

## INTRODUÇÃO

A arbitragem se encontra prevista em leis e convenções internacionais, a exemplo da Convenção de Nova Iorque, de 1958, Convenção do Panamá, de 1975, e da Lei modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional, de 1985, estando regulada, no Brasil, pela Lei nº 9.307/96, também conhecida por Lei Marco Maciel.

Inicialmente, antes da promulgação da atual Lei de Arbitragem, a utilização do instituto era bastante restrita, devido a dois motivos principais: (i) exigia-se a presença de compromisso arbitral para que restasse afastada a solução judicial do conflito e (ii) a decisão arbitral carecia da homologação do Judiciário para que produzisse os mesmos efeitos da sentença judicial.

Esses dois fatores tornavam a arbitragem absolutamente desinteressante, não só porque inexistia qualquer meio de forçar a parte recalcitrante a submeter a controvérsia à arbitragem, diante de uma cláusula compromissória, mas sobretudo porque a necessidade de homologação do laudo pelo Judiciário era incompatível com os anseios dos contratantes de ver o litígio afastado do crivo estatal.

Entretanto, com o advento da Lei Marco Maciel, que alterou o inciso VII, do art. 267, do Código de Processo Civil, substituindo a expressão “compromisso arbitral” por “convenção de arbitragem”, a cláusula compromissória passou a ser obrigatória e vinculante, e a sentença arbitral foi equiparada à judicial, de modo que esse quadro de desinteresse foi aos poucos sendo revertido no país.

Com efeito, a utilização da arbitragem é crescente no Brasil, tanto por ter se revelado um meio rápido e eficaz de solucionar conflitos, mas, sobretudo, em razão da crise que assola o Poder Judiciário, que já não tem capacidade promover a pacificação social de maneira justa, eficaz e em tempo razoável.

Saliente-se que o CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem divulgou resultado de pesquisa que demonstra crescimento de 45% (quarenta e cinco por cento) na utilização da arbitragem no Brasil, do período de 1996 a 2006.

Além disso, estatísticas divulgadas pela Câmara de Comercio Internacional - CCI revelam crescimento extraordinário do número de arbitragens envolvendo partes brasileiras, tanto que no ano de 2006 o Brasil figurava como o 4º país do mundo com mais partes envolvidas na CCI e o 1º lugar na América Latina.

Conquanto a arbitragem seja mais discutida e estudada no âmbito do direito internacional, neste trabalho, opta-se por delimitar sua análise ao direito brasileiro, tendo em vista sua crescente utilização no Brasil e, por conseguinte, o número cada vez maior de processos judiciais que tratam do assunto.

A presente dissertação volta-se ao estudo do princípio da competência-competência no direito brasileiro, isto é, à análise de como as normas arbitrais em vigor e a jurisprudência têm interpretado e aplicado a regra que determina ser dos árbitros a prerrogativa para o exame da regularidade de seus próprios poderes, prevista no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem.

Busca examinar a forma como as leis e a jurisprudência brasileira regulamentam possíveis questionamentos acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem levantados pelas partes em juízo, com o fito de verificar se o princípio tem sido efetivamente aplicado e respeitado.

O princípio competência-competência é de fundamental importância para o desenvolvimento da arbitragem, já que sem ele qualquer discussão sobre a validade da cláusula compromissória acarretaria a suspensão do procedimento arbitral até posterior decisão do Judiciário.

Sem este princípio, a arbitragem certamente perderia um de seus maiores atrativos, que é a celeridade, já que a competência-competência afasta a utilização de manobras protelatórias das partes e garante a instauração do procedimento, não obstante a existência de dúvidas acerca da higidez da convenção arbitral.

A regra da competência-competência, portanto, além de conferir eficácia à arbitragem, garante o acesso das partes ao juízo arbitral, preservando assim a boa-fé objetiva e o equilíbrio dos contratos.

Muito embora seja um preceito do direito arbitral, tem como destinatário o Judiciário, vez que são juízes togados que deverão aplicar o princípio e garantir que os árbitros tenham a oportunidade de analisar, em primeiro lugar, a regularidade de seus próprios poderes.

O presente trabalho busca, assim, examinar a forma como as leis vigentes e a jurisprudência tratam do princípio da competência-competência, principalmente no que diz respeito ao momento em que o Judiciário deve intervir.

No primeiro capítulo, analisa-se o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, as vantagens e desvantagens do instituto, sua natureza jurídica, as inovações trazidas pela Lei nº 9.307/96, os princípios relacionados ao direito arbitral e a importância da convenção de arbitragem para compreensão da regra competência-competência.

Traz, ainda, um breve estudo acerca da constitucionalidade do instituto, muito discutida na doutrina, mas que hoje já se encontra superada, com o reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 pelo STF, em 2001.

Em seguida, examina-se o princípio da competência-competência e suas origens, finalidade, fundamentos, o efeito positivo e negativo desse princípio, a sua relação com o princípio da autonomia da cláusula compromissória e os modelos de regulação desse preceito no plano internacional.

No terceiro capítulo, verifica-se a forma como as leis brasileiras tratam do princípio da competência-competência, a constitucionalidade desta norma, a importância dessa regra como garantia de acesso ao juízo arbitral, o modelo de regulação do princípio no Brasil e a possibilidade de sua relativização.

Por fim, analisa-se o resultado de uma pesquisa de jurisprudência feita nos tribunais de segunda instância do país, com o fito de verificar se o Judiciário tem respeitado a prerrogativa conferida aos árbitros para a análise de sua própria competência.

Para realização dessa pesquisa de jurisprudência restaram pré-estabelecidos determinados critérios de investigação, que foram fielmente reproduzidos em cada tribunal, na busca de julgados que tratem direta ou indiretamente do princípio da competência-competência, não tendo

sido localizada nenhuma decisão em Tribunais Regionais Federais nem em Tribunais de Justiça da região Norte.

Os acórdãos identificados são provenientes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados, estando a maioria concentrada na Região Sul e Sudeste, tendo sido localizada apenas uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco e uma pelo Tribunal de Justiça do Ceará.

As decisões de primeira instância, apesar de numerosas, não fazem parte do universo da pesquisa, tampouco decisões proferidas no âmbito da jurisdição trabalhista, sendo certo que somente os julgados proferidos pelos tribunais estaduais e superiores, sejam eles decisões monocráticas, liminares ou acórdãos, é que integram o presente trabalho.

A pesquisa realizada, no entanto, não tem a pretensão de esgotar de forma absoluta a matéria, já que não se pode descartar a existência de outros julgados sobre o assunto que fugiram à pesquisa porque não apresentam no bojo da ementa nenhum desses critérios previamente estabelecidos, que orientaram a busca realizada.

Em sendo assim, a finalidade da investigação é verificar o posicionamento da jurisprudência brasileira, quando o assunto é o princípio da competência-competência, para saber se o seu entendimento se encontra em harmonia com o da doutrina e de acordo com as leis nacionais em vigor.

## CAPÍTULO 1 – A ARBITRAGEM NO BRASIL

### 1.1. Da caracterização do instituto da arbitragem

A arbitragem é prática alternativa e extrajudicial de resolução de controvérsias, atuais ou futuras, fundada no consenso, por meio da qual as partes confiam a um árbitro (ou árbitros) o julgamento de conflitos oriundos de determinado contrato, constituindo a decisão final título executivo judicial.

O consenso reflete a intenção das partes de adotar a arbitragem para solucionar os conflitos que possam surgir de determinada relação jurídica ou negócio jurídico, sendo vedada a instituição compulsória da arbitragem.<sup>1</sup>

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva a distancia da mediação e da conciliação.<sup>2</sup>

A mediação é um meio de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador, expõem o problema, dialogam construtivamente e procuram, eventualmente, firmar um acordo.<sup>3</sup>

A conciliação, por sua vez, é um modelo de mediação, tendo como foco o acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais em que não prevalece o interesse comum em manter um relacionamento, mas apenas o objetivo de equacionar interesses materiais.<sup>4</sup>

A arbitragem difere da mediação e da conciliação, dentre outras razões, porque nestes, os litígios entre as partes não são resolvidos por terceiros, mas pela vontade comum dos litigantes,

---

<sup>1</sup> MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. Disponível em <<http://www.batistamartins.com/artigos/arbcapcon.htm>>. Acesso em 12.11.2009.

<sup>2</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 51.

<sup>3</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos*. São Paulo: Método, 2008, p. 36.

<sup>4</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. op. cit., p. 38.

com a assistência de um mediador ou conciliador, que auxiliam as partes a alcançar uma solução consensual.

Esclareça-se que, na autocomposição, os particulares solucionam suas controvérsias independentemente da participação de outrem. Já na heterocomposição, as partes dependem de um terceiro, que irá participar da negociação, induzindo e incentivando uma resolução amigável, como ocorre na mediação e conciliação, e impondo uma solução para o conflito, no caso da arbitragem.<sup>5</sup>

A arbitragem, portanto, é meio heterocompositivo de resolução de controvérsias, uma vez que as partes elegem um terceiro (ou terceiros), que irá impor uma solução para o conflito, cujos efeitos correspondem ao de um título executivo judicial.

Há que se distinguir, ainda, a arbitragem, do arbitramento e da arbitrabilidade. O arbitramento estava previsto no art. 606 do Código de Processo Civil (revogado pela Lei 11.232/2005) e constituía procedimento utilizado para a liquidação de sentença, ao passo que a arbitrabilidade corresponde aos requisitos objetivos e subjetivos para submissão de um conflito à arbitragem.

A arbitrabilidade subjetiva refere-se aos aspectos da capacidade da parte para poder se submeter à arbitragem. A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, faz referência ao objeto da matéria a ser submetida à arbitragem, isto, é somente questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis.<sup>6</sup>

A arbitragem se caracteriza por ser capaz de permitir verdadeira solução da controvérsia, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar,<sup>7</sup> basta observar que o litígio é um fenômeno sociológico, consistente em uma pretensão resistida, que não obstante a prolação de uma sentença judicial permanece íntegra entre os litigantes.

---

<sup>5</sup> BARROSO, Fábio Túlio. Mediação e arbitragem como instrumentos para privatização da jurisdição. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1422](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1422)>. Acesso em 10.03.2010.

<sup>6</sup> LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? In. ALMEIDA GUILHERME. Luiz Fernando do Vale de (Coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza, 2004, p. 367.

<sup>7</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n.º 9.307/96*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 10.

No âmbito da arbitragem, contudo, as partes são compelidas a chegar num consenso antes mesmo do início do procedimento, seja para a escolha dos árbitros, seja para decidir as regras e os princípios que irão reger a arbitragem, o que facilita o alcance da real composição do conflito.

Após a instauração da arbitragem, mas ainda no início do procedimento, cabe ao árbitro ou ao tribunal arbitral tentar a conciliação entre as partes, nos termos do art. 21, §4º, da Lei nº 9.307/96,<sup>8</sup> sendo certo que tal como ocorre no processo civil, a conciliação entre os litigantes também é estimulada ao longo de todo do procedimento arbitral.

É um instrumento de pacificação social, à medida que acompanha os anseios da sociedade globalizada e atua de forma eficaz na resolução de conflitos surgidos não só entre empresas de diferentes países, mas até mesmo entre países.

Com efeito, a arbitragem também pode ser concebida como uma forma paraestatal de composição de controvérsias, pois se desenvolve sob os auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada à particular, cujas decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal.<sup>9</sup>

O ponto fundamental da arbitragem é que ela afasta a jurisdição estatal, já que a decisão proferida pelos árbitros, ao menos em seu conteúdo, não pode ser objeto de revisão pelos juízes togados, que ficam adstritos ao reexame de aspectos formais e procedimentais da decisão arbitral.

Todavia, o Judiciário também poderá ser chamado a intervir na arbitragem, nas hipóteses em que houver resistência de uma das partes ou de terceiros, ao cumprimento das determinações dos árbitros (como na condução de testemunhas, na implementação de medidas cautelares, na execução de sentença arbitral), visto que estes não dispõem do poder de coerção, inerente unicamente ao Estado.

---

<sup>8</sup> Art. 21 - A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. §4º - Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 desta Lei.

<sup>9</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, 2ª. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 123.

Isso porque, embora sejam os árbitros titulares da *jurisdictio*, são despidos do poder de império, de modo que não têm o poder de ordenar a execução das decisões que tomam, devendo sempre buscar o auxílio do Judiciário quando for necessário o uso da força.

Pode-se, dessa forma, ressaltar três elementos essenciais da arbitragem: a escolha dos árbitros pelas partes, o objeto da arbitragem, que só poderá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, e os efeitos jurídicos produzidos pela sentença arbitral, que são idênticos ao da sentença judicial.<sup>10</sup>

## 1.2. Contextualização histórica: a arbitragem no Brasil

O instituto da arbitragem está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a época em que o país estava submetido à colonização portuguesa, tanto que o referido instituto consta das Ordenações Filipinas. “Nessas ordenações, ao lado das Manuelinas e das Afonsinas, havia inclusão de disposições sobre o juízo arbitral, regulamentado em sua forma obrigatória”.<sup>11</sup>

Posteriormente, foi a arbitragem regulada pela Constituição de 1824 que, em seu artigo 160, facultava às partes nomear juízes-árbitros, nas ações cíveis e nas penais civilmente intentadas, devendo ser as sentenças executadas sem recurso, desde que as partes assim convencionassem.

Ainda no século XIX, no âmbito infraconstitucional, foi editada a Resolução de 26 de julho de 1831, regulando a arbitragem de questões relativas a seguro, em seguida, a Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837, que veio regular os conflitos relativos à locação de serviços e, por fim, ainda foi promulgado o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que trazia em seu bojo

---

<sup>10</sup> Sobre o assunto ver, ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 23-24.

<sup>11</sup> MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p.13.

a previsão de arbitragem obrigatória para as causas comerciais e, na modalidade facultativa, para os demais assuntos.<sup>12</sup>

Após a Constituição de 1824, somente a Carta de 1934 voltou a prever a arbitragem, assegurando à União competência para legislar sobre as regras disciplinadoras do referido instituto, uma vez que as Constituições subseqüentes, de 1937, 1946 e 1967, tampouco fizeram referência ao instituto.

A atual Carta Magna, de 1988, prevê expressamente a arbitragem, não só no §9º, inciso VII, do art. 4º, ao determinar que o país, nas relações internacionais, deve basear-se nos métodos pacíficos de resolução de conflitos, mas também no §1º do art. 113, ao preconizar sua utilização na negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores.

Não bastasse isso, a Constituição deixa claro em seu preâmbulo, estar comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, de modo a assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e da justiça, como valores supremos.<sup>13</sup>

Além de previsão expressa na Constituição Federal, ainda no século XX, a arbitragem também esteve presente em leis materiais e processuais, tais como no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1939 e de 1973.

A arbitragem foi adotada, em sua modalidade facultativa, pelos Códigos de Processo Civil Brasileiro de 1939 e 1973, permitindo a submissão dos litígios à resolução pelos árbitros, mediante a instituição do uso da arbitragem em cláusula compromissória e a obediência a determinados requisitos.<sup>14</sup>

Com efeito, não tardou muito para o Governo Federal perceber o atraso da nossa legislação nacional em relação à dos demais países, inclusive sul-americanos,<sup>15</sup> para que surgisse

---

<sup>12</sup> Nesse sentido verificar, CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>13</sup> MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: *Arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 44

<sup>14</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênese, ano IV, n.14, out/dez. 1999, p. 707.

<sup>15</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23.

no Congresso, em 1981, o primeiro anteprojeto de lei específica, destinada a regulamentar o instituto da arbitragem no Brasil.

No entanto, por nunca ter sido levado à votação no Congresso, o referido anteprojeto foi abandonado, tendo havido nos anos subseqüentes, em 1986 e em 1988, ainda mais duas tentativas frustradas do Governo de se editar uma Lei de Arbitragem no país.

Somente com a iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, é que foi lançada a *Operação Arbiter*, com o intuito de se fazer discutir o instituto abandonado, a fim de elaborar projeto de lei que unisse experiência prática e conhecimentos científicos.<sup>16</sup>

A chamada *Operação Arbiter* alcançou enorme sucesso, tanto que logrou êxito em congregar diversos organismos, tais como a ACSP - Associação Comercial de São Paulo, o IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual, a FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, professores universitários e escritórios de advocacia, dentre outros, todos unidos com o objetivo de elaborar novo anteprojeto de lei.

Posteriormente, foi formada uma comissão relatora,<sup>17</sup> cujos membros foram responsáveis pela elaboração do anteprojeto de lei, que tem como subsídio a legislação espanhola (de 1988), a Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial da UNCITRAL,<sup>18</sup> as disposições da Convenção de Nova Iorque de 1958 e as da Convenção do Panamá, de 1975.<sup>19</sup>

Todavia, embora tenha sido o projeto de lei apresentado no Senado em 1992, apenas em 1996 é que a Lei 9.037, também conhecida por Lei Marco Maciel, por ter o ex-senador e Vice-Presidente da República como patrono, foi promulgada no Brasil.

---

<sup>16</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 27.

<sup>17</sup> A comissão relatora do projeto era formada por Carlos Alberto Carmona, Selma Maria Ferreira Lemes e Pedro Antônio Batista Martins.

<sup>18</sup> UNCITRAL – *The United Nations Commission on International Trade Law*. Tradução livre: Comissão das Nações Unidas em Direito Comercial Internacional.

<sup>19</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 29.

### 1.3. Natureza jurídica da arbitragem

A natureza jurídica da arbitragem é um assunto em relação ao qual ainda não há consenso doutrinário, existindo posicionamentos diversos sobre o assunto, a exemplo da corrente privatista (ou contratual), da corrente publicista, da jurisdicional e da híbrida (ou mista).

A corrente privatista ou contratual,<sup>20</sup> enxerga o instituto da arbitragem como uma matéria exclusivamente de direito privado, de natureza contratual, com base tanto no fato de não possuírem os árbitros poder de coerção, como também na suposta necessidade de chancela do laudo arbitral pelo Judiciário para sua validade e eficácia.

Segundo essa corrente, a arbitragem tem natureza puramente contratual, já que emana da convenção de arbitragem, por meio da qual as partes acordam em submeter a resolução de litígios a terceiros, particulares, outorgando-lhes poderes necessários para tanto. Os árbitros atuam como mandatários das partes e suas decisões nada mais são do que a manifestação de vontade delas, assemelhando-se a um contrato que põe fim a um conflito.

Baseia-se, ainda, na ausência de coatividade da sentença arbitral, necessitando da presença do poder estatal para que possa ser executada a sentença e dando prevalência à verdade “*jurisdiction sine coercionem nulla est*”.<sup>21</sup>

A corrente privatista ou contratual, portanto, firma-se na falta do poder de império dos árbitros; na impossibilidade de se exercer coerção sobre particulares para o cumprimento forçado de determinada conduta. Parte do princípio de que não há jurisdição sem coerção; que a noção de jurisdição envolve necessariamente o poder de julgar e de impor condutas.

Destarte, de acordo com essa corrente privatista, por não possuírem os árbitros o *ius imperium*, também não seria possível afirmar que desempenham função jurisdicional, já que lhes estaria faltando um de seus elementos constitutivos.

---

<sup>20</sup> A respeito da temática verificar, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas (sp): Bookseller, 1.ed., 1998, p. 80. Chiovenda não admitia a jurisdicionalidade da arbitragem. Esclareça-se, por oportuno, que até hoje, na Itália, o laudo arbitral necessita da homologação do Judiciário para se tornar exequível.

<sup>21</sup> MUNIZ, Tânia Lobo. *A arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 47.

Ocorre que, os argumentos acima são prontamente rechaçados quando se atenta para a necessidade de se distinguir o poder jurisdicional do poder de império, por ser possível dispor de jurisdição, embora sem coerção.<sup>22</sup>

Ademais, o restante dos argumentos da corrente privatista caiu por terra quando da entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, já que a sentença arbitral passou a ter os mesmos efeitos da judicial,<sup>23</sup> seja porque passou a dispensar homologação das cortes estatais, seja porque consta das normas vigentes, de forma expressa, que constitui título executivo judicial.

Já a corrente jurisdicional, tem como maior expoente Carreira Alvim, defendendo que “a verdadeira natureza jurídica da arbitragem é, entre nós, de cunho jurisdicional, possuindo a sentença arbitral a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial.”<sup>24</sup>

Essa corrente leva em consideração, não só a atividade desenvolvida pelo árbitro como critério para determinação da natureza jurídica da arbitragem, visto que os árbitros julgam de forma definitiva os conflitos que lhe são submetidos, mas, sobretudo, o fato de produzir a sentença arbitral os mesmos efeitos que a judicial, por também constituir título executivo judicial e fazer coisa julgada material.

Esse é também o entendimento de Andrew Tweedale e Keren Tewedale:

O árbitro, assim como os juízes togados, retira o seu poder e autoridade das leis locais; por essa razão, o papel do árbitro é como o do juiz [...] a única diferença é que este obtém a sua nomeação e autoridade diretamente da soberania, enquanto a autoridade daquele deriva da soberania, mas a sua nomeação advém das partes.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Sobre o assunto ver, VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 48-50.

<sup>23</sup> Lei de Arbitragem, artigo 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”.

<sup>24</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. op. cit., p. 46.

<sup>25</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Louklas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. London: Kluwer Law International, 2003, p. 75. Tradução livre: The arbitrator, like the judge, draws his power and authority from the local law; hence the arbitrator is considered to closely resemble a judge [...] The only difference between a judge and arbitrator is that the former derives his nomination and authority directly from the sovereign, whilst the latter derives his authority from the sovereign but his nomination is a matter for the parties.

“O juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão”.<sup>26</sup>

Há ainda quem diga que a arbitragem é um equivalente funcional do Judiciário, já que produz os mesmos efeitos que este, circunstância que atesta ser a arbitragem forma de exercício da jurisdição.<sup>27</sup>

Assim, parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição,<sup>28</sup> na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição).<sup>29</sup>

Carnelutti sustentava que a função exercida pelo árbitro era jurisdicional, embora a decisão arbitral necessitasse de homologação judicial. Defendia, por outro lado, que o árbitro não desempenhava função processual e que a arbitragem não detinha caráter público.<sup>30</sup>

Observe-se, portanto, que a corrente majoritária considera a arbitragem atividade jurisdicional, por exercerem os árbitros função pacificadora de interesse social do Estado, a exemplo dos juízes togados, e também porque põem fim às controvérsias de forma definitiva, sem a intervenção do Judiciário no mérito da questão.

Nada obstante, é válido expor aqui as críticas concernentes às aludidas teorias, de acordo com o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

A outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional. A jurisdição não pode ser caracterizada a partir da “pacificação social”. Isso não apenas porque a pacificação social não decorre necessariamente de uma decisão justa, mas também porque inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social e que ninguém jamais ousou qualificá-las como jurisdicionais somente por esse

<sup>26</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit., p. 157.

<sup>27</sup> ROCHA, José de Albuquerque. op. cit., p. 15.

