contudo, ainda que, como visto, o STJ tenha firmando o entendimento, seguido pelos tribunais inferiores, de que o Poder Judiciário pátrio deve realizar uma análise *prima facie* da jurisdição do Tribunal Arbitral, a jurisprudência da Corte Superior não é isenta de posicionamentos contrários ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*.

De forma mais geral, nota-se que o STJ entende há tempos ser competente para julgar conflitos de competência entre órgãos do Poder Judiciário e Tribunais Arbitrais¹⁶⁸.

Esse entendimento é, por si só, criticável à luz do efeito negativo *Kompetenz-Kompetenz*. Como afirma Eduardo Talamini, pressuposto do conflito de competência é que os dois órgãos em conflito possuam, em tese, competência para julgamento da causa. Ocorre que, como argumentado abaixo, o Tribunal Arbitral é quem em regra possui competência para se pronunciar sobre sua jurisdição, cabendo ao Poder Judiciário a análise em controle de validade da sentença arbitral.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 0054804-83.2018.8.19.0000, Rel. Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva. Rio de Janeiro, j. 19/06/2019, DJe 25/06/2019.

¹⁶⁸ Nesse sentido: “1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional. 1.1 O conflito positivo de competência afigura-se caracterizado, não apenas quando dois ou mais Juízos, de esferas diversas, declaram-se simultaneamente competentes para julgar a mesma causa, mas também quando, sobre o mesmo objeto, duas ou mais autoridades judiciárias tecem deliberações excludentes entre si” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Conflito de Competência nº 146939/PA. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, j. 23/11/2016, DJe 30/11/2016)

“Primeiro, a orientação em discurso desconsidera o princípio da competência-competência.

O conflito de competência pressupõe a disputa entre dois órgãos que, ao menos em tese, podem ser, de fato, competentes para a causa. Mas entre tribunal arbitral e Judiciário isso não se põe. Como visto, o ordenamento estabelece que cabe, em primeiro lugar, ao tribunal arbitral decidir sobre sua própria competência – devendo a causa submeter-se a seu processamento e julgamento, se ele se reputar competente (Lei n° 9.307, art. 8°, parágrafo único). O juiz estatal terá a última palavra sobre o tema, pois detém a competência para o controle da validade da sentença arbitral, incluindo-se entre os aspectos controláveis a validade e a eficácia da convenção arbitral (Lei n° 9.307, arts. 32, I e IV, e 33). Mas há uma ordem clara, definida: primeiro, prevalece a decisão do árbitro; depois de acabado o processo arbitral, pronuncia-se o Judiciário. O juiz estatal tem a última palavra sobre existência, eficácia e validade da convenção arbitral, mas não tem a primeira. Logo, e a rigor, não cabe falar em conflito de competência na hipótese.

Até o momento, o emprego do incidente de conflito de competência pelo STJ produziu decisões que reconheceram a competência arbitral, em detrimento da competência judiciária – o que levou muitos estudiosos da arbitragem a elogiar tais pronunciamentos (que, sob muitos aspectos, são mesmo dignos de elogios). Então, até aqui talvez não se tenha concretizado nenhum abalo notável à vigência do efeito negativo da *Kompetenz-Kompetenz*. Mas a simples premissa de que é configurável tal conflito de competência enfraquece a dimensão negativa desse princípio. Caber o incidente do conflito significa caber decisão tanto favorável à arbitragem quanto à competência estatal. Ainda que se diga que o STJ manterá sua postura de adequada preservação das convenções arbitrais – e ao menos hoje não há razões para se duvidar desse prognóstico –, mesmo assim a hipotética possibilidade de uma decisão antiarbitragem tende a incentivar o indevido recurso ao Judiciário.”¹⁶⁹

Como Eduardo Talamini adiantava em 2018, a orientação do STJ admitindo o cabimento de conflito de competência nesses casos abria margem para pronunciamentos jurisdicionais contrários ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*. Sua preocupação rapidamente se concretizou.