<sup>28</sup> Sobre a temática verificar, BARROSO, Fábio Túlio. op.cit. “Entendida a jurisdição como o poder que o Estado tem de dizer o direito, de solucionar por um órgão especializado os litígios (uma de suas acepções), ao possibilitar ou delegar este poder-dever, por conseguinte e inegavelmente, privatiza a jurisdição, levando-se em conta a atual *lex mercatoria*”.

<sup>29</sup> Ver também, CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 20.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Campinas (sp): Servanda, 1999, p. 116.

motivo. Não há qualquer motivo para equiparar a jurisdição com a atividade do árbitro. Na verdade, tal equiparação somente é forçada para permitir a conclusão de que a lei de arbitragem é constitucional. Não há como esquecer que a jurisdição é marcada pelos princípios da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural.<sup>31</sup>

Segundo Marinoni, portanto, não é porque a arbitragem é encarregada de pôr fim à controvérsias que pode ser considerada atividade jurisdicional. Sob sua ótica, jurisdição é uma manifestação do poder estatal, indelegável e indivisível, pelo que não poderia o procedimento arbitral ser enquadrado com tanto.<sup>32</sup>

Além das teorias privatistas e jurisdicionais, importante trazer à baila o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara, detentor de um entendimento distinto dos expostos até então:

Em primeiro lugar, deve-se afirmar que, a meu juízo, a função exercida pelos árbitros é pública, por ser função de pacificação de conflitos, de nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais. De outro lado, parece inegável que a arbitragem se inicia por ato de direito privado, qual seja, a convenção de arbitragem. Não se pode, porém, confundir a convenção de arbitragem, ato que institui o procedimento arbitral, com a arbitragem em si. É a natureza desta, e não daquele, que se busca, e tal natureza é, a meu juízo, a de função pública. Pública, mas não estatal, e – por conseguinte – não se poderia considerar que tal função é jurisdicional.<sup>33</sup>

Tem-se, dessa forma, mais uma corrente, que tanto refuta o caráter contratual da arbitragem, como também desconsidera a natureza jurisdicional do instituto, limitando-se a afirmar que se trata do exercício de função pública, despida de caráter jurisdicional.

Outro partidário desse posicionamento é Athos Gusmão Carneiro, que não admite a natureza jurisdicional da arbitragem, embora reconheça o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social.<sup>34</sup>

Por fim, é preciso destacar posicionamento conhecido como híbrido ou misto, cujos preceitos rezam que a arbitragem nasce de um negócio jurídico de natureza privada, mas tem

---

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição. In: *Revista Jurídica*. Editora nota dez. v.56, n. 373, nov, 2008, p. 19 *et. seq.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 19 *et. seq.*

<sup>33</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei 9.307/96*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 12.

<sup>34</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 41.

como resultado um ato que produz efeitos definitivos e que pode ser executado perante o Judiciário, sendo, por conseguinte, revestido de natureza jurisdicional.

Sobre o assunto, insta destacar o entendimento de Luiz Olavo Baptista e José Carlos de Magalhães ao se pronunciarem sobre a teoria privatista e a jurisdicional:

As duas posições, contudo, são extremadas e podem ser conciliadas. A arbitragem possui base contratual, que é o compromisso, de características estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que instituiu. Mas o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seu fundamento e seus limites, mas seus efeitos decorrem da Lei e não da vontade das partes. Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também, jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios.<sup>35</sup>

Vê-se, portanto, que esse posicionamento busca conciliar os preceitos das correntes privatistas e jurisdicionais ao admitir a natureza contratual na primeira fase da arbitragem, ou seja, quando do estabelecimento da convenção arbitral, bem como ao reconhecer a natureza jurisdicional na segunda fase, quando da prolação da sentença arbitral e resolução definitiva do litígio, com a formação de título executivo judicial e o conseqüente efeito de coisa julgada material.

Se hoje não se mostra aceitável recusar o caráter jurisdicional à sentença obtida por meio da arbitragem, não se pode, porém, deixar de ressaltar sua fonte, remota, mas relevante, no negócio privado livremente estabelecido entre os litigantes, e sem o qual a jurisdição do árbitro sequer existiria.<sup>36</sup>

Apesar de supostamente antagônicas, a teoria jurisdicional e a contratual podem ser conciliadas. Arbitragem precisa e depende de elementos tanto jurisdicionais quanto do ponto de vista contratual; contém elementos do direito público e privado; contém características processuais e contratuais.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 20-21.

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral*. In: Revista de Direito Bancário, de Mercado de Capitais e da Arbitragem. v.4., n.14, out-dez, 2001, p.372.

<sup>37</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Louklas A.; KROLL, Stefan M., op. cit., p. 79. Tradução livre: In spite of their apparent diametrically opposing views, the jurisdictional and contractual theories can be reconciled. *Arbitration*

A teoria híbrida admite os traços de contratualidade na formação da convenção arbitral, bem como reconhece o indiscutível caráter jurisdicional das decisões proferidas pelos árbitros, procurando a síntese de ambos.<sup>38</sup>

É preciso reconhecer que a arbitragem, de fato, tem fundamento no direito privado, vez que nasce de um acordo realizado entre as partes que, com amparo na liberdade e na autonomia da vontade, decidem submeter à particulares a resolução de suas controvérsias.

Ao mesmo tempo, não há como negar o seu caráter jurisdicional, consistente na possibilidade de se executar judicialmente a sentença proferida pelos árbitros, sem que seja possível ao juiz estatal rever o mérito da decisão arbitral.

Se por um lado a decisão arbitral tem efeitos de caráter público, por constituir título executivo judicial e fazer coisa julgada material, por outro, não há como olvidar a natureza privada do órgão decisor, formado por árbitros remunerados e escolhidos pelas partes.

Trata-se de instituto com duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional. Pelo contrato as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, sujeita, no entanto, a princípios de ordem pública, como os da independência, da imparcialidade, do livre convencimento do árbitro, do contraditório e da igualdade.<sup>39</sup>

**Considera**-se, assim, que a natureza jurídica arbitragem é mesmo híbrida. O caráter jurisdicional advém da natureza da decisão exarada pelos árbitros, que não pode ser modificada em seu conteúdo pelos juízes togados, por constituir verdadeiro título executivo judicial. Já sua natureza privada deriva do fato de que na arbitragem a controvérsia é resolvida por particulares, cuja investidura resulta de um contrato firmado entre as partes, com o respaldo na autonomia da vontade.

---

requires and depends upon elements from both jurisdictional and contractual viewpoints; it contains elements of both private and public law; it has procedural and contractual features.

<sup>38</sup> VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 44.

<sup>39</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. op. cit., p. 39.

#### 1.4. Vantagens e desvantagens na adoção da arbitragem

Os maiores atrativos da arbitragem são fruto da ampla autonomia da vontade conferida aos contratantes, como por exemplo, a liberdade que têm as partes não só de escolher os árbitros, mas também de estabelecer as regras e normas aplicáveis ao procedimento.

A possibilidade de escolha dos julgadores pelas partes dá ensejo à nomeação de árbitros especializados na matéria sobre a qual versa o litígio, o que faz com que as decisões arbitrais sejam bem técnicas e específicas.

Mais uma grande vantagem da arbitragem reside no poder reconhecido à vontade das partes de autorizar o árbitro a decidir de acordo com as regras de direito ou conforme a equidade, visto que, sabidamente, nem sempre as normas legais consagram o “direito justo”.<sup>40</sup>

Outrossim, por sua natureza de meio privado, a arbitragem segue um procedimento informal, de poucas regras estabelecidas pelas próprias partes, que podem construir um procedimento de acordo com a complexidade das questões objeto da arbitragem.<sup>41</sup>

Todavia, é possível afirmar que a maior benesse da arbitragem em relação ao Judiciário é mesmo a celeridade, já que os procedimentos judiciais levam por vezes décadas até atingir o seu fim, ao passo que a arbitragem tem duração média de seis meses – período previsto na Lei 9.307/96 para que o árbitro possa proferir a sentença arbitral, caso as partes não acordem de forma diferente.<sup>42</sup>

Com efeito, a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida decorre de dois outros fatores, quais sejam, a irrecurribilidade das decisões arbitrais e a inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. op. cit., p. 55.

<sup>41</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 9.

<sup>42</sup> Lei de Arbitragem, artigo 23: A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

<sup>43</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução. Análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed., São Paulo: RT, p. 103.

Nada obstante, a arbitragem nem sempre é tão célere como se alega. A depender da complexidade da causa e do que foi acordado entre as partes, o procedimento pode tardar bem mais que os ordinários seis meses. De uma forma ou de outra, entretanto, se comparado ao processo judicial, será sempre mais rápida.

Há uma percepção de que a arbitragem é um método de resolução de conflitos mais rápido do que o tradicional. O procedimento arbitral também é considerado mais flexível, do que o judicial. No entanto, tudo vai depender da forma como a arbitragem é conduzida para se saber se estão corretas essas percepções.<sup>44</sup>

Além disso, outro fator que agrega vantagens à arbitragem é a sua confidencialidade, que embora constitua mera faculdade das partes, é um grande atrativo para aqueles que preferem não tornar públicas suas avenças.

A privacidade e a confidencialidade do processo arbitral são, tradicionalmente, consideradas o cerne da arbitragem. Tem sido afirmado que a privacidade e a confidencialidade são consideradas as maiores vantagens da arbitragem em relação ao processo judicial.<sup>45</sup>

Dentre as desvantagens apontadas por alguns, destacam-se os elevados custos da arbitragem, visto que “as partes têm que pagar, dentre outros, os árbitros, as taxas da instituição que supervisiona a arbitragem, e, em muitos casos, o aluguel do local onde se realizarão as audiências do procedimento arbitral”.<sup>46</sup>

Nem sempre, todavia, a arbitragem é mais custosa do que o processo judicial. Na Inglaterra, por exemplo, onde os emolumentos processuais e os honorários advocatícios são altíssimos, a via arbitral ainda é mais econômica do que a judicial.

---

<sup>44</sup> TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. *Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.39. Tradução livre: There is a perception that arbitration is a quicker method of dispute resolution than litigation. The arbitral process is also considered as being more flexible than a rigid court procedure. However, whether the perception is correct will often depend on how the arbitration is conducted.

<sup>45</sup> TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren; op. cit., p. 349-350. Tradução livre: The privacy and confidentiality of the arbitration process has traditionally been perceived as being a cornerstone of arbitration law. It has been stated that the privacy and confidentiality of arbitration is considered as being one of the main advantages of arbitration over litigation.

<sup>46</sup> AMARAL, Pedro Alberto Costa Braga. Desmistificação de algumas vantagens normalmente atribuídas à arbitragem. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3125>>. Acesso em 10.10.2009.

No Brasil, porém, os custos do procedimento arbitral são bem mais elevados do que a via tradicional, já que as partes devem arcar com todos os custos do local onde correrá arbitragem, bem como com os honorários dos árbitros (que em regra são três), pelo que considera-se esse ponto, de fato, verdadeira desvantagem da arbitragem.<sup>47</sup>

“A arbitragem é imprópria para a solução de litígios que envolvam valores de pouca monta (já que o aparato arbitral seria desproporcionalmente oneroso) ou que envolvam matéria de escassa complexidade, para as quais o Poder Judiciário está suficientemente aparelhado”.<sup>48</sup>

Ao elencar as desvantagens da arbitragem o ilustre professor, Rafael de Menezes, destaca que ela só faz sentido para casos sofisticados e de valor elevado, pois é preciso pagar os honorários dos árbitros e as despesas do tribunal.<sup>49</sup>

Considera-se, assim, que embora a arbitragem seja um meio adequado para solução de controvérsias que versem sobre direitos disponíveis, é mais propícia para resolução de causas de grande complexidade – já que as partes podem contar com o conhecimento especializado dos árbitros – e de alto valor, de modo que reste justificada a sua onerosidade.

Alguns doutrinadores ainda apontam a impossibilidade de se recorrer da sentença arbitral como uma das desvantagens desse meio alternativo de solução de controvérsias, por supostamente restringir a ampla defesa das partes e inviabilizar o duplo grau de jurisdição.

Ocorre que, ao contrário do que alegam, nada impede que as partes, mediante acordo, estabeleçam uma instância revisora dentro da própria arbitragem (conforme prevêem regulamentos de instituições arbitrais já formadas), de modo que se possa submeter a sentença arbitral a um reexame de mérito.

No que diz respeito à ampla defesa, é válido lembrar que o legislador previu na Lei de Arbitragem a ação anulatória, justamente para as hipóteses em que a sentença arbitral for irregular ou desrespeitar o princípio do contraditório ou da ampla defesa.

---

<sup>47</sup> Por exemplo, segundo a CAESP - Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, um custo médio de uma arbitragem trabalhista é R\$ 25.000,00, valor composto de custos diretos e indiretos. Disponível em <<http://caesp.locaweb.com.br/modules.php?name=Conteudo&pa=showpage&pid=96>>. Acesso em 21.01.2010.

<sup>48</sup> CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 16.

<sup>49</sup> MENEZES, Rafael de. Arbitragem. Disponível em <<http://www.rafaeldemenezes.adv.br/artigos/arbitragem.htm>>. Acesso em 21.10.10.

Ante a possibilidade de revisão da sentença arbitral pelo Judiciário, através da ação anulatória prevista no art. 33 da Lei nº 9.307/96, afasta-se a alegação de que a arbitragem restringe a ampla defesa.

#### 1.5. Da constitucionalidade da Lei de Arbitragem

Ao optarem pela submissão de eventual futuro conflito (ou conflito já existente) à arbitragem, as partes abdicam da intervenção do Judiciário na resolução da controvérsia – ao menos que diz respeito ao mérito da demanda –, sendo admitido apenas reexame posterior da sentença arbitral pelas cortes estatais na hipótese de nulidade (art. 33 da Lei de Arbitragem).

Por afastar a intervenção do Poder Judiciário, ainda que momentaneamente, quando da promulgação da Lei 9.307/96, respeitadas vozes doutrinárias questionaram a sua constitucionalidade, por entender, dentre outras entraves, que afrontava o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Argumentava-se que a Lei de Arbitragem feria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, porquanto limitava a atuação do juiz estatal, que passaria a ter que deixar de analisar uma demanda que lhe foi submetida, dada à existência de uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

A inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário está inserida no rol dos direitos fundamentais e se trata, portanto, de direito indisponível, que não pode ser expropriado nem pelo Estado, que tem o dever de garanti-lo e protegê-lo.<sup>50</sup>

Contra o argumento acima exposto, defende-se que seria inconstitucional a arbitragem, se a lei houvesse instituído a arbitragem obrigatória (ou coativa), pois esbarraria no art. 5º, XXXV,

---

<sup>50</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 452.

da Constituição, afrontando o princípio da inafastabilidade, ao vedar às partes o acesso ao Judiciário, impondo-lhes o juízo arbitral.<sup>51</sup>

Alega-se, ainda, que por versar a arbitragem necessariamente sobre direitos patrimoniais disponíveis,<sup>52</sup> nada impede que as partes, em observância à liberdade e à autonomia da vontade, abdicuem da jurisdição estatal e elejam um tribunal arbitral para por fim às suas controvérsias.

Entenda-se por direitos patrimoniais disponíveis aqueles que se pode usar, gozar, dispor, transacionar livremente, de acordo com a vontade do seu titular.

O que há na arbitragem é uma transação contratual sobre direitos patrimoniais disponíveis, realizada no âmbito da autonomia da vontade das partes, com renúncia à jurisdição estatal, e efeitos de um contrato privado como qualquer outro.<sup>53</sup>

Além disso, argumenta-se, ainda, que a *mens legis* do art. 5º, XXXV, da CF, é impedir que o legislador subtraia da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito, sem que isso signifique que as partes têm o dever constitucional de submeter suas controvérsias ao crivo de um juiz togado.

As pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, a luz da autonomia da vontade das partes, represente uma “faculdade inerente à própria personalidade”, não um dever.<sup>54</sup>

Não bastasse isso, sustenta-se, também, que a arbitragem não afasta por completo a intervenção do Judiciário no procedimento arbitral, já que as partes podem não só propor ação anulatória perante as cortes estatais, como também defender-se de eventuais vícios quando da oposição de embargos do devedor.

---

<sup>51</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. op. cit., p. 28.

<sup>52</sup> A Lei de Arbitragem, em seu art. 1º, dispõe: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

<sup>53</sup> BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada, Revista dos Tribunais, v. 749, 1998, p. 121-122.

<sup>54</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 4.ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 364.

Tanto a sentença arbitral quanto a sentença judicial, só podem ser executadas perante a jurisdição estatal, e aí está a garantia dos princípios do devido processo legal (*due process of law*) e da inafastabilidade do Poder Judiciário.<sup>55</sup>

No que tange ao princípio da inafastabilidade e a Lei de Arbitragem, é importante destacar lições clássicas do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Tenho não justificar-se, contudo, esse temor, mais inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei 9.307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões. A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior. A duas, pela igual possibilidade de argüir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, §3º, c/c art. 741 [atual art. 475-L], CPC). A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inciso III do at. 584 [atual art. 475-N, IV] do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a *coertio* e a *executio*. A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g. o Superior Tribunal de Justiça). A cinco, porque do Judiciário é o controle sobrevivendo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento. A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º). Como se nota, prevê a nova lei a presença do Judiciário para responder à convocação da parte que eventualmente sentir-se lesada.<sup>56</sup>

Como se não bastasse o argumento de que a Lei 9.307/96 afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, parcela da doutrina sustentava a inconstitucionalidade da arbitragem por também ferir os incisos XXXVII, LIII, LIV e LV, todos do art. 5º da Carta Magna, que dispõem acerca da impossibilidade de constituição de tribunal de exceção, do princípio do juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, respectivamente.

Ocorre que, não há incompatibilidade entre o juízo arbitral e a garantia do juiz natural. Primeiro, porque o árbitro, segundo entendimento que prevalece, exerce jurisdição, sendo certo

---

<sup>55</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. op. cit., p. 29.

<sup>56</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.30-31.

que a sentença arbitral constitui título executivo judicial, tendo força de coisa julgada material, tal como aquela emanada do juiz de direito.<sup>57</sup>

Com efeito, quando do pedido de homologação de sentença estrangeira, SE 5.206 do Reino da Espanha, nos autos do Agravo Regimental nº 5.206/247, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, emitiu parecer declarando inconstitucionais os artigos 6º, parágrafo único, e 7º e parágrafos, bem como as novas redações dadas ao art. 267, inciso II e art. 301, inciso X, pelos artigos 41 e 42 da Lei de Arbitragem.

De acordo com o entendimento do referido Ministro, a possibilidade de execução específica da obrigação de fazer (firmar o compromisso arbitral), se necessário provimento judicial substitutivo da manifestação de vontade da parte recalcitrante, vai de encontro ao que estabelece a Constituição Federal.

Todavia, essa controvérsia doutrinária acerca da inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem teve fim em 12.12.2001, quando o referido Agravo Regimental foi posto para julgamento pelo Pleno do STF e, por unanimidade de votos, deu-se provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral e, por maioria, foram declarados constitucionais os dispositivos da Lei 9.307/96.<sup>58</sup>

A propósito, é válido trazer à baila trechos do voto do Ministro Nelson Jobim na ocasião:

Se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao particular a opção e não a obrigatoriedade de compor seus conflitos pela via judicial. Abre-se ao cidadão, portanto, o respeito a sua liberdade, a liberdade de tentar compor os seus conflitos fora da área do Poder Judiciário. Vetou-se ao legislador que impedisse o exercício, pelo cidadão, da faculdade de compor seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 79.

<sup>58</sup> Acórdão: vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em prover o agravo para homologar a sentença arbitral, e por maioria declarar constitucional Lei nº 9.307/96, vencidos em parte os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º; do art. 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos do referido diploma legal.

<sup>59</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Nelson Jobim quando do pedido de homologação da sentença estrangeira SE 5.206, do Reino da Espanha. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(SE\\$.SCLA.E.5206.NUME.\)OU\(SE.ACMS.ADJ2.5206.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(SE$.SCLA.E.5206.NUME.)OU(SE.ACMS.ADJ2.5206.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 15.12.2009.

Insta, ainda, destacar o parecer do então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, nos autos do aludido processo:

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação. Não determinam que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita uma transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusulas compromissórias. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.<sup>60</sup>

Verifica-se, assim, que a arbitragem não viola o princípio constitucional da inafastabilidade, seja porque constitui uma faculdade dos contratantes, sendo fundada no consenso e na autonomia da vontade, seja porque está sujeita a posterior controle do Judiciário, caso sejam identificados vícios formais na sentença arbitral.

#### 1.6. Princípios aplicáveis à arbitragem no direito brasileiro

Inicialmente, faz-se necessário observar que a arbitragem é um procedimento em relação ao qual o princípio da autonomia da vontade prepondera, tanto que podem as partes estabelecer livremente as regras de direito e os princípios que irão reger a arbitragem, consoante dispõe o art. 2º, §1º, da Lei 9.307/96.

Quando se atenta para os princípios aplicáveis à arbitragem no Brasil, portanto, o princípio da autonomia da vontade sobressai, porquanto constitui seu verdadeiro fundamento.

---

<sup>60</sup> BRINDEIRO, Geraldo. Da constitucionalidade da Lei n.º 9.307/96. Parecer 8.062/GB. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v.3, n.7, jan-mar, 2000, p. 358.

A Lei nº 9.307/96, orientada para privilegiar a vontade da parte, dá realce a esta vertente significativa da liberdade, que é a autonomia da vontade. Nela se assenta, como negócio jurídico, a convenção de arbitragem, seja a cláusula compromissória, seja o compromisso arbitral.<sup>61</sup>

É inquestionável que as raízes da arbitragem estão plantadas na vontade das partes. Apenas por meio do comum acordo entre essas é possível submeter uma controvérsia à solução arbitral, por meio quer de uma cláusula em contrato, quer de um compromisso arbitral.<sup>62</sup>

Com efeito, o princípio da autonomia da vontade prevalece não só no momento em que as partes optam por submeter seus litígios à arbitragem, mas também quando da escolha das normas e princípios que irão reger o procedimento.

A aplicação do princípio inclui a liberdade de escolher as diversas leis para reger o contrato, inserir as chamadas cláusulas de estabilização, excluir ou afastar qualquer direito nacional e escolher as normas aplicáveis.<sup>63</sup>

No Brasil, portanto, optou o legislador por prestigiar em grau máximo e de forma manifesta a autonomia da vontade das partes, sendo possível afirmar que se trata do princípio basilar da arbitragem no país.

Ocorre que, além da autonomia da vontade, a Lei de Arbitragem também apregoa, expressamente, no art. 21, §2º, a observância no procedimento arbitral dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Assim, as partes podem estipular as regras procedimentais como bem entenderem, desde que respeitem os quatro princípios indicados no art. 21, §2º,<sup>64</sup> que segundo entendimento dos redatores da lei, representam o núcleo do devido processo legal.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: *Arbitragem. A Lei brasileira e a praxe internacional*, 2. ed., Paulo Borba Casella (coord.), São Paulo: LTR, 1999, p. 113.

<sup>62</sup> ZERBINI, Eugênia C. G. de Jesus. Cláusulas arbitrais: transferência e vinculação de terceiros à arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 145.

<sup>63</sup> MUNIZ, Tânia Lobo. op. cit., p. 68.

<sup>64</sup> ROCHA, José de Albuquerque. op. cit., p. 81.

<sup>65</sup> Nesse sentido, ver CARMONA. op. cit., p. 251.

Ao estabelecer o necessário respeito ao princípio do contraditório no decorrer do procedimento arbitral, busca o legislador assegurar que o árbitro detenha amplo conhecimento dos fatos e argumentos das partes, para que melhor possa formar seu convencimento.

A feição moderna do princípio do contraditório exige que o julgador – seja ele juiz togado, seja ele árbitro – não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada às partes a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento.<sup>66</sup>

No que diz respeito ao princípio da igualdade, insta salientar que na arbitragem as partes se encontram, em regra, em situações bastante equilibradas, tanto que de comum acordo e cientes das implicações correspondentes, optam por submeter suas controvérsias à arbitragem, sendo responsáveis pela escolha das regras que irão reger o procedimento, tanto materiais quanto processuais.

Ao inserir o princípio da igualdade como fundamento da arbitragem, quis o legislador deixar claro que as partes devem ter a mesma oportunidade de indicar árbitros, de produzir provas, de expor suas razões e de fazer valer suas próprias razões, sem privilégios ou prerrogativas.<sup>67</sup>

Um bom exemplo da preocupação do legislador com o princípio da igualdade reside nas limitações por ele impostas quanto à aposição de cláusula compromissória em contratos de adesão, fato que traduz bem o espírito da Lei nº 9.307/96, de preservar a igualdade entre as partes contratantes.

Há, ainda, o princípio do livre convencimento do árbitro, que não implica, absolutamente, na possibilidade de não-fundamentação da sentença. O árbitro pode utilizar dos critérios que melhor lhe aprouver para formação do seu veredito, avaliando livremente as provas produzidas, com a condição de que exponha as razões de seu convencimento.

---

<sup>66</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 253.

<sup>67</sup> Ibid. p. 254.

Nada impede, contudo, que as partes convençionem determinados parâmetros, ou disponham sobre a distribuição convencional do ônus da prova, impondo determinados requisitos para serem observados pelos árbitros.

A propósito, importante destacar que a Lei de Arbitragem traz em seu bojo, expressamente (art. 26, II), como um dos requisitos indispensáveis da sentença arbitral, a necessidade de sua fundamentação.<sup>68</sup>

Desse modo, é possível afirmar que o princípio da motivação das decisões também faz parte da arbitragem, tanto que a ausência de fundamentação da sentença arbitral implica em sua nulidade, nos termos do art. 32 da Lei 9.307/96.<sup>69</sup>

Não bastassem todos esses princípios, é preciso destacar, ainda, o da competência-competência, de ampla aplicabilidade na arbitragem, capitulado no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, cujo estudo aprofundado será objeto do presente trabalho, consoante abordagem realizada nos próximos capítulos.

Frise-se, por fim, que também é possível identificar outros princípios que podem ser aplicados à arbitragem,<sup>70</sup> tais como o da investidura, o da aderência ao território, o da indelegabilidade, o da indeclinabilidade, o do juiz natural e o da inércia.

Além dos princípios acima expostos, há também o da imparcialidade do árbitro, que se encontra previsto não só no art. 21, §2º, mas também no art. 13, §6º da Lei de Arbitragem.<sup>71</sup>

A imparcialidade deve ser entendida como a equidistância do julgador em relação às partes, refletida no julgamento equânime e equilibrado do conflito.<sup>72</sup> No entanto, não este princípio não é aplicado da mesma forma nos processos arbitrais e judiciais.

---

<sup>68</sup> Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral. II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade.

<sup>69</sup> Art. 32, III - É nula a sentença arbitral se não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei.

<sup>70</sup> Sobre a temática verificar, ALVIM Eduardo Carreira, op. cit., p. 109-113. O autor analisa os princípios informativos da jurisdição arbitral, dentre os quais aponta o da investidura, o da aderência ao território, o da indelegabilidade, o da indeclinabilidade, o do juiz natural e o da inércia.

<sup>71</sup> Art. 13, §6º - no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

<sup>72</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v.I, 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 201.

Note-se que, no processo judicial, caso uma das partes entenda que faltou imparcialidade ao julgador, pode ela interpor recurso e, assim, ter a decisão revista pelo tribunal correspondente, o que, em regra, não acontece na arbitragem.

É bem verdade que as partes podem convencionar uma instância recursal dentro do próprio procedimento arbitral, só que não se trata de uma prática comum, visto que aumenta tanto os custos, quanto o tempo da arbitragem.

Dessa forma, no âmbito da arbitragem, resta à parte insatisfeita ingressar com ação anulatória perante o Judiciário, consoante previsão do art. 32, VIII, caso entenda que o julgador agiu de forma parcial no decorrer do procedimento.

Outras ferramentas à disposição das partes no âmbito da arbitragem, para o combate de possível imparcialidade dos árbitros, são a exceção de suspeição e de impedimento que se encontram previstas no art. 20 da Lei correspondente.

Todavia, como a arbitragem tem por princípio basilar a autonomia da vontade das partes, é admissível a nomeação de qualquer pessoa para exercer o papel de árbitro, desde que haja a anuência da outra parte.

Com efeito, a imparcialidade do árbitro, entendida como a equidistância do julgador em relação às partes, está no campo da autonomia privada no direito brasileiro. Assim, é possível, por exemplo, que até mesmo um parente de uma das partes seja árbitro do conflito existente entre elas, desde que presente o binômio ciência-anuência.<sup>73</sup>

Já no processo judicial, a imparcialidade é um princípio de natureza absoluta, constituindo verdadeiro pressuposto de validade para instauração da relação processual, de modo que não permite relativização.

---

<sup>73</sup> ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? In: *Revista de arbitragem e mediação*. n. 7, out-dez, 2005, p. 121.

Se no processo estatal seria impensável ter como juiz um parente consanguíneo da parte (art. 135, V, do CPC), o fato não escandalizaria no âmbito do processo arbitral, desde que os litigantes sabedores dos fatos, não se opusessem.<sup>74</sup>

Assim, embora esteja este princípio expressamente previsto na Lei de Arbitragem, os critérios objetivos para aferição da imparcialidade do julgador podem ser relativizados no processo arbitral (tanto que até parentes das partes podem exercer o papel de árbitro), desde que haja o consentimento dos envolvidos.

Em relação ao desempenho da função de árbitro, mais especificamente, a Lei de Arbitragem também prevê a aplicação de outros princípios, como o da independência, o da diligência e o da discricção, conforme estabelece o art. 13, §6º, da referida norma.<sup>75</sup>

#### 1.7. Inovações e pontos importantes da Lei nº 9.307/96

Antes do advento da Lei nº 9.307/96, o instituto da arbitragem era praticamente inutilizado no Brasil, não só em razão da necessária homologação pelo Judiciário dos denominados laudos arbitrais, mas, sobretudo, porque carecia de qualquer eficácia a cláusula compromissória.

Pode-se atribuir o sucesso que alcançou a modalidade de dirimir os conflitos a três providencias do legislador que são: o reconhecimento da validade da cláusula compromissória, a sua execução específica e a dispensa de homologação judicial do julgamento arbitral.<sup>76</sup>

Segundo Humberto Theodoro Júnior, as duas maiores inovações foram, sem dúvida, a eliminação da homologação judicial, transformando o pronunciamento arbitral em verdadeira e

---

<sup>74</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., 254.

<sup>75</sup> Art. 13, §6º - No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

<sup>76</sup> WALD, Arnaldo. Novos rumos para a arbitragem no Brasil. In: Revista de direito bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n.14, out-dez, 2001, p. 14.

completa sentença; e a força cogente da cláusula arbitral, que não mais poderá ser frustrada pela unilateral resistência de um dos contratantes.<sup>77</sup>

Há de se convir que a exigência de homologação judicial da decisão proferida pelos árbitros retirava da arbitragem seu principal atrativo, que é a celeridade, mormente quando se leva em consideração que o processo de homologação do laudo arbitral perante as cortes estatais poderia levar até uma década.

Disso, resultava que a execução de uma decisão arbitral tardava tanto quanto a propositura de uma ação perante a via judicial, o que desencorajava as partes a utilizarem essa forma alternativa resolução de controvérsias.

Outrossim, o sistema vigente no Brasil não previa nenhum meio de assegurar o cumprimento da cláusula compromissória, sem contar que sua inobservância por uma das partes gerava para outra, apenas, o direito ao recebimento de perdas e danos, o que, na prática, era muito difícil de ser aferido, não resultando em nada na maioria das vezes.

Com o fito conferir eficácia à cláusula compromissória, então, o legislador a equiparou ao compromisso arbitral e denominou ambas como espécies do gênero convenção de arbitragem, imprimindo-lhes, assim, força necessária para obrigar a parte resistente a instaurar o procedimento arbitral, consoante previsão do art. 7º da Lei de Arbitragem.<sup>78</sup>

Pelo sistema anterior, exigia-se para a instituição da arbitragem, a conclusão de um compromisso arbitral, ainda que em presença de uma cláusula compromissória.<sup>79</sup> A cláusula compromissória tinha natureza de um pré-contrato e implicava apenas em uma promessa das partes de submeter eventual litígio à arbitragem, sendo imprescindível posterior lavratura de compromisso arbitral.

---

<sup>77</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, n. 14, Curitiba, out-dez, 1999, p. 708.

<sup>78</sup> Art. 7º - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

<sup>79</sup> WALD, Arnaldo. A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001). In: *Reflexões sobre arbitragem. In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTR, p. 148.

De acordo com a Lei de Arbitragem, portanto, tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória vinculam as partes, sendo possível ingressar com a ação prevista no art. 7º da referida lei com o objetivo de impor à parte resistente a instituição da arbitragem.

Por oportuno, esclareça-se que “ao instituir o compromisso judicial, o juiz não estará se substituindo à parte resistente, mas concedendo tutela específica de uma obrigação anteriormente assumida por ela, mediante cláusula compromissória, que corresponde a um contrato em si mesmo”.<sup>80</sup>

Abandona-se, assim, a idéia de que o descumprimento da cláusula compromissória só seria capaz de gerar o direito à percepção de uma indenização por perdas e danos. A Lei de Arbitragem cria a figura genérica da convenção de arbitragem, ato jurídico privado, cujo efeito é a instauração da arbitragem.<sup>81</sup>

Conquanto as inovações mais louváveis da Lei nº 9.307/96 consistam na equiparação da sentença arbitral a título executivo judicial e na possibilidade de execução da cláusula compromissória, há também outros pontos importantes a se destacar.

É que, o legislador também inovou ao equiparar o árbitro ao funcionário público, para fins penais, nos termos do art. 17 da Lei de Arbitragem, bem como ao disponibilizar um meio para se atacar a sentença arbitral no caso eventuais irregularidade, segundo disposto no art. 33 da Lei de Arbitragem.

A propósito, válidas são as lições de Sálvio de Figueiredo Teixeira sobre as inovações da Lei nº 9.307/96:

Cuidou a nova lei não apenas de substituir o ineficiente modelo de “juízo arbitral”, até então previsto em nossa legislação, por uma nova regência, dentro de padrões atuais, disciplinando notadamente a convenção de arbitragem e prestigiando a manifestação da vontade, como também, a par do resguardo dos bons costumes e da ordem pública (art.2º, §1º), se ocupou de adaptar a o novo diploma aos textos legais conexos (arts. 41 e 42), de explicitar o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados (art. 33), da eficácia dos tratados

---

<sup>80</sup> MARTINS, Pedro Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro anos da Lei 9.307/96. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. v.4, n. 12, abr-jun, São Paulo: RT, 2001, p. 323.

<sup>81</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei nº 9.307/96*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.25.

internacionais na matéria (art. 34) e até mesmo da postura dos árbitros, equiparando-os, para efeitos da legislação penal, aos funcionários públicos.<sup>82</sup>

Outro ponto importante a ser destacado é que a Lei 9.307/96 não admite a interposição de recurso contra a sentença arbitral, consistindo a ação anulatória (art. 33) o único meio disponível para modificação da decisão prolatada pelos árbitros, o que torna a arbitragem ainda mais célere e eficaz.

Cabe aqui, ainda, esclarecer que o mérito da sentença arbitral é imutável, sendo possível apenas o reexame pelas cortes estatais de eventuais nulidades da decisão, ou melhor, de irregularidades no procedimento em si (*error in procedendo*), e desde que se enquadre nas hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem.

Nada impede, contudo, que as partes convençam a interposição de recurso a ser examinado por uma corte arbitral, conforme prevêm determinados regulamentos de instituições arbitrais nacionais e internacionais.

Verifica-se, assim, que a nova lei adotou providências tendentes a imprimir o máximo de celeridade, quanto ao procedimento, e de eficácia, quanto aos resultados práticos, para que essa forma alternativa de composição de conflitos possa lograr a aceitação de seus destinatários.<sup>83</sup>

#### 1.8. Da convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral

Como se viu, a equiparação da cláusula compromissória ao compromisso arbitral foi uma das grandes inovações da Lei nº 9.307/96, já que ao considerar ambas espécies da convenção arbitral, o legislador imprimiu-lhes efeito vinculante e obrigatório.<sup>84</sup>

É por meio da convenção de arbitragem que as partes, de forma voluntária e em respeito aos princípios da autonomia da vontade e da boa fé contratual, comprometem-se a buscar o juízo

---

<sup>82</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 29.

<sup>83</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., p. 708.

<sup>84</sup> Lei de Arbitragem, art. 3º - as partes interessadas podem submeter a solução dos seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

arbitral, na hipótese de surgimento de eventuais litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Convenção arbitral é a expressão da vontade das partes interessadas, manifestada numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus (reais ou virtuais) litígios.<sup>85</sup>

A expressão “convenção de arbitragem” significa o acordo através do qual as partes interessadas optam por submeter a solução de atuais ou futuros conflitos ao juízo arbitral, tanto por meio de cláusula compromissória quanto de compromisso arbitral.

Com efeito, a Lei 9.307/96, em seu artigo 3º, equiparou a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, dispondo que ambos constituem convenção arbitral e vinculam as partes para a submissão de eventuais conflitos à arbitragem.

A cláusula compromissória determina a subtração da jurisdição estatal das controvérsias que possam originar entre os contratantes, estabelecendo a competência da solução de eventuais litígios para a instância arbitral. A celebração desse contrato há que ser realizada em momento anterior ao surgimento da lide.<sup>86</sup>

Verifica-se, então, que a cláusula compromissória precede o surgimento de um conflito, ou seja, as partes em um contrato convencionam que caso haja qualquer litígio na vigência do contrato, irão submetê-lo à apreciação do juízo arbitral, ao passo que o compromisso arbitral só é celebrado após o surgimento do litígio.

Ao contrário do que ocorria antes da promulgação da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória, hoje, vincula as partes, de forma a desencorajar possíveis desistências, tanto é que pode a parte recalcitrante ser judicialmente compelida a firmar compromisso arbitral, consoante dispõe o art. 7º, da mencionada norma.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. op. cit. , p. 171.

<sup>86</sup> KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem – conceito e pressupostos de validade*. São Paulo: RT, 1997, p.130.

<sup>87</sup> Art. 7º - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Antes do advento dessa Lei, o fato de se ter firmado cláusula compromissória não afastava a hipótese de posterior desistência de uma das partes da celebração do compromisso arbitral, o que gerava para a outra parte, apenas, o direito ao recebimento de perdas e danos.

Atualmente, como se disse, a recusa de uma das partes em celebrar o compromisso arbitral gera para a outra o direito de recorrer à jurisdição estatal, a fim de que lhe seja garantida a instauração do procedimento arbitral.

As cláusulas compromissórias poderão ser cheias ou vazias. Denominam-se cheias quando da celebração do contrato, as partes estabelecem todos os pormenores da arbitragem, tais como as regras processuais a serem utilizadas, o número de árbitros, o prazo para prolação da sentença etc.

A cláusula compromissória cheia contém todos os elementos necessários à instauração do processo arbitral, com exceção da delimitação do objeto do processo arbitral, que não poderia mesmo aparecer em uma convenção celebrada antes de haver surgido qualquer conflito entre as partes.<sup>88</sup>

São também consideradas cheias quando as partes elegem entidade arbitral já formada, nos termos do artigo 5º, da Lei 9.037/96.<sup>89</sup>

A cláusula compromissória vazia, por sua vez, limita-se a estabelecer os elementos mínimos para a instituição da arbitragem, sem indicar inicialmente os termos e subsídios para formação do tribunal arbitral.

Na hipótese de cláusula compromissória vazia, as partes podem se restringir a acordar que “eventuais controvérsias surgidas no decorrer do contrato deverão ser submetidas à arbitragem”, sendo esses termos suficientes para vincular as partes a esse meio alternativo e extrajudicial de solução de conflitos.

---

<sup>88</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. op. cit.. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.32.

<sup>89</sup> Art. 5º - Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Já o compromisso arbitral, previsto no art. 9º da lei de arbitragem,<sup>90</sup> pressupõe a existência do litígio, e pode ser celebrado tanto judicialmente, isto é, na hipótese de uma das partes se recusar a submeter o conflito à arbitragem (art. 7º, da Lei de Arbitragem), quanto extrajudicialmente, por meio de instrumento público ou particular.

O compromisso é o veículo do juízo arbitral; é o negócio jurídico processual de que se valem as partes em litígio para submeter à decisão de um ou mais árbitros suas controvérsias, podendo ser judicial ou extrajudicial.<sup>91</sup>

Constitui peça tão importante como o “rei” no jogo de xadrez, porquanto ele é a base da ação de nulidade de que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem, a qual, por sua vez, garante a constitucionalidade do juízo arbitral, a medida que preserva o acesso das partes ao Poder Judiciário.<sup>92</sup>

O compromisso arbitral deve observar os requisitos obrigatórios, tal como a qualificação das partes, a indicação do árbitro, a matéria objeto da arbitragem, dentre outras coisas, consoante estabelece o art. 10 da Lei de Arbitragem.

Pode-se afirmar que o compromisso arbitral corresponde para a arbitragem, o que a petição inicial representa na jurisdição comum, porquanto é através dele que as partes delimitam o conflito que será submetido aos árbitros.

O compromisso arbitral constitui, portanto, elemento fundamental da arbitragem, não só porque estabelece os rumos do procedimento e determina a instauração da arbitragem, mas também porque influencia no seu desfecho, já que os árbitros ficam adstritos ao seu conteúdo para decidir a controvérsia.

Dito isso, verifica-se que tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral constituem gênero da convenção de arbitragem, tendo ambos o poder de subtrair o litígio da esfera do Judiciário, sendo certo que seu estudo tem fundamental importância para a compreensão do princípio da competência-competência no direito brasileiro.

---

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> BULOS, Uadi Lammego. *Lei de Arbitragem comentada*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

<sup>92</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. op. cit., p. 184.

## CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

### 2.1. Breve histórico do princípio da competência-competência

O princípio da competência-competência preconiza o poder do tribunal arbitral de apreciar eventual questionamento das partes acerca da regularidade de seus próprios poderes, diante da suposta existência de vícios na convenção de arbitragem.

Este princípio determina ser o árbitro primordialmente competente a apreciar se a questão submetida à arbitragem é ou não suscetível de julgamento por esta via de solução de conflitos, como também confere aos árbitros o direito de decidir acerca de sua própria investidura.

Pode-se dizer que o princípio da competência-competência é a transposição para a arbitragem, numa forma qualificada, do princípio geral do processo de que as cortes têm competência para analisar sua própria competência.<sup>93</sup>

Com o fito de fortalecer a jurisdição do tribunal arbitral e minimizar a utilização de manobras dilatórias pelas partes, a maioria das leis de arbitragem atuais emprega diferentes técnicas, cujo objetivo em comum é o reconhecimento da competência do tribunal para determinar sua própria competência, que é o chamado princípio da competência-competência.<sup>94</sup>

Tornou-se mundialmente difundido através do direito alemão, da denominada cláusula *Kompetenz-Kompetenz*,<sup>95</sup> por meio da qual as partes podiam optar por conferir aos árbitros poderes absolutos e irrestritos para apreciar, de forma definitiva, qualquer questionamento acerca da validade, existência e eficácia da cláusula compromissória.

---

<sup>93</sup> FOUCARD P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. *International commercial arbitration*. London: Kluwer Law International, 1999, p. 228. Tradução livre: The principle is the transposition, in a qualified way, to arbitration of the general procedural principle that any court is entitled to rule on its own jurisdiction.

<sup>94</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Louklas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. London: Kluwer Law International, 2003, p. 331-332. Tradução livre: To strengthen the jurisdiction of the arbitral tribunal and to minimize challenges being used to delay or derail arbitration proceedings most modern arbitrations laws employ different techniques. The central element in those efforts is the recognition of the tribunal's authority to determine its own jurisdiction or competence, the so called 'competence-competence' principle.

<sup>95</sup> A denominação do princípio, competência-competência, corresponde à tradução da expressão alemã *Kompetenz-Kompetenz*.

Tradicionalmente, a regra de que os árbitros detêm competência para a análise de sua própria competência advém da expressão alemã *Kompetenz-Kompetenz*,<sup>96</sup> que não se refere propriamente a um princípio, mas a uma cláusula contratual.

De acordo com as antigas leis germânicas, então, os árbitros só detinham competência para apreciar a regularidade de seus próprios poderes, caso as partes tivessem previsto no contrato a cláusula *Kompetenz-Kompetenz*.

Sobre a origem do princípio da competência-competência, é válido trazer à colação os ensinamentos de Stavros Brekoulakis:

Esse termo alemão foi historicamente utilizado para se referir à cláusula da *Kompetenz-Kompetenz*, que é um acordo específico para conferir competência ao tribunal arbitral para analisar sua própria competência. A decisão do tribunal proferida com base em uma cláusula é definitiva e não pode ser revisada pelas cortes estatais nem por meio de ação anulatória nem na fase de execução.<sup>97</sup>

Outrossim, o princípio da competência-competência difere da antiga cláusula *Kompetenz-Kompetenz*, porque do modo como é adotado na maioria dos países hoje em dia, admite posterior reexame pelo Judiciário da decisão proferida pelo tribunal arbitral nesse sentido, o que não era permitido segundo a antiga cláusula.

Em sua acepção original, a cláusula alemã *Kompetenz-Kompetenz*, portanto, distingue-se do princípio da competência-competência não só quanto à sua natureza – porquanto não se trata de uma cláusula contratual – mas, sobretudo, porque admite o posterior reexame da decisão dos árbitros pelo juiz estatal, seja por meio de ação anulatória ou em fase de execução.