Um pronunciamento do STJ manifestamente contrário ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* foi o julgamento do conflito de competência n. 151130/SP, no final de 2019. O famoso caso envolvia uma arbitragem instaurada perante a Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM B3 por acionistas estrangeiros minoritários da Petrobrás em face da Petrobrás e da União, tendo por objeto o ressarcimento de alegados prejuízos decorrentes da

¹⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. Nota sobre o conflito de competência entre árbitro e juiz estatal. *In*: LEE, João Bosco; MANGE, Flavia (eds). **Revista Brasileira de Arbitragem**. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. Kluwer Law International 2018, Volume XV, Issue 60, p. 39.

desvalorização das ações da Petrobrás devido à Operação Lava Jato. Segundo alegado pelos requerentes, os prejuízos incorridos seriam de “*mais de R\$ 1.400.000.000,00 (um bilhão e quatrocentos milhões de reais)*”, havendo menção, nos autos, de que o valor total ultrapassaria os 58 bilhões”¹⁷⁰.

A União requereu sua exclusão do procedimento arbitral, sob o fundamento de que não haveria cláusula arbitral expressa no Estatuto da Petrobrás autorizando-a a participar da arbitragem. Após sua exclusão ter sido indeferida pelo Presidente da Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM B3, a União buscou sua exclusão do procedimento perante a Justiça Federal, o que foi deferido. Diante disso, foi instaurado o conflito de competência perante o STJ.

No julgamento, a Segunda Seção do STJ decidiu divergir da Min. Rel. Nancy Andrighi, para declarar a competência do Juízo Federal para julgamento do pleito indenizatório em face da União. A ementa do voto condutor do Min. Relator para acórdão Luis Felipe Salomão deu-se nos seguintes termos:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO “LAVA JATO”. PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO.

1.No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001.

2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva).

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Conflito de Competência nº 151130/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 27/11/2019, DJe 11/02/2020.

3. Nos exatos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a adoção da arbitragem está restrita "às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social".
4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público – circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da "competência-competência" – sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia.
5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado.”¹⁷¹

De acordo com o posicionamento acima exarado e discorrido no voto do Min. Luis Felipe Salomão, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* seria inaplicável ao caso, por se tratar de uma análise acerca “da própria existência da cláusula compromissória”¹⁷² vinculando a União, o que seria pretérito à competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre sua jurisdição.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Conflito de Competência nº 151130/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Rel. para acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 27/11/2019, DJe 11/02/2020.

¹⁷² “Isso porque, no caso, há alegação de falta de condição de existência da cláusula compromissória a que se as suscitantas fundamentam sua pretensão e, nesse sentido, novamente rogando as mais respeitosas vênias, a matéria deve ser submetida à deliberação da Jurisdição estatal. [...]

Na hipótese, houve o questionamento por parte da União justamente pela ausência de autorização legal e vagueza na própria cláusula compromissória inserta no Estatuto da Petrobras quanto aos termos de sua abrangência em relação a ela, daí por que entendo que a cláusula compromissória deve ser específica quanto aos limites de sua vinculação. A discussão, portanto, é anterior à própria ideia de efetiva convenção entre as partes, somente a partir do que, de fato, convencionada a cláusula compromissória e instalado o Juízo arbitral, este passa ser o juiz da causa, inclusive para deliberar sobre sua própria competência (aplicação da regra da "competência-competência"). No caso, discute-se a ausência de autorização expressa por parte do ente federado, por meio da qual foi imposto à União, na hipótese, o procedimento arbitral, de maneira prévia, e, ainda, delimitado a determinados litígios. Assim, em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula. [...]