E é justamente por conferir poderes absolutos e irrestritos aos árbitros para a análise de sua competência que a cláusula alemã *Kompetenz-Kompetenz* não encontra nenhum adepto na comunidade internacional, nem mesmo a própria Alemanha, cuja ZPO atualmente preconiza o

---

<sup>96</sup> FOUCHARD P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. op. cit. London: Kluwer law international, 1999, p. 396. Tradução livre: Traditionally, the rule that arbitrators has competence to rule their own jurisdiction was expressed by the German phrase ‘*kompetenz-kompetenz*’.

<sup>97</sup> The negative effect of compétence-compétence: the verdict has to be negative. Austrian Arbitration Yearbook, p. 238-258, 2009; Queen Mary School of Law Legal Studies. Research Paper n° 22/2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1414325>>. Acesso em 11.11.2009. Tradução livre: The German term was historically used to refer to the *Kompetenz-Kompetenz* clause, which is a specific agreement to confer jurisdiction on a tribunal to determine its own jurisdiction. The decision of a tribunal decided on the basis of this clause is final and cannot be reviewed by national courts at the stage of challenge or enforcement.

reexame pelo Judiciário das decisões proferidas por árbitros, no que diz respeito à regularidade de seus poderes.

Isso porque, com a reforma processual de 1998, a Alemanha adotou a lei modelo UNCITRAL, ocasião em que ficou definido que as cortes estatais sempre têm a última palavra sobre a competência arbitral.<sup>98</sup>

Com efeito, a lei modelo UNCITRAL consagra o princípio da competência-competência, mas preconiza, sobretudo, a possibilidade de controle estatal das decisões proferidas pelos árbitros, sobre eventuais questionamentos acerca da validade e eficácia da cláusula compromissória.

A partir de 1998, portanto, por influência da referida lei modelo, a Alemanha passou a desconsiderar a antiga cláusula *Kompetenz-Kompetenz*, por entender que vai de encontro ao interesse público, e a estabelecer que as cortes estatais devem intervir no procedimento arbitral para decidir questões atinentes à regularidade dos poderes dos árbitros.

Atualmente, ‘a cláusula *Kompetenz-Kompetenz* é contrária à ZPO que, em seus artigos 1.040(3) e 1.062 (1)(2), prevê a regulamentação da competência do tribunal arbitral por meio de reexame pela Suprema Corte Federal de Justiça Alemã’.<sup>99</sup>

Em razão disso, é preferível evitar a utilização da confusa expressão alemã *Kompetenz-Kompetenz* em favor de ‘competência-competência’, cujo significado mais se aproxima da forma como o princípio que tem sido aplicado pelas cortes francesas desde 1949.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> PARK, William W. *The arbitrator's jurisdiction to determine jurisdiction*. In: International council for commercial arbitration. Congress series n 13, The Hague: Kluwer Law International, 2007, p. 114. Tradução livre: ‘adopted the UNCITRAL Model Arbitration Law, when it was stated that courts would always have the last word on arbitral jurisdiction’.

<sup>99</sup> POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2nd. ed., London: Sweet & Maxwell, 2007, p.385. Tradução livre: it can be submitted that this procedure is now contrary to ZPO, Art. 1.040(3) and Art. 1.062(1)(2), which subject the ruling of the arbitral tribunal on its jurisdiction to a mandatory judicial review of the *Oberlandesgericht*.

<sup>100</sup> FOUCHARD P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. op. cit., p. 396. Tradução livre: it therefore seems preferable to avoid the confusing German expression “*Kompetenz-Kompetenz*”, in favor of competence-competence, which is more keeping with the origin of a principle which had been applied by the French courts as early as 1949.

A propósito, é importante salientar que o Código de Processo Civil Francês de 1949 já previa o dever dos árbitros de apreciar, em primeiro lugar, questões ligadas à existência e validade da cláusula compromissória, bem como sobre a regular constituição do tribunal arbitral.

Hoje em dia, o Código de Processo Civil Francês, em seu artigo 1458<sup>101</sup>, reza que ‘ as cortes francesas devem declinar sua competência para apreciação de recursos cujo objeto verse sobre a regularidade dos poderes dos árbitros, nos casos em que seja manifesta a existência de cláusula compromissória’<sup>102</sup>.

A jurisprudência francesa também é uníssona em afirmar que o tribunal arbitral detém competência para decidir *prima facie* sobre sua própria competência, sendo admissível, porém, posterior reexame pelos órgãos judiciais.<sup>103</sup>

Não obstante esse assentamento longínquo do princípio da competência-competência no direito francês, insta esclarecer que o registro normativo mais antigo que se tem acerca do princípio da competência-competência advém do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, concluído em 1945, que em seu artigo 36, inciso VI, já previa que ‘qualquer controvérsia sobre a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte’.<sup>104</sup>

De forma semelhante, a Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961, em seu artigo V, inciso 3, estabelece:

Matéria de subsequente controle judicial a ser determinado pela *lex fori*, o árbitro cuja competência esteja sendo questionada deve ser autorizado a prosseguir com a arbitragem para decidir sobre sua própria competência e sobre a

---

<sup>101</sup> No original: article 1458 - Si un différend, porter devant un tribunal d'arbitrage em vertu d'une convention d'arbitrage, est traduit devant une cour de justice de L'Etat, celui-ci doit se déclarer incompétent. Lorsque l'affaire n'a pas encore été traduits devant un tribunal d'arbitrage, Le tribunal doit aussi se dessaisir sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle. Dans lês deux cas, Le tribunal ne soulèverait pais de mai sua sponte son manque de compétence.

<sup>102</sup> TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. *Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 171. Tradução livre: the French courts must decline jurisdiction to hear a challenge to the competence of the arbitral tribunal, in cases where it is remotely arguable that the dispute is subject to an arbitration clause’.

<sup>103</sup> Sobre esse assunto, ver Jean-François Poudret e Sébastien Besson. *Comparative law of international arbitration*. 2a. ed., Cornwall: Sweet & Maxwell, 2007.

<sup>104</sup> Article 36, VI – In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court.

existência e validade da cláusula compromissória ou do contrato em relação ao qual faz parte.<sup>105</sup>

Ante o exposto, é possível afirmar que o princípio da competência-competência teve origem no direito alemão, sofreu influência da cláusula *Kompetenz-Kompetenz*, mas que da forma como se apresenta hoje, foi previsto *a priori* no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em 1945, e, posteriormente, no Código de Processo Civil Francês de 1949.

Por fim, é válido esclarecer que o princípio da competência-competência, nos dias atuais, é amplamente reconhecido e ratificado pela comunidade internacional, tendo assumido, contudo, diferentes contornos em cada país, principalmente no que diz respeito à intervenção do Poder Judiciário no procedimento arbitral, para decidir questões atinentes à regularidade dos poderes dos árbitros e da constituição do tribunal de arbitral, consoante restará demonstrado ao final deste trabalho.

## 2.2. Definições prévias: breves observações sobre os conceitos de jurisdição e competência.

Como se pôde observar, o princípio da competência-competência estabelece que os árbitros devem decidir sobre sua própria competência para apreciar o mérito das ações que lhes são submetidas.<sup>106</sup>

Antes de dar início, contudo, a um exame mais aprofundado deste princípio, e para uma melhor compreensão dos termos e argumentos que serão tratados, faz-se necessária melhor análise dos conceitos de jurisdição e competência, segundo o direito processual civil.

A jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o juiz *dicit ius*.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Tradução livre: Article 5 (3): 'subject to any subsequent judicial control provided for under the *lex fidei*, the arbitrator whose jurisdiction is called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon the existence or the validity of the arbitration agreement or of the contract of which the agreement forms part'.

<sup>106</sup> Nesse sentido, ver FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 115-116, e CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 105.

<sup>107</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Campinas: Servanda, 1999, p.131.

Segundo conceituação mais hodierna, jurisdição é a realização do direito, por meio de terceiro, de modo autoritativo e em última instância (caráter inevitável da jurisdição).<sup>108</sup>

Se de um lado a jurisdição é definida como poder, função e atividade, representando a atuação do direito no caso concreto<sup>109</sup>, de outro, competência é conceituada como sendo a medida da jurisdição, representa, pois a distribuição da jurisdição entre os diversos órgãos judiciais.<sup>110</sup>

A competência é, também, o poder-dever de um órgão para executar aquela parcela de atividades jurisdicionais que lhe é atribuída em virtude da divisão do trabalho.<sup>111</sup>

A competência representa o estabelecimento prévio e normativo das funções e atribuições de determinado órgão em relação aos demais, no âmbito de um conjunto ou sistema, de modo tal que um órgão só pode ser reputado competente quando estiver atuando dentro dos limites que lhe foram impostos, dentro de um contexto, de um mesmo sistema.

Por conseguinte, somente se pode falar de incompetência quando um dos órgãos desborda dos limites de suas atribuições, invadindo a esfera de atuação de outro órgão.<sup>112</sup>

Nessa linha de raciocínio, não é possível se falar em competência ou incompetência dos árbitros em relação aos juízes estatais. Árbitros e juízes togados fazem parte de diferentes sistemas, que não comportam divisão de funções e atribuições.

Se competência “representa a distribuição de jurisdição entre órgãos judiciais”, não se pode reputar um árbitro incompetente para apreciar determinada questão, em relação a um juiz estatal.<sup>113</sup> Nesse contexto, o que se pode discutir é se o árbitro detém jurisdição para o julgamento da matéria que lhe foi atribuída.

---

<sup>108</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª. ed., vol. I, Salvador: JusPodivm, 2005, p. 69.

<sup>109</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 3. ed., São Paulo: Malheiros, p. 309.

<sup>110</sup> Idem, p. 411.

<sup>111</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 148.

<sup>112</sup> CALAMANDREI, Piero. *apud*, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2009, p. 20.

<sup>113</sup> Pode-se falar em competência ou incompetência do árbitro quando as partes elegem uma instituição arbitral já formada, cujo regulamento prevê a divisão de funções e atribuições internas.

Se o princípio da competência-competência preconiza o direito dos árbitros de decidir sobre a regularidade de seus próprios poderes, caso este princípio venha a deixar de ser observado – na hipótese de o Judiciário analisar eventual questionamento acerca da existência, validade e eficácia de uma cláusula compromissória, de forma anterior aos árbitros – não se estará usurpando competência, mas jurisdição.

Nessa linha de raciocínio, é fácil perceber que o princípio da competência-competência, na realidade, busca regulamentar o exercício da jurisdição dos árbitros, tanto que “não se trata de supressão de competência do órgão estatal então competente para conhecer e decidir o litígio *sub judice*, mas sim em extinção de jurisdição estatal a respeito do direito questionado”.<sup>114</sup>

Argumenta-se, com razão, que o princípio da competência-competência, apesar da nomenclatura, diz respeito à regulação de jurisdição, e não de competência, basta observar que “a consequência da subtração de poder jurisdicional ao juiz estatal não é a incompetência, mas, a ausência de jurisdição. Fora dos limites da convenção de arbitragem, o juiz estatal é juiz; dentro dos limites não”.<sup>115</sup>

Nenhum outro órgão na esfera judicial terá competência para apreciar a questão, tampouco poderá haver prevenção ou litispendência entre tribunal arbitral e cortes estatais, pelo que não se trata de competência ou incompetência do juízo estatal, mas de ausência de jurisdição para o julgamento de conflitos oriundos de um contrato em que consta convenção de arbitragem.

Não obstante a denominação ‘competência-competência’, considera-se que este princípio tem o fito de regulamentar a repartição de jurisdição entre árbitros e juízes estatais, quando do surgimento de questões controvertidas acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Entretanto, para fins do presente trabalho, e levando em consideração que esses conceitos não são integralmente transponíveis do processo civil para a arbitragem<sup>116</sup> – é provável que, a

---

<sup>114</sup> ARMELIN, Donaldo. *Revista de Mediação e Arbitragem*. n. 3. São Paulo: RT, 2004, p. 217.

<sup>115</sup> VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 159.

<sup>116</sup> Nesse sentido, ver ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58-60.

dependem da legislação de cada país, possam ser interpretados e aplicados de modo diferente – opta-se aqui por utilizá-los de forma indistinta.

Mais adiante será possível verificar que o termo jurisdição ou competência são empregados de forma indistinta pela doutrina, tendo ambas as expressões o mesmo significado no âmbito do direito arbitral, sendo utilizadas para ilustrar o mesmo fato, como se sinônimos fossem.

Por exemplo, entre os doutrinadores ingleses e americanos o termo ‘jurisdição’ é mais utilizado, enquanto os doutrinadores de origem romano-germânica, especialmente os franceses, assim como os brasileiros, dão preferência à expressão ‘competência’, sendo certo, contudo, que não se trata de uma regra, já que não raras vezes são empregados sem qualquer distinção.<sup>117</sup>

Pelas razões expostas, os termos jurisdição e competência, quando relacionados ao princípio da competência-competência no âmbito do direito arbitral e no decorrer do presente trabalho deverão ser entendidos de forma indistinta.

### 2.3. Da finalidade do princípio da competência-competência

Na sua forma mais primitiva, o princípio de que os árbitros devem analisar sua própria competência serve como uma medida de proteção contra a possibilidade de se ter a arbitragem descarrilhada antes mesmo do seu início e ainda reduz a chance de ser o procedimento interrompido mediante a simples alegação de que uma cláusula compromissória é inexecutável.<sup>118</sup>

O principal escopo deste princípio, portanto, é conferir celeridade à arbitragem, já que a ausência da regra competência-competência ensejaria, certamente, a ocorrência de reiteradas

---

<sup>117</sup> ALVES, Rafael Francisco. Op. cit., p. 60.

<sup>118</sup> PARK, William W. The arbitrator’s jurisdiction to determine jurisdiction. In: *International council for commercial arbitration*. Congress series 13, The Hague: Kluwer Law International, 2007, p. 58. Tradução da autora: In its most primitive form, the principle that arbitrators may rule their jurisdiction serve as a measure to protect against having an arbitration derailed before it begins and reduces the prospect that proceedings will be derailed through a simple allegation that an arbitration clause is unenforceable.

interrupções no procedimento arbitral para pronunciamento do Judiciário acerca da regularidade da cláusula compromissória.

Por oportuno, saliente-se as lições de Fouchard, Gaillard e Goldman acerca do objetivo fundamental do princípio da competência-competência:

Essa regra tem o propósito de assegurar que a parte não obtenha sucesso em retardar o procedimento arbitral, mediante a alegação de que a convenção de arbitragem é válida ou inexistente. Esse retardo é evitado através de permissão conferida aos árbitros para analisar sua própria competência, objeto de subsequente revisão pelas cortes estatais e, ainda, mediante abstenção do Judiciário para que não intervenha até que uma sentença seja prolatada.<sup>119</sup>

Há de se convir, assim, que a ausência do princípio da competência-competência no direito arbitral inviabilizaria a própria arbitragem, porquanto lhe extrairia um de seus maiores atrativos, que é a celeridade.

Se as partes estivessem autorizadas a negar competência ao tribunal arbitral mediante simples alegação de que a convenção de arbitragem é inválida, a arbitragem não seria capaz de atingir tamanha credibilidade como um mecanismo efetivo de resolução de controvérsias.<sup>120</sup>

Ora, basta imaginar que, se desse modo fosse, qualquer questionamento acerca da validade da cláusula compromissória ou sobre a correta constituição do tribunal arbitral acarretaria a suspensão do procedimento até posterior decisão do Judiciário, fato que eivaria de eficácia o instituto da arbitragem.

Seriam freqüentes os casos em que uma parte desafiaria a competência do tribunal arbitral, mediante a introdução de uma ação paralela perante as cortes estatais, por plena má-fé e com o único propósito de ganhar tempo.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> FOUCHARD P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B, op. cit., p.401. Tradução da autora: The rule is intended to ensure that a party cannot succeed in delaying the arbitral proceedings by alleging that the arbitration agreement is invalid or non-existent. Such delay is avoided by allowing the arbitrators to rule on this issue themselves, subject to subsequent review by the courts, and by inviting the courts to refrain from intervening until the award has been made.

<sup>120</sup> BREKOULAKIS, Stavros. The negative effect of compétence-competence? The verdict has to be negative. *Austrian Arbitration Yearbook*, 2009, p. 238. Tradução da autora. If the parties were allowed to negate the jurisdiction of a tribunal simply by claiming that the arbitration agreement is void, arbitration would never be able to attain the required credibility as an effective dispute resolution mechanism.

<sup>121</sup> DIMOLITSA, Antonias. Separability and kompetenz-kompetenz In: *International council for commercial arbitration: improving the efficiency of arbitration agreements and awards*. The Hague: Kluwer Law International.

Sobre a finalidade do princípio da competência-competência, convém trazer à baila os ensinamentos de Stephen Shcwebel:

Se uma parte pudesse impedir a arbitragem mediante a alegação de que a cláusula compromissória carece de validade, e se com uma alegação dessas pudesse privar o tribunal arbitral de competência para apreciar tal questionamento, então estaria sempre aberto para uma parte a possibilidade de se furtrar ao cumprimento da obrigação, mediante o simples expediente de declarar a convenção de arbitragem inválida.<sup>122</sup>

O princípio da competência-competência, destarte, visa a evitar manobras protelatórias pela parte recalcitrante, sendo certo que sem ele a arbitragem correria o risco de ser interrompida a qualquer momento, diante da menor evidência de irregularidade na convenção de arbitragem.

Em outras palavras, este princípio tem o escopo de afastar medidas antiarbitragem, isto é, ordens emanadas do Poder Judiciário que são destinadas a obstar o prosseguimento da arbitragem.<sup>123</sup>

Além de viabilizar a arbitragem, por assegurar a continuidade do procedimento e afastar incidentes judiciais meramente procrastinatórios, a grande benesse do princípio da competência-competência é assegurar a prolação da sentença arbitral o mais rápido possível.

Isso porque, mesmo que pendente um recurso perante o Judiciário acerca da regularidade dos poderes dos árbitros ou sobre a correta composição do tribunal, o princípio da competência-competência possibilita aos árbitros prosseguir com o procedimento,<sup>124</sup> até posterior prolação da sentença.

---

1999, p. 231. Tradução livre: It would be very often indeed appear to be the case that the party which challenges the arbitrator's jurisdiction by introducing a parallel action before a national court does so in bad faith, with the sole purpose of its action being to gain time.

<sup>122</sup> SHCWEBEL, Stephen. *International arbitration: three salient problems*. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1987, p. 4. Tradução livre: If one party could deny arbitration to the other party by the allegation that the agreement lacked initial or continuing validity, if by such an allegation it could deprive an arbitral tribunal of the competence to rule upon that allegation, upon its constitution and jurisdiction, then it would always be open to a party to an agreement containing an arbitration clause to vitiate its arbitral obligation by the simple expedient of declaring the agreement void.

<sup>123</sup> ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

<sup>124</sup> FOUCHARD P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B, op. cit, p.339. Tradução livre: the competence-competence principle enables the arbitral tribunal to continue with the proceedings.

Com efeito, ações ou recursos interpostos no decorrer do procedimento arbitral com o objetivo de questionar a competência dos árbitros, ao menos em tese, não têm qualquer impacto na arbitragem, já que os árbitros têm a prerrogativa de dar continuidade à ao procedimento.<sup>125</sup>

#### 2.4. Dos fundamentos da regra competência-competência

Ultrapassada a pacífica questão da finalidade do princípio da competência-competência, insta registrar a existência de relevante controvérsia doutrinária acerca da fonte do poder conferido aos árbitros para decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, ou melhor, para analisar a sua própria competência.

É que, para alguns doutrinadores, o princípio da competência-competência representa verdadeiro paradoxo, em razão da possibilidade de o árbitro vir a julgar nula ou ineficaz a convenção de arbitragem, hipótese em que, conseqüentemente, passaria a ser carecedor de poderes para determinar sua própria competência e até mesmo para proferir aquela decisão.

Em outras palavras, como poderia o árbitro declarar-se incompetente se, fazendo-o, estaria reconhecendo que não seria árbitro e, portanto, não teria o poder de analisar a sua própria competência?<sup>126</sup>

É em virtude desse aparente paradoxo que parte da doutrina sustenta ser o princípio da competência verdadeira ficção jurídica, criada com o fito de viabilizar o instituto da arbitragem, para que na hipótese de vir a ser a convenção de arbitragem considerada nula ou inexistente, essa decisão permaneça eficaz e exequível.

O renomado jurista britânico, Julian D. M. Lew, é um dos partidários dessa teoria e assevera ser esse princípio “verdadeira ficção jurídica, criada para assegurar a continuidade do procedimento arbitral e afastar incidentes judiciais meramente protelatórios, mediante

---

<sup>125</sup> POUDRET, Jean François. BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2nd. ed., Cornwall: Sweet & Maxwell, 2007, p. 385. Tradução da autora: actions or challenge procedures aimed at establishing the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal have no automatic impact on the arbitration, as the arbitrators are empowered at their discretion to continue the arbitral proceedings.

<sup>126</sup> ALVES, Rafael Francisco. op. cit, p. 147.

atribuição aos árbitros do direito de decidir sobre a regularidade de seus próprios poderes”,<sup>127</sup> independentemente de posterior constatação da ineficácia ou nulidade da convenção de arbitragem.

Essa corrente doutrinária defende ser a convenção de arbitragem ou o *pacta sunt servanda* o verdadeiro fundamento do princípio da competência-competência, de modo que ao declarar sem eficácia, nula ou inexistente a convenção de arbitragem, estaria o árbitro despedido de competência até mesmo para proferir essa decisão.

Alegam, assim, por entender que o poder conferido aos árbitros para apreciar sua própria competência advém da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, que ‘se o tribunal arbitral decidir que a cláusula compromissória não é um acordo válido, então a base para sua autoridade desaparece. Na realidade, se a cláusula não for exequível, a autoridade nunca teria existido’.<sup>128</sup>

De acordo com Brekoulakis, desafia a lógica conferir competência a um tribunal cuja autoridade está sendo questionada.<sup>129</sup>

Na ótica desses doutrinadores, se ao analisar a validade e eficácia da cláusula compromissória o árbitro conclui que lhe falta competência, na realidade essa decisão prescinde de legitimidade ou autoridade, porquanto é resultado de falsa premissa, já que as partes, pragmaticamente, nunca teriam conferido quaisquer poderes ao tribunal arbitral.

Já outra corrente doutrinária, encabeçada por Philippe Fouchard, defende que o sustentáculo do princípio da competência-competência não advém da cláusula compromissória em si, mas da Lei de Arbitragem do país em que a arbitragem irá se desenvolver que, por sua vez, traz em seu bojo os preceitos da regra competência-competência.

---

<sup>127</sup> Sobre o assunto ver, LEW, Julian D. M. *Comparative international commercial arbitration*, p. 333.

<sup>128</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBY, Nigel; PARTSIDES, Constantine. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 38. Tradução livre: ‘if the arbitral tribunal decides that the clause is not a valid agreement to arbitrate then the basis for its authority disappears. In reality, if the clause is not an enforceable agreement to arbitrate, that authority was never there’

<sup>129</sup> Id. p. 45. Tradução livre: It defies logic to confer jurisdiction on a forum whose authority is in contention.

Portanto, “o fundamento do *Kompetenz-Kompetenz* situa-se na lei de arbitragem da sede da arbitragem ou no direito de arbitragem dos Estados suscetíveis de reconhecer uma decisão proferida por árbitros sobre sua própria competência”.<sup>130</sup>

Por exemplo, um tribunal arbitral internacional cuja sede seja na França pode proferir decisão declarando que não tem competência para apreciar a matéria, em razão da ausência de uma convenção de arbitragem válida. Isso porque, o tribunal o faz com base na lei de arbitragem francesa e não com fulcro na cláusula compromissória inválida ou inexistente.<sup>131</sup>

Nessa esteira, o que confere poder aos árbitros para analisar a sua própria competência não é a convenção de arbitragem, mas a lei que reconhece e ratifica o princípio da competência-competência.<sup>132</sup>

Em sendo assim, qualquer decisão do tribunal arbitral que verse sobre a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, ao contrário do que sustenta a outra corrente doutrinária, está devidamente respaldada na lei de arbitragem do local onde se desenvolverá o procedimento arbitral, de modo que eventual decisão negativa nesse sentido não lhe retira a validade ou eficácia.

Por fim, é importante esclarecer que embora não haja consenso na doutrina sobre a verdadeira fonte dos poderes dos árbitros para analisar sua própria competência, se proveniente da cláusula compromissória ou da Lei de Arbitragem do local em que o procedimento arbitral irá se desenvolver, consideram-se mais plausíveis os argumentos sustentados por Philippe Fouchard.

---

<sup>130</sup> PITOMBO, Eleonora. Os efeitos da convenção de arbitragem – adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; BATISTA MARTINS, Pedro (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 332.

<sup>131</sup> FOUCARD, GAILLARD, GOLDMAN. op.cit., p. 399. Tradução livre: For example, an international arbitral tribunal sitting in France can properly make an award declaring that it lacks jurisdiction for want of a valid arbitration agreement, because it does so on the basis of French arbitration law, and not in the basis of the arbitration held to be non-existent or invalid.

<sup>132</sup> ALVES, Rafael Francisco. op. cit., p. 147.

## 2.5. A autonomia da cláusula compromissória

O princípio da competência-competência é frequentemente apresentado como sendo o corolário do princípio da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal. Essas duas regras, de fato, sobrepõem-se um pouco, pelo que devem ser calmamente distinguidas.<sup>133</sup>

Isso porque, a autonomia da cláusula compromissória (também conhecida como separabilidade da cláusula compromissória) e o princípio da competência-competência exercem praticamente o mesmo papel, já que ambos servem como mecanismo de prevenção contra a prática de medidas protelatórias, evitando a suspensão da arbitragem mediante simples arguição de invalidade ou ineficácia do contrato ou da cláusula compromissória.

Todavia, o princípio da autonomia da cláusula compromissória confere ao tribunal arbitral a faculdade de prosseguir com o procedimento, não obstante eventual objeção acerca da validade do contrato principal, no qual a cláusula compromissória se encontra inserida; ao passo que o princípio da competência-competência viabiliza a continuidade da arbitragem, mesmo diante da incerteza acerca da regularidade dos poderes dos árbitros e de sua investidura.

A autonomia da cláusula compromissória diz respeito aos defeitos existentes no contrato principal que podem comprometer a competência do tribunal arbitral. A doutrina da *Kompetenz-Kompetenz*, por outro lado, dá aos árbitros o direito de analisar as alegadas inconsistências na cláusula compromissória em si.<sup>134</sup>

Para que se possa identificar a diferença entre autonomia da cláusula compromissória e o princípio da competência-competência, faz-se necessário, antes, determinar o âmbito de cada

---

<sup>133</sup> FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN. op. cit., p. 399. Tradução livre: The competence-competence principle has often been presented as the corollary of the principle of the autonomy of the arbitration agreement from the main contract. These two rules in fact overlap only slightly and should be carefully distinguished

<sup>134</sup> PARK, William W. op. cit., p. 93. Tradução livre: The autonomy of the arbitration clause operates with respect to defects in the main contract which might otherwise taint the arbitrator's jurisdiction. The doctrine of *Kompetenz-Kompetenz*, on the other hand, gives the arbitrator the right to pass upon even alleged infirmities in the arbitration clause itself.

um. Quando a questão diz respeito à validade ou abrangência da cláusula compromissória em si, sem qualquer objeção quanto ao contrato principal, a autonomia não exerce nenhuma função.<sup>135</sup>

Falar de autonomia é considerar a cláusula compromissória independente em relação ao contrato principal, enquanto competência-competência dá aos árbitros o poder de regular sua própria competência.<sup>136</sup>

Sem o princípio da autonomia, um tribunal de arbitragem fazendo uso da competência-competência poderia ser obrigado a deixar de apreciar o mérito demanda arbitral, pois a validade e existência da cláusula compromissória poderiam ser afetadas pela alegação nulidade do contrato principal.<sup>137</sup>

Verifica-se, portanto, que a autonomia da cláusula compromissória permite aos árbitros prosseguir com a arbitragem, independentemente do teor de sua decisão final acerca da validade do contrato principal.

Assim, é possível concluir que quando aderem a um contrato que contém cláusula compromissória, as partes não concluem um só contrato, mas dois: o primeiro, o contrato principal, que prevê determinados tipos de ação; o segundo, adicional e autônomo, que prevê que as disputas oriundas do contrato principal serão submetidas à arbitragem.<sup>138</sup>

É justamente o fato de ser a cláusula compromissória considerada um contrato distinto do principal que possibilita ao tribunal arbitral julgar o contrato nulo ou defeituoso, sem que isso implique necessariamente na ausência de poderes dos árbitros para decidir a questão.

---

<sup>135</sup> MERKIN, Robert. *Arbitration Law*. London: LLP, 2004, p. 237. Tradução livre: In order to appreciate the distinction between separability and *Kompetenz-Kompetenz* it is necessary to determine the ambit of each. Where the issue is the validity or scope of the arbitration clause itself, with no objection being raised as to the validity of the substantive agreement to which relates, the separability principle has no role to play.

<sup>136</sup> DIMOLITSA, Antonias. op. cit., p. 217. Tradução livre: To speak of autonomy is to consider the arbitration clause as separate from the main contract, whereas competence-competence means giving arbitrators the power to rule on their own jurisdiction.

<sup>137</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBY, Nigel; PARTSIDES, Constantine. op. cit., p. 254. Tradução livre: Without the doctrine of separability, a tribunal making use of its competence-competence would potentially be obligated to deny jurisdiction on the merits since the existence of the arbitration clause might be affected by the invalidity of the underlying contract.

<sup>138</sup> SCHWEBEL, Stephen M. op. cit., p. 5. Tradução livre: 'parties to an agreement containing an arbitration clause conclude not one agreement but two: first, the substantive or principal agreement which provides for a certain course of action; second, and additional, separable agreement which provides for arbitration of disputes arising out of the principal agreement'.

Eventual invalidade ou ineficácia do contrato principal não compromete necessariamente a arbitragem, a não ser que a alegada irregularidade prejudique também a própria cláusula compromissória.

Isto é, a autonomia da cláusula compromissória não impede que a invalidade com contrato a ela se estenda, quando se tratar de uma *causa comum* à cláusula e ao contrato, como, por exemplo, a incapacidade de um dos convenientes ou qualquer dos vícios que maculem a própria vontade.<sup>139</sup>

O principal efeito da doutrina da autonomia da cláusula compromissória é que um vício envolvendo o contrato principal em que a cláusula está inserida, não priva o tribunal arbitral de analisar a questão, a não ser que o defeito também afete a cláusula compromissória em si.<sup>140</sup>

Assim, “muito embora a competência-competência esteja ligada à autonomia da cláusula compromissória, aquela constitui, na verdade, não apenas um princípio distinto, mas, sobretudo, mais abrangente, englobando, inclusive, ambas as espécies de convenção de arbitragem”,<sup>141</sup> diferentemente da primeira que diz respeito apenas à cláusula compromissória.

Fala-se da autonomia da cláusula compromissória quando os contratantes questionam a validade do contrato em si e ao tribunal arbitral é assegurado decidir o litígio; ao passo que a competência-competência alude à capacidade conferida aos árbitros para analisar sua própria competência, mediante argüição da validade e eficácia, seja da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

---

<sup>139</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral de arbitragem interno*. São Paulo: Mandamentos, 2000, p. 239.

<sup>140</sup> MUSTIL, Lord; BOYD, Stewart C. *Commercial arbitration*. 2nd. ed, London: Butterworths, 2001, p. 266. Tradução livre: the effect of the doctrine of separability is that a defect in the agreement to which the arbitration agreement relates does not deprive the tribunal of jurisdiction over the substantive dispute unless the defect also affects the arbitration agreement itself.

<sup>141</sup> ALVES, Rafael Francisco, op. cit., p. 9.

## 2.6. Os efeitos do princípio da competência-competência

Uma vez traçadas as diferenças e semelhanças entre os princípios da autonomia da cláusula compromissória e da competência-competência, é importante reconhecer que tal como ocorre com a convenção de arbitragem, este princípio tem dúlice função, manifestada em seus efeitos positivos e negativos.

O efeito positivo do princípio da competência-competência possibilita aos árbitros analisar sua própria competência. O efeito negativo é igualmente importante, permite-lhes chegar a uma decisão sobre a regularidade de seus poderes, de forma antecedente a qualquer corte estatal ou outra autoridade judicial e, por isso, restringe o seu papel ao reexame da sentença arbitral.<sup>142</sup>

Enquanto o efeito positivo da competência-competência confere aos árbitros capacidade para analisar a regularidade de seus poderes, o efeito negativo impede que as partes busquem o auxílio do Judiciário, antes de uma decisão arbitral, para resolução de questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

O efeito negativo da competência-competência reza a subtração da competência do juízo estatal para análise da questão litigiosa surgida entre os contratantes, de modo que os árbitros possam ser os primeiros a analisar os aludidos questionamentos.

Esclareça-se que “o efeito negativo é que faz com que o efeito positivo seja oponível ao juiz togado, impondo a este abster-se de conhecer e julgar a questão antes da sua apreciação pelo árbitro”.<sup>143</sup>

O efeito positivo, “é uma noção simples e praticamente incontroversa, aceita e reconhecida na comunidade internacional”,<sup>144</sup> por preconizar, unicamente, a apreciação pelos próprios árbitros de eventuais argüições acerca de seus poderes.

---

<sup>142</sup> FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, op. cit., p. 401. Tradução livre: The positive effect of the competence-competence principle is to enable the arbitrators to rule on their own jurisdiction. The negative effect is equally important. It is to allow them to come to a decision on their jurisdiction prior to any court or other judicial authority, and thereby to limit the role of the courts to the review of the award.

<sup>143</sup> PITOMBO, Eleonora. op. cit., p. 331.

Já o efeito negativo do princípio da competência-competência, ao contrário do que sucede com o positivo, apresenta diferentes acepções e interpretações, a depender das normas de cada país, havendo variações quanto ao momento em que é admitida a intervenção do juízo estatal no procedimento, para decidir sobre a regularidade dos poderes dos árbitros.

Isso porque, constitui característica fundamental do efeito negativo da competência-competência, a priorização dos tribunais arbitrais em relação às cortes estatais, no que diz respeito ao exame da existência e validade da convenção de arbitragem<sup>145</sup>, fato que não é acatado de forma unânime pela comunidade internacional.

Outrossim, ao estabelecer a prioridade dos árbitros em relação ao Judiciário, o efeito negativo da competência-competência traz à tona outra face deste princípio, referente ao suposto dever de abstenção do Estado de apreciar eventuais ações propostas com a finalidade de obstar o prosseguimento do procedimento arbitral ou de o declarar nulo ou irregular.

O outro lado da equação impõe essa regra ao Judiciário e limita a competência dos juízes estatais para apreciar litígios, quando as partes decidem submeter questões controvertidas ao meio privado de resolução de conflitos.<sup>146</sup>

Diante de uma cláusula compromissória em um contrato, portanto, deve o juízo estatal se abster de apreciar eventual ação relativa à validade da cláusula compromissória ou à constituição do tribunal arbitral, para que os próprios árbitros tenham, em primeiro lugar, essa oportunidade.

Assim, embora o princípio da competência-competência seja largamente aceito na comunidade internacional, o seu efeito negativo sofre alterações significativas de acordo com a legislação de cada país, a depender do grau de interação entre Judiciário e tribunal arbitral, bem como do momento em que o juízo estatal está legalmente autorizado a intervir na arbitragem.

---

<sup>144</sup> BARCELÓ III, John J. Who decides the arbitrators jurisdiction? Separability and competence-competence in a transnational perspective. In: *Vanderbilt journal of transnational law*. Vol. 36, 2003, p. 1120.

<sup>145</sup> BREKOULAKIS, Stavros, op. cit., p. 241. Tradução livre: Thus, the prioritization of arbitral tribunals over national courts as regards the examination of the validity of an arbitration agreement constitutes a fundamental doctrinal characteristics of the negative competence-competence effect.

<sup>146</sup> PARK, William. op. cit., p. 62. Tradução livre: The flip side of the equation, however, reveals a rule about courts, and the limitations on judges' ability to hear certain matters imposed when litigants decide to submit controverted questions to private dispute resolution.

Por outro lado, o efeito positivo do princípio da competência-competência, consistente na atribuição de poderes ao tribunal arbitral para analisar sua própria competência, por consistir na própria essência do princípio, não apresenta tantas divergências.

O efeito negativo, como se disse, diverge sobremaneira de um país para outro, principalmente quanto à exclusão da possibilidade de análise judicial prévia acerca da validade e eficácia da cláusula compromissória.

Se por um lado há países que conferem exclusivamente aos árbitros a apreciação de tais questionamentos, afastando qualquer intervenção do Judiciário neste sentido, até posterior prolação da sentença arbitral, há sistemas normativos que atribuem às partes a prerrogativa de conferir ou não tais poderes aos árbitros, como também há leis que conferem, de forma concorrente, tanto aos árbitros quanto ao Judiciário esses poderes.

“O procedimento tradicional é permitir a análise pela corte estatal da validade e eficácia da convenção arbitral, sem que seja necessário aguardar a decisão dos árbitros nesse sentido, não obstante o acordo realizado entre as partes no sentido de submeter eventuais conflitos à arbitragem”.<sup>147</sup>

No entanto, muitos países, hoje em dia, já adotam a regra da competência prioritária, estabelecendo a preferência do tribunal arbitral em relação às cortes estatais, para a análise da regularidade dos poderes dos árbitros, ratificando integralmente o efeito negativo do princípio da competência-competência.

“Registre-se que este princípio tem dado azo a muita controvérsia e mal-entendidos, e por trás da aparência de unanimidade – a maioria das leis reconhece o princípio de alguma forma – ele continua sendo objeto de considerável divergência entre diferentes sistemas normativos”.<sup>148</sup>

O fato é que a comunidade internacional ainda está longe de chegar a um consenso quanto à aplicação do princípio da competência-competência, principalmente em relação seu

---

<sup>147</sup> FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, op. cit., p. 408. Tradução livre: The traditional approach is to allow a court which has been asked to rule on the merits of the case despite the existence of an arbitration agreement to fully review the existence and validity of such agreement without waiting for a decision from the arbitrators on those issues.

<sup>148</sup> Ibid. p. 395. Tradução livre; ‘has given rise to much controversy and misunderstanding, and behind the appearance of unanimity – most laws now recognize the principle in some form – it continues to be the subject of considerable divergence between different legal systems’.

efeito negativo. As formas através das quais o princípio se apresenta variam substancialmente de um país para outro, a depender do modelo de regulação adotado, consoante restará demonstrado a seguir.

## 2.7. Modelos de regulação do princípio da competência-competência

Conquanto a maioria dos sistemas normativos vigentes reconheça o princípio da competência-competência, não é difícil identificar na comunidade internacional as mais diversas acepções dessa regra, que podem variar entre o extremo liberalismo à absoluta ortodoxia.

“A aparência de unanimidade esconde um sem número de profundas divergências, visto que esse tão discutido princípio se assemelha a um camaleão, porquanto muda de cor de acordo com a norma do país ou da instituição que lhe aplica”.<sup>149</sup>

Isto porque, a depender da legislação de cada país, o juiz estatal pode ser instado a se pronunciar acerca da regularidade dos poderes dos árbitros tanto no início do procedimento arbitral, como também no decorrer do procedimento, tão logo a questão surja, pode, ainda, ter que aguardar até o seu desfecho para poder intervir.

Na Inglaterra, por exemplo, “os árbitros podem opinar em relação aos limites de sua competência, sem que isso restrinja a possibilidade de as cortes estatais apreciarem a questão. Contudo, não ocorre a suspensão nem do procedimento arbitral nem da ação judicial”.<sup>150</sup>

Em alguns países, as partes podem acordar, expressa ou implicitamente, em submeter aos árbitros questionamentos relativos à sua própria competência. Nos sistemas normativos que

---

<sup>149</sup> PARK, William, op. cit. p. 56. Tradução livre: The appearance of unanimity conceals a number of deep divergences<sup>149</sup>, as this much-vexed principle possesses a chameleon-like quality that changes color according to the national and institutional background of its application.

<sup>150</sup> Ibid. p. 68. Tradução livre: the arbitrators might offer an opinion in the limits of their own authority, but without in any way restricting the court's consideration of the same question. Although the arbitration does not necessarily stop, neither do related judicial actions.

seguem essa linha, tais problemas só são solucionados através da arbitragem caso as partes tenham decidido dessa forma.<sup>151</sup>

Já outros sistemas, como o francês, acolhem por completo o efeito negativo do princípio da competência-competência e preconizam o direito dos árbitros de apreciar, em primeiro lugar, questionamentos levantados pelas partes acerca da competência do tribunal arbitral, de modo que sempre lhes é atribuída esta prerrogativa, de forma antecedente em relação ao Judiciário.

É a denominada regra da competência prioritária: a cortes estatais devem declinar de sua competência para apreciar a causa, caso a questão ainda não tenha sido apreciada pelo tribunal arbitral.<sup>152</sup>

No que diz respeito à regra competência prioritária, é válido destacar as lições de Antonias Dimolitsa:

Aqueles que endossam a regra da competência prioritária enfatizam a necessidade de se evitar manobras procrastinatórias, enquanto aqueles que são a favor da possibilidade de provocação imediata das cortes estatais insistem na necessidade de se economizar recursos. Ambos os argumentos devem ser levados a sério. Contudo, é certo que o acesso imediato ao Judiciário obstrui o normal desenvolvimento da arbitragem.<sup>153</sup>

Nesse sentido, o princípio da competência-competência é uma regra de prioridade cronológica. Levando em consideração suas duas facetas, o princípio pode ser definido como uma norma que permite aos árbitros analisar primeiramente objeções quanto à sua competência, objeto de subsequente revisão pelo juízo estatal.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> PARK, William, op. cit. p. 72. Tradução livre: the parties might agree, expressly or impliedly, to subject the jurisdictional questions to arbitration. In legal systems following this approach, jurisdictional questions themselves are considered capable of settlement by arbitration, pursuant to agreement by the parties.

<sup>152</sup> DIMOLITSA, Antonias. op. cit., p. 238. Tradução livre: 'a court must declare that it lacks jurisdiction if the case brought before it has already been submitted to an arbitral tribunal'.

<sup>153</sup> Ibid. p. 241. Tradução livre: Supporters of the priority rule stress the need to avoid dilatory tactics, while those who favour the possibility of immediately resorting to courts insist on the need to save resources. Both arguments are to be taken seriously. However, it is certain that allowing immediate action before courts obstructs the normal development of an arbitration.

<sup>154</sup> FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, op. cit., p. 401. Tradução livre. In that sense, the competence-competence principle is a rule of chronological priority. Taking both of its facets into account, the principle can be defined as the rule whereby arbitrators must have the first opportunity to hear challenges relating to their jurisdiction, subject to subsequent review by the courts.

Sob esse prisma, há de se convir que esse princípio é um preceito cronológico, instituído, sobretudo, para regulamentar o momento em que o juízo estatal poderá ser instado a se pronunciar acerca da regularidade dos poderes do tribunal arbitral.

Isso porque, como já não mais existe nenhum país que ratifica a antiga regra *Kompetenz-Kompetenz* – segundo a qual os árbitros têm a palavra final acerca de sua própria competência – é certo que o juízo estatal, em algum momento, poderá vir a ser provocado, basta identificar apenas em que ocasião cada sistema irá permitir essa intervenção.

Os modelos de regulação adotados por cada país variam de acordo com a política legislativa de cada localidade. Isto é, se o objetivo é prestigiar a arbitragem, conferindo-lhe plena eficácia e celeridade, afasta-se ao máximo a intervenção do Judiciário no procedimento arbitral e ratifica-se ao extremo o efeito negativo do princípio da competência-competência. Mas se o escopo principal é primar pela economia processual, admite-se a ingerência das cortes estatais na arbitragem, como uma forma de se evitar eventual desperdício de tempo e de recursos.

Se de um lado, a prerrogativa dos árbitros de decidir primeiro acerca de sua própria competência afasta o temor de que as partes possam interromper o procedimento arbitral, diante da mínima evidência de irregularidade da convenção de arbitragem; de outro, essa medida pode implicar em um gasto desnecessário de tempo e dinheiro, caso o Judiciário, posteriormente, considere nula a cláusula compromissória.

Cada alternativa representa um risco e uma oportunidade para realização de manobras dilatórias pelas partes. A postergação da intervenção do Judiciário pode levar o réu a ter gastos desnecessários procedimento arbitral. Todavia, o acesso prematuro às cortes estatais aumenta a probabilidade da utilização de práticas procrastinatórias.<sup>155</sup>

Os defensores da intervenção, a qualquer momento, do juízo estatal para apreciação de eventuais questionamentos acerca da irregularidade dos poderes dos árbitros, alegam que, de outra maneira, corre-se o risco de se ter que aguardar até o término do procedimento arbitral e, ainda, obter decisão do Judiciário que declara nula ou ineficaz a convenção de arbitragem.

---

<sup>155</sup> PARK, William. op. cit., p. 57. Tradução livre: each alternative carries its own risks and opportunities for mischief. Delay in judicial scrutiny can subject respondents to the expense of unauthorized proceedings before overreaching arbitrators. However, early access to courts increases opportunities for dilatory tactics.

Em nome da economia processual, portanto, defende-se a relativização do efeito negativo princípio da competência-competência, na medida em que, ao permitir a análise judicial prévia sobre a competência dos árbitros, tentam evitar que arbitragens fadadas à invalidade, do ponto de vista judicial, prossigam inutilmente.<sup>156</sup>

A provocação do Judiciário no início do procedimento arbitral pode significar economia de tempo e de recursos para os litigantes. Se o juiz concluir que a convenção de arbitragem é inválida, ou não é ampla o suficiente para cobrir o litígio, nenhuma das partes perde tempo ou dinheiro com a arbitragem.<sup>157</sup>

Aqueles que adotam o efeito negativo da competência-competência e pregam, por conseguinte, o encerramento da arbitragem para posterior intervenção do juízo estatal, sustentam que, sem esse mecanismo, a arbitragem deixa de contar com sua maior vantagem que é a celeridade, já que ausência dessa regra pode ensejar reiteradas interrupções do procedimento até ulterior decisão do Judiciário.