Nesse sentido, a regra kompetenz-kompetenz não resolve o caso em tela, porquanto a discussão envolve a análise pretérita da própria existência da cláusula compromissória, e, nesta linha, a subtração à Jurisdição estatal excepcionalmente uma das garantias fundamentais, que é a inafastabilidade da jurisdição estatal, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, sendo necessário, portanto, adotar interpretação consentânea aos interesses envolvidos no litígio. Por certo, a Lei de Arbitragem não pode apresentar-se como um sistema derogatório de questões de ordem pública; mas, ao contrário, determinadas questões devem ficar reservadas ao juízo estatal, a teor mesmo do que se evidencia no artigo 1º da Lei, ao restringir o âmbito da arbitrabilidade aos direitos patrimoniais disponíveis.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Conflito de Competência nº 151130/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Rel. para acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 27/11/2019, DJe 11/02/2020).

Como era de se esperar, esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em um caso bilionário envolvendo a Administração Pública direta, foi alvo de inúmeras críticas, especialmente considerando a posição de décadas da Corte em sentido diametralmente oposto.

De pronto, é importante relembrar que o art. 8º, parágrafo único, da Lei Brasileira de Arbitragem dispõe expressamente que cabe ao árbitro decidir sobre a “*existência*” de cláusula arbitral, ao contrário do entendimento disposto no referido acórdão de que a análise da existência de cláusula arbitral seria questão pretérita ao *Kompetenz-Kompetenz*. Além disso, o acórdão tampouco distinguiu os motivos pelos quais esse conflito de competência não deveria seguir a posição de que cabe ao Poder Judiciário apenas verificar *prima facie* ilegalidades claras na cláusula arbitral.

Essas críticas também foram bem desenvolvidas por Luiz Eduardo Altenburg de Assis:

“De pronto, nota-se que o acórdão qualifica uma questão pertinente à validade da cláusula compromissória como se fosse um problema de existência do negócio jurídico e ainda se vale dessa qualificação para justificar a competência do Poder Judiciário para decidir sobre o tema. Esse fundamento viola frontalmente o princípio da competência-competência, tal como retratado na literalidade do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Apenas por isso, o julgado já se coloca em rota de colisão com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o afastamento do princípio da competência-competência em circunstâncias excepcionais, de sorte que “o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral”. Esse claramente não é o caso da cláusula compromissória do Estatuto Social da Petrobras, que atende a todos os requisitos do art. 4º da Lei nº 9.307/1996 e que só foi desconsiderada no julgado em exame por aspectos relacionados ao mérito da controvérsia. [...] Ao cabo dessas digressões, nota-se que o acórdão da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 151.130/SP acabou privilegiando uma concepção de nulidade *prima facie* e de arbitrabilidade sem amparo no direito positivo, nem respaldo na jurisprudência da Corte, e que, ademais, tampouco se coaduna com o regime jurídico próprio das empresas estatais.

Mais do que isso, chama atenção que o acórdão sequer explicitou as razões pelas quais os precedentes daquela Corte não seriam aplicáveis à situação examinada, abstendo-se do necessário *distinguishing*. O descompasso jurisprudencial apenas contribui para ao incremento da insegurança jurídica

que ainda permeia a arbitragem com o Poder Público e, especificamente, com empresas estatais.

Na prática, o precedente assenta-se na mesma postura protecionista e complacente do Poder Judiciário para com a Fazenda Pública, que é um dos maiores incentivos para o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de litígios em contratos administrativos e um forte desincentivo ao desenvolvimento de relações comerciais com empresas estatais e ao investimento privado em setores de infraestrutura no Brasil.”¹⁷³

É interessante notar que o voto vencido da Min. Rel. Nancy Andrighi foi exatamente no sentido que a crítica acima reivindica. Como é possível perceber pela ementa do voto vencido, a Min. Relatora atentou-se à histórica aplicação rigorosa do *Kompetenz-Kompetenz* realizada pelo STJ, verificando no caso concreto a ausência de patologia perceptível *prima facie* que ensejasse a aplicação da exceção ao seu efeito negativo:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM. PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO EM PROCEDIMENTO ARBITRAL. ALCANCE DE COMPROMISSO ARBITRAL CONSTANTE NO ESTATUTO DA PETROBRÁS. KOMPETENZ-KOMPETENZ. TRIBUNAL ARBITRAL TEM PRECEDÊNCIA LÓGICA-TEMPORAL NA ANÁLISE DO ALCANCE DE SUA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. EXCEÇÃO. CLÁUSULA “PATOLÓGICA”. AUSÊNCIA.

1. Conflito de competência ajuizado em 02/03/2017 e atribuída a este Gabinete em 03/03/2017.

2. O propósito deste julgamento consiste em determinar qual o órgão competente para apreciar a questão relativa ao alcance da cláusula arbitral contida no Estatuto Social da Petrobras. Em outras palavras, se a União está vinculada a figurar como requerida em procedimento arbitral em razão da mencionada cláusula.

3. Considerando a aplicação do princípio competência-competência no âmbito das arbitragens, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do Poder Judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após, realizar o adequado controle pela via judicial.

4. Há remansosa jurisprudência do STJ no sentido de observar, do modo mais rigoroso possível, a aplicação do princípio competência-competência. Nesse sentido, citem-se: CC 139.519/RJ (Primeira Seção, DJe 10/11/2017), REsp 1550260/RS (Terceira Turma, DJe 20/03/2018), SEC 854/EX (Corte Especial, DJe 07/11/2013), REsp 1597658/SP (Terceira Turma, DJe 10/08/2017), entre outros.

5. A fixação do alcance da cláusula compromissória está incluída no princípio competência-competência, devendo ser conferida preferência lógico-temporal ao tribunal arbitral para a interpretação quanto aos legítimos limites do compromisso arbitral.

¹⁷³ ALTENBURG DE ASSIS, Luiz Eduardo. Arbitrabilidade dos litígios com empresas estatais à luz da jurisprudência do TCU e do STJ. In: LEE, João Bosco; MANGE, Flavia (eds). **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International 2021, Volume XVIII, Issue 71, pp. 59-63.

6. Exceção ao princípio da competência-competência, o Poder Judiciário pode, nos casos em que “prima facie” é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. Nesse sentido: REsp 1602076/SP, Terceira Turma, DJe 30/09/2016; REsp 1278852/MG, Quarta Turma, DJe 19/06/2013.
7. Na hipótese em julgamento, não há ilegalidade “patológica” seja no aspecto subjetivo seja no aspecto objetivo do conflito que se pretende resolver por meio de procedimento arbitral.
8. Conflito de competências conhecido para declarar o Tribunal Arbitral como competente para deliberar sobre o litígio.”¹⁷⁴

Em resumo, a jurisprudência brasileira, encabeçada pelo STJ, prestigia de modo enfático o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, aplicando-o rigidamente em seu efeito positivo e negativo. No entanto, como visto acima, até mesmo o STJ não é uníssono nessa aplicação.

Embora seja possível dizer que o conflito de competência examinado se trata de um raro pronunciamento do STJ contrário ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, isolado em meio a uma firme jurisprudência da Corte em sentido contrário e talvez influenciado (ainda que implicitamente) por ser um caso de repercussão internacional com altas cifras pleiteadas em face da União, não se pode fechar os olhos para essa decisão, especialmente em um país em que a arbitragem teve sua constitucionalidade reconhecida somente em março de 2001¹⁷⁵ e que ainda enfrenta injustificáveis desconfianças do Poder Judiciário.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Conflito de Competência nº 151130/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 27/11/2019, DJe 11/02/2020, voto vencido da Min. Nancy Andrighi.

¹⁷⁵ SOMBRA, Thiago Luís. **A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no anteprojeto de CPC**. Revista de Informações Legislativas, Brasília, ano 48, n.º 190 abr./jun., 2011, 272.

CONCLUSÃO

Como exposto nos capítulos anteriores deste trabalho, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* estabelece que cabe ao Tribunal Arbitral a prerrogativa de decidir sobre sua própria jurisdição, restando ao Poder Judiciário uma análise *a posteriori* do tema, em sede de ação para controle de validade da sentença arbitral proferida.