Os que apostam no efeito negativo da competência-competência buscam, na verdade, combater as manobras dilatórias das partes que resistem de forma injusta ao desenvolvimento da arbitragem.<sup>158</sup>

Assim, vê-se que os diferentes modelos de regulação do princípio da competência-competência apresentam suas vantagens e desvantagens, no que diz respeito aos quesitos celeridade e economia processual, sendo certo que não é possível apontar qual a melhor solução.

Buscar as cortes estatais no início do procedimento arbitral pode economizar tempo e dinheiro dos litigantes, levando em consideração eventual constatação final de inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula compromissória. Por outro lado, recursos públicos podem ser economizados através da postergação desse exame pelas cortes estatais, até pelo menos o

---

<sup>156</sup> Nesse sentido ver, Rafael Francisco Alves. op. cit., p. 64.

<sup>157</sup> PARK, William. op. cit., p. 80. Tradução livre: court challenge to jurisdiction at the beginning of the process can save time and expense for the litigants. If a judge finds the alleged arbitral clause to be void, or too narrow in scope to cover the dispute, the neither side waste time or money in arbitration.

<sup>158</sup> ALVES, Rafael Francisco. op. cit., p. 64.

término do procedimento arbitral, ocasião em que as partes podem ter chegado a um acordo ou acatado a decisão dos árbitros.<sup>159</sup>

Cada modelo de regulação, portanto, apresenta seus aspectos positivos e negativos, razão pela qual não existe consenso na doutrina, tampouco entre os sistemas normativos vigentes, acerca da forma mais eficiente de regulação do princípio da competência-competência.

É possível constatar, também, que os modelos de regulação divergem somente quanto à aplicação do efeito negativo da competência-competência, isto é, apenas no que diz respeito ao cabimento da análise judicial sobre a competência dos árbitros, antes do término do procedimento arbitral.

Não obstante a diversidade de interpretações e acepções do princípio da competência-competência é possível classificar os modelos de regulação em três grandes grupos, que embora não tenham o condão de exaurir todas as configurações existentes, representam bem os principais modelos de regulação deste princípio.

#### 2.7.1. A competência concorrente de árbitros e juízes

O modelo da competência concorrente não reconhece o efeito negativo do princípio da competência-competência, permitindo que as cortes estatais analisem a competência dos árbitros a qualquer momento: árbitros e juízes acabam sendo igualmente competentes para decidir sobre a regularidade da convenção de arbitragem, antes da prolação da sentença.<sup>160</sup>

O paradigma mais evidente desse modelo de regulação são os Estados Unidos, cujas leis que tratam do princípio da competência-competência são bastante ambíguas, para não dizer contraditórias.

---

<sup>159</sup> PARK, William W. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 94. Going to court at the beginning of the proceedings can save time and expense for the litigants, assuming lack of any valid arbitration clause of appropriate scope. On the other hand, judicial resources may be conserved by delaying review until the end of the process, when the parties may have settled or the arbitrator has gotten it right.

<sup>160</sup> ALVES, Rafael Francisco. op. cit., p. 62.

É que, enquanto a Lei Federal de Arbitragem permite, a qualquer tempo, a análise pelas cortes estatais da regularidade dos poderes dos árbitros, afastando o princípio da competência-competência, a Lei Modelo de Arbitragem – cujo principal escopo é conferir uniformidade ao procedimento arbitral dentre as diversas normas estaduais – estabelece um sistema de competência compartilhada, em que as cortes estatais são responsáveis pela apreciação de questões relativas à arbitrabilidade substantiva do conflito e os árbitros pelo exame das questões procedimentais.

Não bastasse isso, a jurisprudência reza que se houver clara manifestação de vontade das partes em submeter ao tribunal arbitral questões ligadas à sua própria competência, a decisão dos árbitros será vinculativa, a ponto de ser inadmissível revisão pelas cortes estatais.

Enquanto a Lei Federal de Arbitragem contém uma presunção geral de que questões relativas à competência dos árbitros devem ser decididas pelas cortes estatais, julgados da Suprema Corte asseveram que a questão pode ser decidida pelos árbitros se a convenção de arbitragem claramente demonstrar que as partes pretendem submeter tais questões ao crivo do tribunal arbitral.<sup>161</sup>

A propósito, é importante trazer à baila entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no célebre caso *First Options of Chicago x Kaplan*. Isso porque, nessa oportunidade, embora tenha sido conferida ao Judiciário competência para apreciar objeções quanto à regularidade dos poderes dos árbitros, admitiu-se a possibilidade de submissão de tal questionamento ao tribunal arbitral, caso as partes tivessem demonstrado interesse manifesto e inequívoco neste sentido.

Com efeito, essa foi a primeira ocasião em que as Cortes Americanas acolheram o princípio da competência-competência, já que anteriormente, o entendimento pacífico era de que o Judiciário é que era detentor único da competência para decidir acerca da regularidade dos poderes dos árbitros.

---

<sup>161</sup> COLAIUTA. The Similarity of Aims in the American and French Legal Systems With Respect to Arbitrator's Powers to Determine Their Jurisdiction. In: *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series. The Hague: Kluwer Law International, 2007, p. 161. Tradução livre: While the US Federal Arbitration Act contains a general presumption that arbitrability should be decided by the court, federal cases hold that the issue may be referred to the arbitrator if the arbitration agreement clearly shows that the parties intended that the question should be decided by arbitrators.

Em julgamentos posteriores, as Cortes Americanas mantiveram o mesmo entendimento como, por exemplo, no caso *AT&T Technologies Inc x Communications Workers* e no caso *American Life Insurance x The Parkway Corp*, de modo que se pode afirmar que a jurisprudência americana aponta no sentido de admitir o efeito negativo do princípio da competência-competência, com a condição de que haja manifesta pretensão das partes nesse sentido.

Vê-se, assim, que a manifestação de vontade inequívoca das partes em submeter aos árbitros eventuais questionamentos acerca da validade e eficácia da convenção de arbitragem, tornou-se a única exceção à regra de que as cortes estatais podem ser chamadas a qualquer momento para intervir no procedimento arbitral.<sup>162</sup>

Em outras palavras, a Corte Suprema dos Estados Unidos entende que as questões referentes à regularidade dos poderes dos árbitros devem ser decididas pelas cortes estatais, a não ser que as partes tenham acordado o contrário, de forma clara e indiscutível.<sup>163</sup>

Busca-se, com isso, assegurar que eventual conflito acerca da competência dos árbitros só seja submetido à análise do próprio tribunal arbitral, caso as partes demonstrem interesse em proceder dessa forma, primando, assim, pela autonomia da vontade das partes.

De outro prisma, é possível afirmar que a aplicação do princípio da competência-competência no direito norte-americano ocorre somente pela via contratual, e não pela via legal, como acontece na maioria dos sistemas.

Constata-se, assim, a existência de manifesta ambigüidade, consistente na possibilidade de o Judiciário intervir a qualquer momento no procedimento arbitral e, por outro lado, de ficar impossibilitado de emitir pronunciamentos, na hipótese de as partes demonstrarem desejo expresso de conferir aos árbitros capacidade para analisar sua competência.

Essa impossibilidade de reexame pelas cortes estatais da decisão dos árbitros acerca de sua própria competência – quando as partes assim tiverem acordado de maneira explícita –

---

<sup>162</sup> Neste sentido, ALVES. A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro, p. 68.

<sup>163</sup> TWEEDALE, Andrew. op. cit., p. 175. Tradução livre: this court finds equally applicable the principle that “unless the parties clearly and unmistakably provide otherwise, the question of whether the parties agreed to arbitrate is to be decided by the court.

assemelha-se à antiga regra da *Kompetenz-Kompetenz*, já que afasta em caráter definitivo a intervenção do Estado no conflito.

O posicionamento da jurisprudência norte-americana, portanto, aparenta ser uma solução plausível para o já comentado paradoxo do princípio da competência-competência, porquanto homenageia a autonomia da vontade das partes no que tange à submissão ou não de tais questões ao crivo do tribunal arbitral, ao mesmo tempo em que elimina a possibilidade de posterior anulação da decisão dos árbitros, primando, assim, pela economia processual e pela celeridade.

Esclareça-se que aqui não se está a elogiar o sistema norte-americano, visto que apresenta ambigüidade manifesta, e que legalmente chega a afastar o princípio da competência-competência, mas a considerar o posicionamento da jurisprudência anglo-saxã, quiçá, a melhor solução para o discutido dilema referente aos modelos de regulação desse princípio.

#### 2.7.2. A competência prioritária incondicionada dos árbitros

Se a competência concorrente entre árbitro e juízes, pragmaticamente, refuta o princípio da competência-competência, a competência incondicionada dos árbitros é o modelo de regulação que o ratifica por completo, ou seja, que confere aos árbitros absolutos e irrestritos poderes para analisar a regularidade da cláusula compromissória, até o encerramento da arbitragem.

Cabe aos árbitros e somente a eles decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem antes da prolação da sentença arbitral, restando aos juízes apenas o controle posterior, em sede de anulação, reconhecimento ou execução de sentença arbitral.<sup>164</sup>

O modelo mais notório de regulação, pertencente a esta categoria, é o encontrado na França, onde a presunção é de que, ante a existência de convenção de arbitragem, a regularidade

---

<sup>164</sup> ALVES, op. cit., p. 62.

dos poderes dos árbitros deve ser analisada pelo tribunal arbitral, inicialmente, em detrimento das cortes estatais.<sup>165</sup>

Outrossim, consta expressamente do Código de Processo Civil Francês dispositivo referente ao dever das cortes estatais de suspender qualquer medida judicial – ante a existência de cláusula compromissória válida – até o encerramento da arbitragem.

Isto quer dizer que, acaso esteja pendente o procedimento arbitral, as cortes estatais não podem analisar a existência ou validade da convenção de arbitragem, se a parte defendente propuser uma ação perante o Judiciário nesse sentido.<sup>166</sup>

Mesmo na hipótese de ainda não ter iniciado o procedimento arbitral, o juízo estatal deverá se declarar incompetente para apreciar a o conflito, a não ser que seja inequívoco o vício da cláusula compromissória.

Dessa forma, a única exceção à regra da competência prioritária incondicionada dos árbitros ocorre na hipótese de a convenção de arbitragem se mostrar inequivocamente viciada ou ineficaz, ocasião em que o juízo estatal estará autorizado a se pronunciar, antes mesmo da instauração do tribunal arbitral.

O sistema normativo francês parece ser o único a adotar integralmente a regra da competência prioritária na aplicação do princípio da competência-competência (sic); essa regra obviamente é correlata à da efetividade da convenção de arbitragem porquanto reconhecidas pelo mesmo sistema.<sup>167</sup>

Ao reconhecer plenamente o efeito negativo do princípio da competência-competência, o direito francês optou por privilegiar o combate à eventuais manobras dilatórias das partes que

---

<sup>165</sup> TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. op. cit., p. 171. Tradução livre: The presumption is that where there is an arbitration agreement, and the jurisdiction of the arbitral tribunal is challenged, the arbitral tribunal must rule on its own jurisdiction initially to the exclusion of the courts.

<sup>166</sup> LEW, Julian D. op. cit., p. 347. Tradução livre: If arbitration proceedings were already pending, courts cannot even engage in a review of the prima facie existence of a valid arbitration agreement if the defendant in an action on the merits challenge jurisdiction.

<sup>167</sup> DIMOLITSA, op. cit., p. 238. Tradução livre: the French legal system seems to be the only one plainly to adopt the priority rule in the exercise of competence-competence; this rule obviously goes hand in hand with the principle of the effectiveness of the arbitration agreement as recognized by this same system.

resistem indevidamente à arbitragem, além de evitar a multiplicação de processos paralelos, com o risco inerente de decisões contraditórias.<sup>168</sup>

Como se disse, no entanto, esse modelo de regulação não contribui necessariamente com a celeridade do procedimento arbitral, tampouco implica em economia processual, já que não se pode afastar a hipótese do Judiciário, *a posteriori*, declarar nula convenção de arbitragem reputada válida pelo tribunal arbitral, daí a sua não aceitação por diversos países.

### 2.7.3. A competência prioritária condicionada dos árbitros

Este modelo de regulação é considerado híbrido em relação aos anteriores, porquanto admite, em determinadas situações, controle judicial antes do término do procedimento arbitral, tendo como paradigmas a Convenção de Nova Iorque e a lei modelo da UNCITRAL.

No entanto, os países que adotam esse modelo de regulação prioritária condicionada não seguem exatamente a mesma linha, ou melhor, não apresentam as mesmas normas, havendo diversas variações entre eles, a exemplo do que ocorre na Inglaterra e na Suíça.

Importante ressaltar que, de acordo com esse modelo de regulação, as cortes estatais são autorizadas a intervir no procedimento arbitral antes mesmo do seu término, caso identifiquem que a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral são nulos, sem efeito, inoperantes ou inexequíveis.

A Convenção de Nova Iorque, por exemplo, em seu artigo II.3, determina que o Tribunal de um Estado signatário, a pedido de uma das partes, encaminhe o litígio a arbitragem, a menos que identifique a existência de vícios na convenção de arbitragem.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> COLAIUTA. op. cit., p. 163. Tradução livre; in sum, the restrained intervention of French national courts allows the arbitral procedure to evolve preventing any dilatory actions and multiplication of parallel proceedings on the determination of the arbitrator's jurisdiction".

<sup>169</sup> Na íntegra, artigo II.3 - o tribunal de um estado signatário, quando de posse de uma 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 para a arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeito, inoperante ou inexequível.

Pode-se afirmar, portanto, que a Convenção de Nova Iorque reconhece de forma condicional o princípio da competência-competência: a rigor ela permite que as cortes locais deixem de remeter as partes à arbitragem se verificarem que a convenção de arbitragem é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.<sup>170</sup>

Já a lei-modelo da UNCITRAL, em seu artigo 8(1), estabelece que o tribunal deverá remeter o processo à arbitragem, se uma das partes suscitar a existência de convenção de arbitragem até o primeiro momento em que se manifestar na ação, e caso não seja constatada a existência de vícios manifestos.<sup>171</sup>

Consta do artigo 8(2), ainda, não só a possibilidade do procedimento arbitral ser instaurado ou continuar, mesmo diante da existência de uma ação judicial em curso, mas também a prerrogativa das partes de provocar o Judiciário antes do término do procedimento arbitral, desde que já tenham os árbitros decidido sobre sua própria competência em decisão preliminar.

Para evitar manobras dilatórias pelas partes mediante reiteradas provocações das cortes estatais, a lei modelo UNCITRAL ainda prevê medidas que visam atenuar a utilização equivocada do instituto, estabelecem, pois, prazo de 30 dias para interposição de recurso ao Judiciário; a impossibilidade de se recorrer da decisão judicial resultante dessa matéria; e como se disse, o prosseguimento da arbitragem inobstante a existência de ação judicial em curso.

Além disso, a lei-modelo da UNCITRAL também preconiza expressamente, em seu artigo 16, a competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência.<sup>172</sup>

Todavia, a vagueza dos dispositivos da lei modelo não permite identificar qual o tipo de controle que os juízes estatais podem exercer quando da análise da competência dos árbitros, tampouco leva em consideração a hipótese do tribunal arbitral se pronunciar sobre a regularidade dos seus próprios poderes somente quando da prolação da sentença.

---

<sup>170</sup>Sobre o modelo de regulação da competência-competência na Convenção de Nova Iorque ver, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, op. cit., p. 421

<sup>171</sup> Artigo 8(1): O tribunal no qual foi proposta uma ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem, se uma das partes solicitar até o momento em que apresentar suas primeiras alegações quanto ao fundo do litígio, remeterá as partes para a arbitragem, a menos que constate que a referida convenção se tornou caduca ou insuscetível de ser executada.

<sup>172</sup> Artigo 16: O tribunal arbitral pode decidir sobre sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem [...].

Ora, há de se convir que os árbitros, não necessariamente, analisam arguições acerca da regularidade de seus próprios poderes em uma decisão preliminar, sendo plausível, a depender da complexidade da causa, que deixem para se pronunciar apenas quando da prolação da sentença.

Nesse caso, então, o Judiciário deverá aguardar a prolação da sentença arbitral?

Não existe resposta para tal questionamento, tanto que os países cujas leis de arbitragem seguem a lei modelo UNCITRAL adotam o princípio da competência-competência das mais variadas formas, havendo semelhança apenas quanto à possibilidade de o Judiciário intervir no procedimento arbitral antes do seu término.

O que se pode afirmar, desta feita, é que o princípio da competência-competência não foi amplamente ratificado nem pela lei modelo UNCITRAL nem pela Convenção de Nova Iorque, razão pela qual são tidas como os principais paradigmas do modelo de regulação de competência limitado ou condicionado.

## 2.8. O princípio da competência-competência na comunidade internacional

A título ilustrativo, e para que se possa melhor compreender a forma como o princípio da competência-competência é aplicado na comunidade internacional, passa-se a expor, brevemente, o funcionamento dos principais sistemas normativos vigentes na comunidade internacional.

### 2.8.1. Alemanha

Antes da reforma de 1998, como se disse, as Cortes Alemãs admitiam as chamadas cláusulas *Kompetenz-Kompetenz*, através da qual ficava estabelecido que os árbitros detinham competência para decidir sobre a regularidade de seus poderes, sendo inadmissível posterior reexame dessa decisão pelas cortes estatais.

Contudo, a falta de rigor na aplicação dessa teoria alcançou um extremo tal que passou a ser aplicada pelo Judiciário Alemão a contratos que não continham sequer previsão neste sentido.

Ao invés de proceder com rigorosa análise acerca da existência genuína de uma cláusula especificamente destinada a submeter aos árbitros o exame de questões relativas à sua competência, os juízes estatais estavam inclinados a deixar esses assuntos para os árbitros quase que automaticamente, identificando a cláusula *Kompetenz-Kompetenz* diante da menor evidência.<sup>173</sup>

Ao se pronunciar sobre a manifesta falta de critérios na aplicação do referido princípio na Alemanha, um dos mais eminentes doutrinadores alemães ressaltou que, antes de 1998, o Judiciário do seu país estava inclinado a identificar a cláusula *Kompetenz-Kompetenz* onde elas sequer existiam, excluindo da apreciação judicial questões cujas partes não pretendiam submeter à arbitragem.<sup>174</sup>

Após a adoção da lei-modelo UNCITRAL pela Alemanha, em 1998, a ZPO alemã passou a estabelecer expressamente, em seu artigo 1.040, que as cortes estatais teriam sempre a última palavra no que diz respeito à competência dos árbitros.

A decisão definitiva sobre a matéria agora é da competência do Judiciário com base na nova lei alemã de arbitragem e esta regra não pode ser afastada pela vontade das partes.<sup>175</sup>

Posteriormente, em 2005, diante da falta de critérios na aplicação da *Kompetenz-Kompetenz*, o Judiciário alemão proferiu decisão histórica não só ‘proibindo a estabelecimento de cláusulas contratuais que conferissem aos árbitros competência exclusiva para apreciar a regularidade de seus próprios poderes, mas também admitindo a intervenção estatal antes de qualquer pronunciamento do tribunal arbitral’<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> PARK, William, op. cit. p. 116. Tradução livre: Rather than a rigorous analysis to determine the existence of a genuine agreement to arbitrate jurisdiction, judges were apparently inclined to leave jurisdictional issues to arbitrators almost automatically finding *Kompetenz-Kompetenz* clauses on scanty evidence.

<sup>174</sup> SCHLOSSER, Peter. *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Tübingen: Mohr, 1975 apud POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. op. cit., p. 331.

<sup>175</sup> TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord). São Paulo: Atlas, 2007, p. 427.

<sup>176</sup> PARK, William W. op. cit. p 116. Tradução livre: Thus courts not only have the last word on the arbitrator’s jurisdiction, but in some instances the first word as well.

Hoje em dia, portanto, os juízes estatais na Alemanha podem examinar a validade da cláusula compromissória tanto antes como também após a instauração do procedimento arbitral, seja por meio de ação própria, como também na fase de execução da sentença.

Verifica-se, assim, que o princípio da competência-competência, na Alemanha, sofreu consideráveis mudanças nos últimos anos, até chegar ao estágio atual, em que não se admite a decisão do árbitro como definitiva (ainda que as partes queiram acordar dessa forma), tampouco se apregoa o direito do tribunal arbitral decidir primeiro eventuais questionamentos acerca da validade e eficácia da cláusula compromissória.

O modelo de regulação vigente na Alemanha, portanto, assemelha-se ao da lei modelo UNCITRAL, devendo ser considerado também como uma forma de competência prioritária condicionada, já que os árbitros não são necessariamente os primeiros a decidir sobre a regularidade de seus poderes.

### 2.8.2. Suíça

Na Suíça, o princípio da competência-competência é reconhecido pelas normas vigentes sem quaisquer reservas, sendo certo que às partes não é permitido transigir a respeito, ou seja, não se admite que as partes, mediante acordo, retirem definitivamente dos árbitros tal prerrogativa.<sup>177</sup>

Em consonância com o artigo 192, do Estatuto Privado de Direito Internacional Suíço (PILS), as partes, mediante acordo, podem afastar o controle pelo Judiciário da competência do tribunal arbitral e, procedendo dessa forma, conferem aos árbitros o poder de decidir sobre a regularidade de seus próprios poderes, com a ressalva de que tal controle poderá ser exercido pelas cortes estatais na fase de reconhecimento e execução da sentença arbitral.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Sobre o modelo de regulação vigente na Suíça ver, POUURET, Jean-François, op. cit., p. 389.

<sup>178</sup> POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. op. cit., p. 389. Tradução livre: Note however that under the conditions of PILS, Art. 192, the parties can waive any challenge procedure of the award or any challenge concerning specifically the question of jurisdiction and, by so doing, confer on the arbitral tribunal the power to rule finally on its jurisdiction, under the sole reservation of the control at the recognition and enforcement stage.

Com efeito, fica a critério das partes conferir unicamente ao tribunal arbitral o direito de analisar sua própria competência, sendo certo que qualquer omissão quanto ao assunto implicará no reconhecimento da competência exclusiva do Judiciário para apreciar objeções neste sentido.

Entretanto, ainda que tenham as partes conferido ao tribunal arbitral poderes específicos para decidir sobre a regularidade de seus poderes, pode o Judiciário deixar de declinar sua competência caso constate que a convenção de arbitragem é nula, ineficaz, inoperante ou inexecutável.

Diante do sistema normativo Suíço, portanto, as cortes estatais só devem declinar de sua competência caso identifiquem, ou que as partes, mediante acordo específico, optaram por submeter ao tribunal arbitral eventuais conflitos acerca da regularidade dos seus poderes, ou que a convenção de arbitragem é válida, existente e executável.

Desta feita, na Suíça, compete originariamente às cortes estatais a análise da competência dos árbitros, o que revela a mitigação do princípio da competência-competência. Não bastasse isso, mesmo que tenham as partes eleito os árbitros para resolução de tais questões, poderá o Judiciário intervir, caso identifique irregularidades manifestas na convenção arbitral.

### 2.8.3. Inglaterra

Sobre o modelo de regulação do princípio da competência-competência na Inglaterra, vale destacar as lições de Andrew Tweedale e Keren Tweedale:

“A Lei de Arbitragem Inglesa de 1996 atribui aos árbitros poderes para analisar sua própria competência. Contudo, a depender de determinadas condições, a sentença será objeto de recurso para as cortes estatais. Além disso, o Judiciário também pode decidir sobre a competência do tribunal arbitral, na hipótese de as partes acordarem dessa forma ou os árbitros consentirem e, ainda, se houver economia substancial nos gastos.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> TWEEDDALE, Andrew; TWEEDDALE, Keren. op. cit., p. 175. The English Arbitration Act 1996 specifically provides the arbitral tribunal with power to rule on its own competence. However, subject to certain conditions being met, the award of the arbitral tribunal on jurisdiction may be subject to a challenge in the courts. Further, the courts

A solução adotada pela lei inglesa difere da dos demais países, pois permite a análise pelas cortes estatais dos assuntos atinentes à competência dos árbitros, caso haja a anuência prévia das partes ou do tribunal arbitral.

No entanto, na hipótese de haver divergência entre as partes sobre essa questão, incumbe ao tribunal arbitral sopesar se a submissão dessa questão do Judiciário irá ocasionar economia substancial de custos, se essa argüição foi levantada pela parte na primeira oportunidade e se há uma razão subsistente para que o pedido seja apreciado pelo juízo estatal.<sup>180</sup>

Importante destacar que a conjunção de todos os fatores acima indicados é condição *sine qua non* para que restem afastados os efeitos negativos do princípio da competência-competência na Inglaterra e as cortes estatais possam analisar a regularidade dos poderes dos árbitros.

Embora o princípio da competência-competência tenha sido formalmente ratificado pela Lei de Arbitragem Inglesa de 1996<sup>181</sup>, o legislador manteve, ainda que de forma restrita, mecanismos que perpetuam a intervenção do Judiciário no procedimento arbitral, seja no decorrer da arbitragem ou através de recurso para as cortes estatais.

No entanto, para compreender exatamente a regulação do direito inglês acerca do princípio da competência-competência, seria necessário observar detalhadamente diversos dispositivos da lei inglesa de arbitragem, tal como, os artigos 9º, 30, 31, 32, 67, 72 e 73, o que não é cabível no âmbito deste trabalho.

O que se pode afirmar, em suma, é que se trata de um complexo sistema normativo de regulação do princípio da competência-competência, de natureza híbrida, que embora reconheça a capacidade dos árbitros de analisar a regularidade de seus poderes, também admite a intervenção do Judiciário em determinadas ocasiões, a depender de uma toda uma conjuntura.

---

retain jurisdiction to consider this issue of competence where the parties agree or the arbitral tribunal consents to the courts dealing with the issue and there will be a substantial saving in costs.

<sup>180</sup> Sobre o assunto ver, Seção 32 da Lei de Arbitragem Inglesa de 1996.

<sup>181</sup> A Lei de Arbitragem Inglesa prevê expressamente o princípio da competência-competência, no seu artigo 30 (1). Section 30(1): Unless otherwise agreed by parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to whether there is a valid arbitration agreement, whether the tribunal is properly constituted, and what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

#### 2.8.4. Suécia

Na Suécia, a Lei de Arbitragem, em seu artigo 2, estabelece um sistema híbrido, que reconhece o poder dos árbitros de analisar sua própria competência, mas não exclui a possibilidade de provocação do Judiciário pelas partes para pronunciamento acerca dessa questão nem os árbitros de prosseguirem com a arbitragem.<sup>182</sup>

Com efeito, o denominado sistema híbrido possibilita às partes conferir ao tribunal arbitral a possibilidade de apreciação da regularidade de seus próprios poderes, tendo essa decisão força executória sobre as partes, sendo admissível, porém, interposição de recurso para o Judiciário.

Por outro lado, caso não haja nenhum requerimento formal das partes neste sentido, poderão as Cortes Suecas, na hipótese de serem provocadas para tanto, pronunciar-se sobre eventual nulidade, ineficácia ou inexistência da cláusula compromissória, sem ter que aguardar pronunciamento dos árbitros ou mesmo o encerramento da arbitragem.

#### 2.8.5. Itália

Na Itália, o Código de Processo Civil de 2006, em seu artigo 817(1), determina que caso haja, no decorrer do procedimento arbitral, qualquer questionamento acerca da validade ou eficácia da cláusula compromissória, devem os árbitros decidir, o que demonstra ser o princípio da competência-competência explicitamente reconhecido pelos italianos.

No entanto, desde que não tenha iniciado o procedimento arbitral, a lei italiana também prevê a submissão às cortes estatais de questionamentos acerca da validade ou eficácia da cláusula compromissória, fato este que também não obsta o início da arbitragem.

---

<sup>182</sup> POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. op. cit., p. 393. Tradução livre: In Sweden, the Arbitration Act provides a hybrid system in Art. 2. Like former law, it recognizes the power of the arbitrator to rule on his own jurisdiction, but adds that such ruling neither prevents the parties from seeking a court judgment on this point nor the arbitrator from continuing the arbitral proceedings.

Isto é, o sistema normativo italiano aceita a existência de procedimentos paralelos perante as cortes estatais e o tribunal arbitral, e ainda estabelece que aquele que chegar ao final primeiro, terá efeito de coisa julgada, sendo prevalente em relação ao outro.

No que diz respeito ao modelo de regulação do princípio da competência-competência na Itália, é válido salientar as lições de Clávio de Melo Valença:

A jurisprudência italiana criou uma regra cronológica inspirada no instituto da litispendência, conhecido em nosso processo civil judiciário: se uma das partes já tiver tomado a iniciativa de instaurar a instância arbitral, não cabe ao juiz estatal se pronunciar sobre a validade da jurisdição arbitral.<sup>183</sup>

Diante da existência de procedimentos paralelos, o primeiro que chegar ao final irá estabelecer a validade ou não da cláusula compromissória, com efeito de coisa julgada, e conseqüentemente a competência tanto dos árbitros quanto do tribunal arbitral.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> VALENÇA, Clávio de Melo. MBV Commercial and Export Management Establishment V. Resil Indústria e Comércio Ltda. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. Estudos de Arbitragem. Curitiba: Juruá, 2009, p. 149.

<sup>184</sup> POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. op. cit. p. 440. Tradução livre: the first proceedings that come to an end rule, with *res judicata* effect, on the validity of the arbitration agreement which determines the jurisdiction of both the arbitrators and the court.

### **CAPÍTULO 3 - O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA E AS NORMAS VIGENTES NO BRASIL**

#### 3.1. Previsão normativa: o artigo 8º, da Lei 9.037/96

Antes do advento da Lei nº 9.307/96, a convenção de arbitragem era desprovida de qualquer eficácia cogente no direito brasileiro, consoante abordagem realizada em capítulo anterior, de modo que qualquer questionamento dos contratantes acerca de sua regularidade implicava na submissão do conflito ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, na subtração da competência do juízo arbitral para decidir sobre a questão.

Dessa forma, qualquer das partes que pretendesse descumprir obrigação assumida por meio da convenção de arbitragem, ou procrastinar a resolução final do conflito, limitava-se a provocar o Judiciário com fundamento na suposta inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula compromissória ou compromisso arbitral e, assim, atingia facilmente o seu desígnio, sem que para isso fosse necessária a configuração de qualquer indício ou requisito.

Não bastasse isso, a inobservância de uma cláusula compromissória por uma das partes gerava para outra apenas o direito de ingressar em juízo com pedido de perdas e danos, sendo inadmissível a execução forçada do pactuado em convenção de arbitragem, fatores que aliados ao exposto acima, culminava no absoluto descrédito da arbitragem.

No entanto, com a edição de Lei nº 9.307 de 1996, o legislador buscou adequar a arbitragem brasileira às demais normas internacionais em vigor<sup>185</sup>, conferindo, dentre outras coisas, maior autonomia e eficácia ao instituto, mediante a inclusão das regras contidas no artigo 8º da referida lei.

---

<sup>185</sup> A lei de arbitragem brasileira se espelhou não só na Lei Modelo UNCITRAL, que consagra em seus artigos 8.2 e 16 o princípio da competência-competência, mas também nas Convenções de Washington e Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961.

Com efeito, o artigo 8º da Lei de Arbitragem prevê expressamente, no *caput*, a autonomia da cláusula compromissória, determinando que eventual nulidade do contrato principal não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória e, em seu parágrafo único, o princípio da competência-competência, cujos preceitos conferem aos árbitros a possibilidade de apreciar a regularidade de seus próprios poderes, sem contar com a competência para analisar a própria validade do contrato principal.<sup>186</sup>

Muito embora a autonomia da cláusula compromissória e o princípio da competência-competência guardem grande semelhança, porquanto foram introduzidos no direito pátrio com o fito de afastar eventuais estratégias dilatórias das partes e conferir maior eficácia ao instituto da arbitragem, na prática, desempenham papéis bastante diferentes, conforme já visto.

Enquanto a autonomia da cláusula compromissória apregoa a existência de dois acordos autônomos, isto é, o contrato principal e um contrato à parte, de modo que a nulidade de um não implica necessariamente na do outro, a competência-competência trata de assegurar que o tribunal arbitral terá jurisdição para decidir tais questões, bem como aquelas concernentes à regularidade dos poderes dos árbitros.

Firmada a autonomia da cláusula compromissória, extrai-se daí como corolário lógico a incomunicabilidade, à cláusula, de eventual nulidade do contrato, e vice-versa, do que resulta que o árbitro investido de poderes para julgar a controvérsia resultante do contrato pode julgar a nulidade ou ineficácia do próprio contrato.<sup>187</sup>

A Lei, portanto, foi clara no sentido de permitir a autonomia da cláusula, embora não ignore que, em diversas situações, as causas de nulidade (e de anulabilidade) tanto do contrato principal quanto da cláusula possam ser as mesmas.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> 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 – Cabe 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.

<sup>187</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito arbitral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 195-196.

<sup>188</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 159.

“A autonomia da cláusula não impede, no entanto, que a invalidade do contrato a ela se estenda, quando se tratar de uma causa comum à cláusula e ao contrato, como, por exemplo, a incapacidade de um dos convenientes ou qualquer dos vícios que maculem a própria vontade”.<sup>189</sup>

Isto é, embora constituam pactos distintos e autônomos, não há como ignorar a possibilidade de a nulidade do contrato principal acarretar também a nulidade da cláusula compromissória, nas hipóteses em que o contrato tenha sido subscrito por incapaz ou sob coação, por exemplo. Porém, não se trata da regra, mas da exceção.

Pode-se afirmar, assim, que a inexistência da autonomia ou separabilidade da cláusula compromissória no ordenamento jurídico brasileiro levaria a arbitragem novamente ao desuso e esquecimento, bastaria, pois, simples alegação da existência de nulidade do contrato principal por uma das partes para que se fizesse necessária a intervenção do juiz togado, fato que iria postergar ou mesmo inviabilizar o procedimento arbitral.

Todavia, a autonomia da cláusula compromissória não é, por si só, bastante para assegurar a submissão de eventual litígio à arbitragem nem para conferir segurança jurídica suficiente ao instituto, sendo certo que, para tanto, é preciso conferir aos árbitros a prerrogativa de analisar a existência, validade e eficácia não só do contrato principal, mas também da própria cláusula compromissória.

É por essa razão que também foi incluído no referido artigo a regra da competência-competência, eis que, de forma conjunta com a autonomia da cláusula compromissória, tem o escopo de garantir eficácia plena à convenção arbitral e, conseqüentemente, a observância do acordo das partes firmado neste sentido, prestigiando a tão perseguida celeridade na resolução dos conflitos.

A negação da aplicação do princípio da competência-competência, ou seja, a possibilidade de o juízo togado vir a apreciar alegação de uma das partes quanto a pretensas nulidades da convenção de arbitragem atenta não somente contra a autonomia da vontade das

---

<sup>189</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. op. cit., p. 197.

partes, mas também contra a presunção de idoneidade da própria arbitragem, retirando daqueles que a elegeram toda a segurança jurídica.<sup>190</sup>

Para alguns doutrinadores, o princípio da competência-competência não passa de uma regra de prioridade cronológica, consistente no direito do tribunal arbitral de apreciar em primeiro lugar eventuais questionamentos acerca da regularidade de seus poderes, o que não afasta, contudo, a possibilidade de posterior exame dessa questão pelo Judiciário.<sup>191</sup>

Em outras palavras, é do árbitro, e não do juiz togado, a competência para avaliar se tem ou não competência para julgar a questão. Em suma, o árbitro é o primeiro juiz a enfrentar o problema da competência. O árbitro é o primeiro juiz a julgar a preliminar de inexistência de jurisdição.<sup>192</sup>

Dessa forma, ao menos em tese, de acordo com as normas vigentes no país, os árbitros têm preferência em relação ao Judiciário na análise de eventuais objeções das partes acerca da competência do tribunal arbitral, devendo ser extintas com fulcro no art. 267, VII, do CPC (com redação dada pelo art. 41 da Lei nº 9.307/96), ações propostas perante o juízo estatal com esse intento.

É válido ressaltar que a legislação pátria foi expressa em atribuir ao árbitro o poder de decidir em cada caso, inclusive de ofício, se a convenção de arbitragem existe juridicamente, e se é válida e eficaz. Ao fazê-lo, estará decidindo sobre sua própria competência para apreciar o mérito da demanda que lhe for submetida.<sup>193</sup>

Com efeito, a inclusão dos princípios da autonomia da cláusula compromissória e da competência-competência na legislação brasileira fortaleceu o instituto da arbitragem no país,

---

<sup>190</sup> PITOMBO, Eleonora Coelho. Os efeitos da convenção de arbitragem - adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; BATISTA MARTINS, Pedro (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 327.

<sup>191</sup> Sobre a temática ver, FOUCHARD, GAILLARD E GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. org. GAILLARD, Emmanuel, e SAVAGE, Jonh. Kluwer Law International: Haia, p.401.

<sup>192</sup> BATISTA MARTINS, Pedro. Poder Judiciário – princípio da autonomia da cláusula compromissória –princípio da competência-competência – convenção de Nova Iorque – outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – determinação da lei aplicável ao conflito – julgamento pelo tribunal arbitral (parecer). In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, n., 2005, p. 177.

<sup>193</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, 2006, p. 282.

conferindo-lhe maior eficácia e utilidade – sem contar com o aumento da segurança jurídica dos contratantes – já que não mais é possível afastar a submissão do conflito ao juízo arbitral mediante simples alegação de nulidade do contrato principal ou da convenção de arbitragem, como ocorria anteriormente.

Nesse sentido, válido destacar as lições de Joel Dias Figueira Júnior:

A Lei introduziu um feixe de eficácia à cláusula compromissória, que se inicia com o pressuposto da plena validade da cláusula, passa pela indeclinável produção de seus efeitos, seja para afastar a jurisdição estatal ou para impor a instituição da arbitragem e se complementa com as amarras da autonomia e da competência-competência que dão concretude jurídica à eficácia da cláusula.<sup>194</sup>

A iniciativa do legislador, portanto, de consagrar expressamente a autonomia da cláusula compromissória e o princípio da competência-competência tem como resultado direto a manutenção do conflito no âmbito da arbitragem, sendo certo que de outra forma, seguramente iria desaguar no Judiciário.

Isso porque, como se disse, bastava que fosse levantada qualquer objeção quanto à validade do contrato ou da convenção de arbitragem, para que o litígio fosse submetido ao crivo de um juiz estatal, restando prejudicada a opção anterior das partes de solucionar eventual controvérsia através de um meio alternativo e extrajudicial.

Segundo ensinamentos de Pedro Batista Martins, a autonomia da cláusula compromissória e a competência-competência atuam como verdadeiras blindagens jurídicas àqueles que buscam se afastar da obrigação assumida de submeter as controvérsias ao juízo arbitral.<sup>195</sup>

Assim, diante de qualquer alegação de invalidade do contrato principal ou de questionamentos acerca da regularidade dos poderes dos árbitros, será do tribunal arbitral a primeira oportunidade para se pronunciar sobre o tema. ‘É do árbitro o benefício da dúvida’.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit., p. 183.

<sup>195</sup> MARTINS, Pedro Batista. op. cit., p. 175.

<sup>196</sup> Ibid, p. 177.

### 3.2. O princípio da competência-competência: necessária interpretação conjunta com o artigo 20 da Lei de Arbitragem

Afora as disposições contidas no artigo 8º da Lei nº 9.307/96, faz-se necessário analisar a incidência do princípio da competência-competência no direito brasileiro mediante interpretação conjunta com os preceitos do artigo 20 da referida norma.<sup>197</sup>

Isso porque, o referido artigo regulamenta, dentre outras coisas, a argüição de exceção de incompetência, bem como objeções quanto à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem no âmbito do procedimento arbitral, impondo inclusive limites temporais ao levantamento de tais questões.

O artigo 20 da Lei corrobora a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, ao estipular que a parte que pretender argüir nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição de arbitragem.<sup>198</sup>

À primeira vista, pela forma como o dispositivo foi redigido, pode-se afirmar que o legislador optou por estabelecer a preclusão para oposição de exceção de suspeição, impedimento e incompetência, bem como para o levantamento de questões referentes à validade da convenção de arbitragem, de modo que não o fazendo na primeira ocasião possível, estariam as partes impossibilitadas de suscitá-las posteriormente, em sede de ação anulatória, perante o Judiciário.

No entanto, um olhar mais atento às previsões contidas em tal artigo é suficiente para revelar a existência de matérias de ordem pública em seu bojo, que não estão sujeitas à

---

<sup>197</sup> 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 primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. § 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. § 2º - Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

<sup>198</sup> LEMES, Selma Ferreira. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 165.

preclusão, a exemplo da nulidade da convenção de arbitragem ou da incompetência do árbitro para conhecer de determinada questão, o que leva a concluir que a inércia da parte em suscitar as questões elencadas no art. 20, na primeira oportunidade possível, não implicará necessariamente em sua preclusão.

É preciso distinguir, portanto, as questões que estão sujeitas à preclusão e que se encontram na esfera da disponibilidade das partes, tais como o impedimento e a suspeição do árbitro ou forma de nomeação dos árbitros, e as matérias indisponíveis, que podem ser argüidas a qualquer tempo, ainda que não sejam suscitadas no procedimento arbitral.

Há matérias que beiram a ordem pública e que dizem respeito aos princípios do processo (especificados no § 2º do art. 21), cuja violação não comporta sanatória; há outras, porém, que se localizam plenamente na esfera de disponibilidade das partes, a permitir a atuação do princípio da disponibilidade.<sup>199</sup>

Destarte, no que diz respeito à essas últimas, a falta de alegação pela parte interessada, na primeira oportunidade, irá sanar eventual vício, sendo incabível posterior submissão da suposta irregularidade ao Judiciário por meio de ação anulatória.

Não existe, contudo, qualquer preclusão que possa impedir eventual ataque do laudo sob a alegação de invalidade da convenção arbitral; tenham ou não as partes argüido a questão durante o procedimento arbitral, poderá o juiz togado, mediante provocação do interessado, anular o laudo.<sup>200</sup>

Outra interpretação possível do art. 20 da Lei de Arbitragem, é que a preclusão instituída pelo legislador somente opera efeitos no âmbito da arbitragem, de forma que, não levantando essa questão na primeira ocasião em que for instada a falar nos autos do procedimento arbitral, fica a parte impossibilitada de o fazer posteriormente (no universo desse procedimento específico), ressalvada as hipóteses previstas no art. 33 da Lei nº 9.307/96.

Nessa esteira, a parte que pretender questionar a regularidade dos poderes dos árbitros ou a validade da convenção de arbitragem, deverá fazer na primeira oportunidade que tiver para se

---

<sup>199</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 244.

<sup>200</sup> Ibid., p. 160.

pronunciar nos autos do procedimento arbitral, sob pena de somente poder discutir tal questão posteriormente, perante o Judiciário e, ainda, a depender do que dispõe a Lei de Arbitragem sobre assunto.

Diante do acolhimento por parte do tribunal arbitral da exceção de suspeição ou impedimento, haverá a substituição do árbitro, ao passo que ante a procedência da exceção de incompetência ou da nulidade da convenção de arbitragem, o procedimento arbitral será extinto, sendo certo que dessa decisão não cabe qualquer recurso.

A rejeição de qualquer das exceções, porém, com o prosseguimento do processo arbitral, fica ainda sujeita a eventual e futuro controle, bastando para tanto que o vencido proponha a demanda de que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem.<sup>201</sup>

Em sendo assim, demonstrado está que para uma melhor compreensão do alcance e dimensão do princípio da competência-competência no direito brasileiro, necessário se faz uma interpretação conjunta do disposto nos artigos 8º e 20 da Lei Marco Maciel.

### 3.3. Os efeitos da convenção de arbitragem

Em matéria de competência-competência no direito brasileiro, não podem deixar de ser mencionados os efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem, que embora se assemelhem aos efeitos positivos e negativos do próprio princípio da competência-competência, deles divergem quanto ao resultado.

Os efeitos da convenção de arbitragem têm aplicação imediata e independem do momento de sua celebração, desde que a manifestação de vontade seja desprovida de vícios e litígio tenha surgido após o advento da Lei nº 9.307/96.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op.cit., p. 247.

<sup>202</sup> Sobre a temática ver, GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, p. 124. Verificar, também, discussão travada no STJ acerca da aplicação imediata das convenções arbitrais celebradas antes do advento da Lei de Arbitragem: STJ, 3ª. Turma, REsp 712566, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.08.2005; STJ, 3ª. Turma, REsp 238174, Rel. Min. Antônio de Pádua, j. em 16.06.2003.

Enquanto o efeito positivo da convenção de arbitragem implica na possibilidade de obrigar a parte recalcitrante a submeter o litígio à arbitragem, em razão da existência de cláusula compromissória quando do surgimento de um conflito, segundo disposições do art. 7º da Lei nº 9.307/96, o efeito negativo significa que ao ser alegada por uma das partes a existência de convenção de arbitragem, deve o juiz togado extinguir o processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII do CPC, cuja redação foi dada pelo art. 41 da Lei de arbitragem.<sup>203</sup>

“O efeito negativo restringe a liberdade do juiz estatal e os efeitos positivos procuram dirigir a conduta das partes contratantes, obrigando-as a permanecer na via arbitral, garantindo, inclusive, a possibilidade de execução específica da convenção de arbitragem”.<sup>204</sup>

Ambos os efeitos da convenção de arbitragem, o negativo e o positivo, asseguram que no caso de surgimento de conflito, o problema será de pronto remetido à arbitragem, e não ficará em discussão perante o Judiciário.<sup>205</sup>

Contudo, não é dado ao juiz estatal a prerrogativa de, mediante a constatação da existência de convenção de arbitragem, de ofício, extinguir o processo com fulcro no art. 267, VII, do CPC, sendo imprescindível para tanto a alegação de uma das partes, já que não se pode deixar de levar em consideração a hipótese de renúncia tácita dos contratantes a esse meio alternativo e extrajudicial de resolução de controvérsias.