Positivado em diversos ordenamentos jurídicos em âmbito internacional e na Lei Brasileira de Arbitragem (além da Convenção de Nova Iorque e Lei Modelo da UNCITRAL), *Kompetenz-Kompetenz* desempenha relevante papel no desenvolvimento da arbitragem. Caso contrário, bastaria à parte que pretende retardar a resolução da disputa, ou evitar que ela seja resolvida por arbitragem, instigar o Poder Judiciário a se manifestar sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral, a despeito de uma arbitragem já ter sido eventualmente instaurada ou o Tribunal Arbitral já estar até constituído.

A aplicação do *Kompetenz-Kompetenz* é dividida em dois efeitos: o efeito positivo e o efeito negativo. O efeito positivo permite que o Tribunal Arbitral decida sobre sua própria jurisdição. Sua aplicação goza de ampla aceitação em âmbito internacional. O efeito negativo se volta ao Poder Judiciário, estabelecendo que ele deve se abster de decidir sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral antes que o Tribunal tenha a oportunidade de fazê-lo. Ao contrário do efeito positivo, sua aplicação é consideravelmente divergente em âmbito internacional.

Em suma, alguns ordenamentos jurídicos consideram que o Poder Judiciário deve realizar um exame *prima facie* sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral, limitando-se a verificar nulidades ou vícios manifestamente evidentes na convenção de arbitragem. Por outro lado, outros ordenamentos consideram que o Poder Judiciário deve realizar uma análise profunda da jurisdição do Tribunal Arbitral, sem limitações a vícios manifestos.

Os argumentos em prol da limitação do Poder Judiciário a um exame *prima facie* são diversos. Dentre eles, o exame *prima facie* permite que sejam evitadas manobras protelatórias perante o Poder Judiciário da parte resistente à arbitragem, que se evite a instauração em paralelo de dois processos distintos (um perante o Poder Judiciário e outro perante o Tribunal

Arbitral) discutindo a mesma matéria (qual seja, a competência arbitral), além de proteger o desenvolvimento e eficácia da arbitragem ao dar segurança às partes que um Tribunal Arbitral será composto para analisar as alegações contrárias à sua jurisdição.

Sob outro viés, a defesa da cognição exauriente do Poder Judiciário centra-se na economia gerada pela resolução da questão de uma vez por todas perante o Poder Judiciário quando ele é provocado a se manifestar sobre a matéria. Isso porque, é prejudicial às partes participarem de uma longa e custosa arbitragem para, ao final, a sentença arbitral ser anulada sob o argumento de que o Tribunal Arbitral que a prolatou não possuía competência para julgar a disputa.

Diante disso, este trabalho examinou como a França busca aplicar o efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* em seu sentido mais puro e estrito, limitando a intervenção judicial a uma análise *prima facie* e buscando proteger a competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre sua própria competência.

A Suíça e Inglaterra, ainda que posicionadas no mesmo espectro de países considerados como favoráveis ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, são menos rígidos em sua aplicação.

Na Suíça, a análise realizada pelo Poder Judiciário dependerá da sede da arbitragem. Sendo ela na Suíça, as Cortes devem se limitar a uma verificação *prima facie* da jurisdição do Tribunal Arbitral. Se a sede da arbitragem for em outro país, as Cortes realizarão uma análise profunda sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral. Trata-se de um sistema que tenta buscar o melhor dos dois cenários, resguardando ao Poder Judiciário local a prerrogativa de, pelo menos uma vez, analisar sem limitação a jurisdição do Tribunal Arbitral.

Na Inglaterra, é facultado às partes e ao Tribunal Arbitral delegar ao Poder Judiciário a decisão sobre a jurisdição arbitral, observados os requisitos para tal e sujeito à concordância da Corte Estatal. É um sistema mais flexível, que privilegia, até certo ponto, a vontade das partes acerca da aplicação do *Kompetenz-Kompetenz*.

Movendo o pêndulo para o outro lado, a Alemanha e os Estados Unidos são considerados países hostis ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*. Em ambos, o Poder Judiciário local entende que, na maioria dos casos, cabe a ele decidir de modo profundo acerca da competência do Tribunal Arbitral, sem restrições a uma análise *prima facie*.

Dentro desse tabuleiro, as Cortes brasileiras se assemelham mais ao posicionamento francês. Liderada pela consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no assunto, a jurisprudência brasileira é firme ao reconhecer a competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre sua competência. No que tange ao efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, entende-se que o Poder Judiciário deve se limitar a uma análise *prima facie*, declarando incompetente o Tribunal Arbitral apenas nos casos de cláusulas arbitrais patológicas, claramente ilegais.

Não obstante a robusta jurisprudência nacional sobre o assunto, ainda é possível encontrar julgados paradigmáticos em que o Poder Judiciário brasileiro extrapolou o seu próprio entendimento. Neste trabalho, foi analisado um conflito de competência envolvendo uma arbitragem bilionária instaurada em face da União e a Petrobrás, em que a Segunda Seção do STJ desconsiderou o entendimento consistente da Corte e deixou de seguir o critério de um controle tão somente *prima facie*, examinando a fundo a alegada inexistência de cláusula arbitral envolvendo a União para decidir pela competência do Juízo Federal.

Existem argumentos válidos para defesa tanto da análise *prima facie* quanto da análise profunda da jurisdição do Tribunal Arbitral pelo Poder Judiciário, mas essa problemática há de ser analisada à luz da realidade brasileira.

Países como os Estados Unidos e Alemanha, conquanto admitam um Poder Judiciário intervencionista na arbitragem e limitem a aplicação do efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz*, possuem uma tradição jurídica de respeito e incentivo à arbitragem muito anterior dela ser considerada constitucional no Brasil. Nesses países, há uma maior confiança dos operadores locais do direito acerca da qualificação de suas Cortes nacionais para julgamento de questões relacionadas à arbitragem.

No Brasil o cenário é, infelizmente, diverso. São frequentes as vezes em que estudiosos da arbitragem se deparam com decisões judiciais desconsiderando os aspectos mais básicos do funcionamento da arbitragem. Seja por um atrasado desconhecimento ou uma injustificável desconfiança, o Poder Judiciário brasileiro ainda é incipiente em decidir de forma técnica e consistente sobre aspectos relacionados à arbitragem.

Não por acaso, o Superior Tribunal de Justiça vem há anos desempenhando relevantíssimo papel no desenvolvimento da arbitragem enquanto meio eficaz de resolução de disputas em solo nacional. Com variados julgados dignos de aplausos pela doutrina especializada, o STJ dita as regras que os tribunais inferiores devem seguir em relação à arbitragem. O entendimento da Corte Superior privilegiando o efeito negativo do *Kompetenz-Kompetenz* é um relevante exemplo. Fosse ele em sentido oposto, provavelmente seriam ainda mais frequentes as decisões judiciais julgando, a bel prazer, se o Tribunal Arbitral possui jurisdição ou não, em inobservância à posituação do *Kompetenz-Kompetenz* na Lei Brasileira de Arbitragem.

Sendo assim, a despeito de eventuais (e espera-se, pontuais) desvios no caminho que a jurisprudência brasileira tenta seguir, parece que limitar a atuação do Poder Judiciário a um exame *prima facie* é postura mais adequada para a realidade da arbitragem no Brasil.

O debate sobre as vantagens e desvantagens dessa posição, especialmente à luz do direito comparado, será sempre saudável, mas é preciso reconhecer que a arbitragem no Brasil ainda está em pleno amadurecimento, e cabe ao Poder Judiciário adotar posições que contribuam para o progresso desse meio adequado de resolução de disputas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, Andre; LEVY, Daniel de Andrade et al. **The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide**. Kluwer Law International, 2019.

ALTENBURG DE ASSIS, Luiz Eduardo. Arbitrabilidade dos litígios com empresas estatais à luz da jurisprudência do TCU e do STJ. *In*: LEE, João Bosco; MANGE, Flavia (eds). **Revista Brasileira de Arbitragem**. Kluwer Law International 2021, Volume XVIII, Issue 71, pp. 39-64.

ARAÚJO, Nadia de. **O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 27, 2010.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo**. Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. Kluwer Law International, 2015, Volume XII, Issue 48.

BERGER, Klaus Peter. **Understanding International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration (Third Edition)**. Kluwer Law International, 2021.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 05/01/2022.

_____. Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002 (Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em 05/01/2022.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 05/01/2022.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em 05/01/2022.

_____. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Dispõe sobre a arbitragem). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 05/01/2022.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 05/01/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Publicações Institucionais, Jurisprudência em Teses, n. 122, da arbitragem. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11369/11498>. Acesso em 25.12.2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (decisão monocrática), Medida Cautelar nº 14295/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09/06/2008, DJe 13/06/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Conflito de Competência nº 146939/PA. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, j. 23/11/2016, DJe 30/11/2016

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Conflito de Competência nº 151130/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 27/11/2019, DJe 11/02/2020

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1602076/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 15/09/2016, DJe 30/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1602696/PI, Rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, j. 09/08/2016, DJe 23/09/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1699855/RS. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, j. 01/06/2021, DJe 08/06/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp nº 1845737/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 20/02/2020, DJe 26/02/2020

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp nº 1278852/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, j. 21/05/2013, DJe 19/06/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação Cível nº 1004882-52.2018.8.26.0100. Rel. Des. Grava Brazil. São Paulo, j. 27/08/2019, DJe 29/08/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Apelação Cível nº 1130381-12.2019.8.26.0100. Rel. Des. Ricardo Negrão. São Paulo, j. 29/06/2021, DJe 30/06/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 0054804-83.2018.8.19.0000, Rel. Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva. Rio de Janeiro, j. 19/06/2019, DJe 25/06/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (20ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 0030263-80.2018.8.19.0001, Rel. Des. Mônica de Faria Sardas. Rio de Janeiro, j. 03/04/2019, DJe 05/04/2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem [livro eletrônico]: mediação: conciliação: tribunal multiportas**. 7ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. **20 anos da Lei de Arbitragem: passado, presente e futuro**. Cadernos FGV Projetos. Abril/Maio 2017, Ano 12, n.º 30.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. **O Efeito Negativo da Competência-Competência**. Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. Kluwer Law International, 2009, Volume VI, Issue 24.

GIRSBERGER, Daniel; VOSER, Nathalie. **International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Fourth Edition)**. Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2021

HOLTZMANN, Howard M.; NEUHAUS, Joseph. **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**. Kluwer Law International, 1989.

INTERNACIONAL. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985, with amendments as adopted in 2006). Vienna, 2008. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em 05/01/2022.

LAMAS, Natália Mizrahi. **Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem**. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem** [livro eletrônico]. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial : aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios [livro eletrônico]**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEW, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan Michael. **Comparative International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2003.

PARK, William W. **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**. Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper No. 17-33. 13 ICCA Congress Series 55, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2007.

PAULSSON, Marike R.P. **The 1958 New York Convention in Action**. Kluwer International Law, 2016, p. 1.

PITOMBO, Eleonora C.; ANCEL, Bertrand. **Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil**. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; e MARTINS, Pedro Batista (coord.). **Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOMBRA, Thiago Luís. **A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no anteprojeto de CPC**. Revista de Informações Legislativas, Brasília, ano 48, n.º 190 abr./jun., 2011, 272

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. **Convenção de arbitragem**. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de arbitragem [livro eletrônico]**. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

TALAMINI, Eduardo. Nota sobre o conflito de competência entre árbitro e juiz estatal. In: LEE, João Bosco; MANGE, Flavia (eds). **Revista Brasileira de Arbitragem**. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. Kluwer Law International 2018, Volume XV, Issue 60, pp. 36-43.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, **United Nations Commission on International Trade Law**. Disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration. Acesso em 23/11/2021.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. **The principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 15, 2007.