Dessa forma, desde que argüido por uma das partes a realização de acordo anterior para submissão do litígio à arbitragem, deverá o Judiciário se abster de analisar o mérito e remeter as partes ao juízo arbitral.

Segundo Clávio de Melo Valença Filho, “eleita a via arbitral, mediante a estipulação de convenção de arbitragem válida, as partes ficam impedidas de retornar, unilateralmente, à via estatal. A simples existência de convenção de arbitragem impede o juiz de imiscuir-se no mérito das controvérsias”.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> Art. 267, VII – Extingue-se o processo sem resolução de mérito, pela convenção de arbitragem.

<sup>204</sup> VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 125.

<sup>205</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. op. cit., p. 284.

<sup>206</sup> VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. op. cit., p. 113.

Todavia, percebe-se uma “tentação” dos juízes togados de ignorarem o efeito negativo da convenção arbitral e se manifestarem quando o questionamento atine à validade e eficácia da convenção arbitral, ainda que seja para decidir favoravelmente à convenção arbitral e determinar a instituição da arbitragem.<sup>207</sup>

É bem verdade que é possível identificar na jurisprudência pátria diversas decisões que ignoram a competência do tribunal de arbitragem para analisar a validade e eficácia da convenção arbitral, ou seja, o próprio princípio da competência-competência, consoante restará amplamente demonstrado adiante.

Entretanto, ousa-se discordar em parte das observações acima, uma vez que ao analisar objeções quanto à validade e eficácia da convenção de arbitragem, ao contrário do que foi dito, está o juiz estatal violando o efeito negativo da competência-competência e não da convenção arbitral.

O efeito negativo da convenção de arbitragem impede o juiz estatal de apreciar o mérito da questão objeto de convenção de arbitragem, o efeito negativo da competência-competência impede que se pronuncie sobre a regularidade dos poderes dos árbitros.<sup>208</sup>

Como se disse, as similaridades são grandes entre os efeitos do princípio da competência-competência e os da convenção de arbitragem, sendo bastante comum encontrar na doutrina referência a um quando na verdade se está aludindo ao outro.<sup>209</sup>

Em razão disso, necessário se faz distinguir ambos: os efeitos positivos e negativos da convenção arbitral dizem respeito à possibilidade de imposição da cláusula compromissória à parte recalcitrante e ao dever de abstenção dos juízes de analisar qualquer ação que lhe for proposta diante de alegação de uma das partes da existência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral; ao passo que os efeitos do princípio da competência-competência

---

<sup>207</sup> PITOMBO, Eleonora Coelho. op. cit., p. 331.

<sup>208</sup> VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; BOSCO LEE, João. MVB Commercial and Export Management Establishment v Resil indústria e Comércio Ltda. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 148.

<sup>209</sup> Sobre o assunto ver, ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da competência-competência. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 6, 2005, p. 54. “Dessas disposições, decorre também o efeito negativo da convenção de arbitragem que consiste na interdição do Poder Judiciário em apreciar as questões atinentes à validade e eficácia da convenção arbitral”.

concernem especificamente às arguições acerca da competência do juízo arbitral, ou melhor, à capacidade do árbitro de ser juiz de sua própria competência, de forma anterior ao juiz estatal.

Por outro lado, pode-se alegar que um abrange o outro, isto é, que os efeitos da convenção de arbitragem compreendem os efeitos do princípio da competência-competência, porém, é forçoso reconhecer que aqueles por si só não asseguram aos árbitros o direito de analisar a regularidade de seus poderes nem o fato de poderem ser juízes de sua própria competência.

É possível afirmar, assim, segundo lições de Rodrigo Garcia da Fonseca, que os efeitos da convenção de arbitragem reforçam o princípio da competência-competência, pois assegura que a apreciação das eventuais objeções à competência do árbitro será primeiramente uma atribuição dele próprio e não de um juiz togado.<sup>210</sup>

O real desígnio dos efeitos dos referidos princípios é conferir eficácia à convenção de arbitragem e garantir que os árbitros, em qualquer situação, tenham competência para apreciar questionamentos de qualquer natureza surgidos na vigência do contrato firmado.

“Os mecanismos legais em relação a esse assunto tiveram o escopo de proteger a arbitragem de medidas da parte recalcitrante quanto à instalação do procedimento, permitindo também o isolamento da competência para analisar a regularidade da convenção de arbitragem”.<sup>211</sup>

### 3.4. A constitucionalidade do princípio da competência-competência

Há quem defenda a inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei nº 9.307/96,<sup>212</sup> sob a alegação de que: (a) atribui competência aos árbitros para decidir sobre matéria de ordem pública, portanto, relativa a direitos indisponíveis; (b) viola o princípio constitucional da ampla

---

<sup>210</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. op. cit., p. 284

<sup>211</sup> GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21.

<sup>212</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem (uma avaliação crítica)*. 1ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34-35.

defesa, por ser irrecurável a decisão dos árbitros; e (c) subtrai do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão.

Todavia, em relação à tese de inconstitucionalidade do referido artigo, contra-argumenta parcela majoritária da doutrina<sup>213</sup> que a matéria relativa à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não é regulada pela Constituição Federal, sendo certo que é função das leis ordinárias o estabelecimento dos direitos disponíveis e indisponíveis, pelo que não subsistem as alegações de inconstitucionalidade.

Outrossim, não haveria violação alguma ao princípio da ampla defesa, não só porque a decisão dos árbitros está sujeita à ação anulatória, nos termos do art. 33 da Lei de Arbitragem, mas também em razão do princípio da autonomia da vontade, por terem sido os próprios contratantes que assim convencionaram.

Ressalva-se que no juízo arbitral não preponderam os princípios da publicidade e do duplo grau de jurisdição – os quais serão observados se e quando o resultado da arbitragem for posto *sub judice*. Essas ressalvas não são em si um mal, porque a incidência de tais princípios se chocaria com os próprios fundamentos institucionais desse meio alternativo de solução de litígios.<sup>214</sup>

Por fim, aduz-se que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao dispor sobre a impossibilidade de subtração do Judiciário de lesão ou ameaça de lesão, refere-se à proibição do legislador, mediante imposição legal, de excluir do juízo estatal a propositura de ação visando à resolução de conflitos.

Essa garantia de inafastabilidade constitui uma liberdade pública, e como tal, é dirigida ao Estado e não às partes. A proibição é voltada ao Estado, particularmente ao legislador, que possui o dever negativo de não criar impedimentos ao acesso voluntário à jurisdição estatal.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Nesse sentido ver, BATISTA MARTINS, op. cit.; ALVES, Rafael Francisco. op. cit., RICCI, Edoardo Flávio. O art. 8º, parágrafo único da lei de arbitragem e sua constitucionalidade. In: *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, passim.

<sup>214</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e o seu controle jurisdicional. In: *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

<sup>215</sup> ALVES, Rafael Francisco. A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 144.

Ora, ao escolher a arbitragem, as partes agem de forma voluntária, cientes de que irão abdicar do controle imediato das decisões arbitrais pelo Judiciário, sendo-lhes facultado, *a posteriori*, a revisão da decisão pelo juízo estatal.

Portanto, entende-se que a constitucionalidade do princípio *Kompetenz-Kompetenz* emana exatamente da faculdade das partes de elegerem um juízo privado para a solução de seus conflitos e de se submeterem às conseqüências de tal escolha.<sup>216</sup>

Não bastassem os argumentos acima, há de se convir que a regra do art. 8º da Lei nº 9.307/96 é constitucional pelas mesmas razões que foram aduzidas pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir acerca da constitucionalidade dos demais dispositivos da Lei de Arbitragem.

Segundo voto do Ministro Nelson Jobim na ocasião<sup>217</sup>, as partes podem renunciar livremente à jurisdição estatal, já que o direito de ação perante as cortes estatais é renunciável, tanto quanto o são os direitos disponíveis.

Como bem observado por Edoardo Ricci, as teses favoráveis às intervenções do Poder Judiciário na arbitragem, com finalidade de controle, escondem, às vezes, implícita premissa ideológica: a idéia de certa superioridade da jurisdição estatal sobre a jurisdição privada exercitada pelos árbitros.<sup>218</sup>

Outro prisma relevante concernente à discussão acerca da constitucionalidade do art. 8º da Lei nº 9.307/96, diz respeito à obrigatoriedade, ou não, do conteúdo de tal dispositivo, ou melhor, se as disposições constantes do referido artigo são impositivas.

Isto porque, é pacífica na doutrina e jurisprudência a inconstitucionalidade da chamada arbitragem obrigatória – por atentar diretamente contra o artigo 5º, XXXV, da CF –, de modo que eventual norma que obrigue as partes a submeter ao crivo dos árbitros questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem estaria, também, ferindo frontalmente tal dispositivo da Carta Magna.

---

<sup>216</sup> PITOMBO, Eleonora Coelho. op. cit., p. 333.

<sup>217</sup> Voto proferido no julgamento da sentença estrangeira do Reino da Espanha nº 5.206-7, ocorrido em 12.12.2001.

<sup>218</sup> RICCI, Edoardo Flávio. O art. 8º, parágrafo único da lei de arbitragem e sua constitucionalidade. In: *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 66.

Assim, para que se possa defender a constitucionalidade do art. 8º da Lei de Arbitragem, é preciso admitir que as partes têm a faculdade de subtrair do Judiciário a apreciação de tais questões, atribuindo, conseqüentemente, competência exclusiva ao juízo estatal para decidir sobre a regularidade dos poderes dos árbitros.

Não há nada que impeça as partes de afastar, voluntariamente, a aplicação do artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96. Se podem o mais (deixar de optar pela arbitragem), podem também o menos (deixar de remeter aos árbitros a decisão sobre a sua própria competência).<sup>219</sup>

Desta feita, é possível inferir que a atribuição aos árbitros da análise de sua própria competência constitui verdadeira prerrogativa das partes, que podem acordar de forma diferente caso lhes seja conveniente.

Em outras palavras, se as partes não dispuserem expressamente o contrário, o conteúdo do art. 8º da Lei nº 9.307/96 terá plena eficácia e surtirá todos os efeitos, conferindo ao tribunal arbitral competência para analisar a regularidade de seus próprios poderes.

### 3.5. O princípio da competência-competência e a imparcialidade dos árbitros

Outro fator importante a ser analisado a respeito do princípio da competência-competência, é o argumento de que o interesse econômico dos árbitros no prosseguimento da arbitragem compromete sua imparcialidade.

Isso porque, ao contrário de um juiz togado, cuja remuneração não depende, a princípio, do número de casos que julga, o árbitro tem interesse econômico em declarar-se competente para decidir determinado caso.<sup>220</sup>

Sob esse prisma, os árbitros não teriam a idoneidade nem a imparcialidade necessárias para avaliar a regularidade de seus próprios poderes, porquanto estariam interessados na

---

<sup>219</sup> ALVES, Rafael Francisco. op. cit., p. 145.

<sup>220</sup> Ibid. p. 151.

manutenção do litígio na esfera arbitral, visando ao subsequente recebimento de honorários pelos serviços prestados.

Segundo esse raciocínio, os tribunais arbitrais dificilmente declinariam de sua competência, posto que isto implicaria na submissão do conflito ao Judiciário e, conseqüentemente, na ausência de remuneração, o que comprometeria por completo o dever do árbitro de ser imparcial.

Ocorre que, a rigor, os árbitros não pertencem a uma categoria profissional, por atuarem como juízes arbitrais de forma eventual apenas, de modo que o seu sustento, em regra, independe dessa atividade, isto é, o árbitro em regra não depende da sua atuação como árbitro para prover o seu sustento.

Não bastasse isso, a função de árbitro integra o universo da iniciativa privada (não obstante inegável caráter público), pelo que tem ele todo interesse em manter sua reputação profissional ilibada, de modo a inspirar confiança em possíveis clientes e, quem sabe, galgar outras nomeações para o exercício deste mister.

Observe-se, ainda, que incumbe às partes a escolha dos árbitros, sendo certo que um dos critérios que sobressai em relação aos demais, no momento da indicação do *expert*, é justamente o da confiança. As partes, antes de tudo, confiam ao árbitro a resolução do conflito e, conseqüentemente, a observância das normas fundamentais em vigor.

A Lei de Arbitragem deixa a critério das partes a eleição daquele que lhe inspira confiança para julgar suas controvérsias, conferindo-lhe poder jurisdicional transitório e específico. Há que se firmar o entendimento de que ninguém *é* árbitro, mas *está* árbitro.<sup>221</sup>

Com efeito, não merecem prosperar as alegações de que em virtude de supostos interesses econômicos, os árbitros estariam desprovidos da imparcialidade necessária para apreciar questionamentos das partes acerca da validade, existência e eficácia da convenção de arbitragem.

---

<sup>221</sup> BITAR NEVES, Flávia. O dilema da regulamentação da função de árbitros, mediadores e das atividades das instituições arbitrais no Brasil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, 2005, p. 108.

Além disso, na hipótese de eventual julgamento em desconformidade com as normas jurídicas vigentes, cabe ainda o ajuizamento pelas partes da ação anulatória, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem, de modo que possa o Judiciário reexaminar a decisão proferida pelo tribunal arbitral e sanar eventual vício.

A esse respeito, é válido destacar as lições de Rodrigo Garcia da Fonseca:

É muito mais comum uma parte tentar ir ao Judiciário para descumprir uma convenção de arbitragem válida e eficaz, do que alguém tentar iniciar uma arbitragem sem qualquer base para tanto. Daí ser difícil dizer se a constatação fática revela uma certa parcialidade dos árbitros em favor deles próprios ou se é apenas uma questão quantitativa, ou seja, a maioria dos casos levados para arbitragens realmente tem origem em convenções de arbitragem válidas.<sup>222</sup>

Outrossim, insta destacar, ainda, a importância da autonomia da vontade das partes no âmbito da arbitragem, tanto que até mesmo impedido ou suspeito poderá o árbitro exercer o seu papel, ou seja, mesmo despido de imparcialidade, com a condição de que ou as partes acordem dessa maneira ou deixem de se manifestar no momento oportuno, consoante disposição do art. 20 da Lei nº 9.307/96.

Não existem limites para a liberdade das partes na nomeação dos árbitros, desde que presente o binômio ciência-anuência, não faz qualquer sentido a indicação de categorias de situações que estariam excluídas da autonomia privada.<sup>223</sup>

Em sendo assim, desde que as partes tenham conhecimento e também haja consentimento por parte delas, a arbitragem poderá fluir normalmente, inobstante eventual suspeição ou impedimento dos árbitros.

Todavia, quando a parcialidade do árbitro compromete o princípio da igualdade e do contraditório, não há saneamento do vício em razão da inércia da parte em suscitá-lo no momento oportuno, podendo ser a questão submetida ao Judiciário, mediante ação anulatória ou em sede de embargos do devedor.

“A rigor, sempre que o árbitro for ‘parcial’ ao longo do procedimento, favorecendo uma parte em detrimento da outra, estará ele violando ou o princípio do contraditório ou o princípio

---

<sup>222</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. op. cit., p. 292-293.

<sup>223</sup> ALVES, Rafael Francisco. A imparcialidade do arbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, 2005, p. 122.

da igualdade das partes ou ambos”, de modo que a parte que se sentir lesada poderá se insurgir contra tais condutas por meio de ação anulatória.<sup>224</sup>

Dessa forma, percebe-se que a possibilidade de apreciação pelo tribunal arbitral de sua própria competência, conforme previsão do art. 8º da Lei de Arbitragem, em nada compromete a imparcialidade dos árbitros, tendo agido acertadamente o legislador ao inserir o princípio da competência-competência no bojo da Lei Marco Maciel.

Como se disse, ao definir a competência prioritária dos árbitros para análise da regularidade dos seus poderes, a lei brasileira buscou conferir eficácia à arbitragem, afastando a não só a prática de atos protelatórios pelas partes, mas também a possibilidade de interferência recorrente do Judiciário no procedimento.

As teses restritivas acerca da competência e dos poderes dos árbitros, como teses favoráveis às intervenções do Poder Judiciário na arbitragem, com finalidade de controle, escondem, às vezes, implícita premissa ideológica: a idéia de certa superioridade da jurisdição estatal sobre a jurisdição privada, exercitada pelos árbitros.<sup>225</sup>

### 3.6. A importância do princípio da competência-competência como garantia de acesso ao juízo arbitral

Como visto, o princípio da competência-competência no Brasil é regulado pelos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, tendo como principal escopo assegurar a apreciação de eventuais questionamentos pelo tribunal arbitral - de forma antecedente em relação ao juízo estatal - acerca da validade, existência e eficácia da convenção de arbitragem.

Ao assegurar a competência prioritária dos árbitros para análise da regularidade de seus próprios poderes, o legislador, por outro lado, conferiu eficácia à convenção de arbitragem e garantiu, sobretudo, o acesso ao juízo arbitral.

---

<sup>224</sup> Id. 2009. p. 151.

<sup>225</sup> RICCI, Edoardo Flávio. op. cit., p. 66.

Isso porque, como se disse, sem o princípio da competência-competência, a parte que tivesse interesse em retardar a constituição do tribunal arbitral, limitava-se a questionar a validade da convenção arbitral ou a regularidade dos poderes dos árbitros perante o Judiciário, e lograva êxito em obstruir o acesso das partes à arbitragem.

Destarte, ficariam abertas as portas para interferências indevidas do Judiciário, bastando para tanto que uma das partes fabricasse alguma argumentação a respeito da invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, e a questão passaria a ser discutida fora da arbitragem.<sup>226</sup>

É bem verdade que ao permitir a análise da competência do tribunal arbitral pelos próprios árbitros, em detrimento da submissão da questão ao Judiciário, abre-se espaço para que, ao final do procedimento, concluam que a convenção de arbitragem é inválida, sendo necessária a submissão do litígio às vias judiciais.

Todavia, o contrário também é provável de acontecer, isto é, nada impede que as partes submetam tais questões ao crivo de um juiz togado que, por sua vez, reconhece a validade, existência e eficácia da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, sendo forçosa sua resolução por um tribunal arbitral.

Esse dilema é universal em matéria de arbitragem, sendo uma questão de política legislativa, quando se quer favorecer o desenvolvimento da arbitragem, dar a precedência temporal ao árbitro, e não ao juiz.<sup>227</sup>

Basta observar que o risco que se corre em ambos os casos é o mesmo, ou melhor, de um jeito ou de outro, o juiz ou árbitro pode concluir ao final que não detém jurisdição para apreciar o litígio que lhe está sendo submetido, em virtude de eventual validade ou invalidade da cláusula compromissória.

Esta dicotomia acima exposta foi bem explorada no direito norte-americano, quando do voto proferido pelo Ministro Antonin Scalia, no caso *Buckeye Check Cashing, Inc x Cardegna*:

É verdade, consoante alegado pela parte ré, que a regra estabelecida no caso *Prima Paint* permite a execução, pelo Judiciário, de uma convenção de arbitragem que pode ser posteriormente declarada inválida pelos árbitros. Porém,

---

<sup>226</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. op. cit., p. 292.

<sup>227</sup> Ibid. p. 293.

é igualmente verdade que o argumento da parte ré permite ao juízo estatal declarar sem efeito uma convenção de arbitragem que, posteriormente, vem a reconhecer como perfeitamente exequível.<sup>228</sup>

Priorizando a competência do tribunal arbitral, portanto, o legislador pátrio buscou assegurar a submissão dos conflitos à arbitragem, quando da existência de convenção de arbitragem, garantindo o acesso ao juízo arbitral.

O princípio da competência-competência desempenha papel fundamental na garantia de acesso ao juízo arbitral. Somente com a precedência temporal do julgamento do árbitro sobre sua própria competência é que as partes podem ter a segurança de que, no surgimento do litígio, este será levado à arbitragem, nos termos daquilo que foi pactuado, e não ao Judiciário.<sup>229</sup>

Considera-se, assim, que a lei de arbitragem brasileira, ao prever o princípio da competência-competência e estabelecer que os árbitros têm prioridade em relação aos juízes togados na análise da regularidade dos poderes do tribunal arbitral, buscou se equiparar às legislações mais modernas, priorizando a segurança jurídica e garantindo o acesso das partes à arbitragem.

### 3.7. Modelo de regulação do princípio da competência-competência no Brasil

Consoante restou demonstrado em tópicos anteriores, a regra da competência-competência no Brasil é regulada pelos artigos 8º e 20 da Lei nº 9.307/96. Contudo, da leitura desses dispositivos apenas, não é possível identificar ao certo qual o modelo de regulação do princípio da competência-competência vigente no país.

---

<sup>228</sup> Disponível em <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=stephen\\_ware](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=stephen_ware)>. Acesso em 21.12.2009. No original: "It's true, as respondents asserts, that the Prima Paint rule permits a court to enforce an arbitration agreement in a contract that the arbitrator later finds to be void. But is equally true that the respondent's approach permits a court to deny effect on an arbitration provision in a contract that the court later finds to be perfectly enforceable".

<sup>229</sup> FONSECA, Rafael Garcia da. op. cit., p. 295.

Uma rápida leitura dos referidos artigos leva a crer que o Brasil ratifica somente o efeito positivo do princípio da competência-competência, pois prevê de forma manifesta apenas, no parágrafo único, do art. 8º, da Lei de Arbitragem, a possibilidade do tribunal arbitral de analisar sua competência.

Não haveria, portanto, qualquer referência expressa ao efeito negativo da competência-competência, de modo que se poderia afirmar, à primeira vista, que o sistema normativo brasileiro não prevê a prioridade dos árbitros para a análise da questão, em relação ao Judiciário.

Em razão da falta de clareza dos dispositivos da Lei de Arbitragem que tratam do princípio da competência-competência, não há consenso na doutrina, havendo doutrinadores que entendem ser competência tanto do árbitro quanto do juiz estatal a apreciação de tais questões, como também há outros que defendem ser prioritária a competência do árbitro.

A propósito, insta ressaltar o entendimento de Ana Teresa Basílio Palhares e Joaquim de Paiva Muniz sobre o assunto:

O fato de o tribunal arbitral ter jurisdição para se pronunciar sobre a validade, eficácia e aplicabilidade da convenção de arbitragem, por força dos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei de Arbitragem, não exclui a competência do Poder Judiciário para decidir sobre esses temas, porque afetam a própria competência do árbitro. Até porque, caberá ao juiz estatal a última palavra a respeito de controvérsias relativas à validade ou aplicabilidade da convenção de arbitragem, já que a parte lesada poderá, também, propor ação judicial de nulidade de sentença arbitral prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem.<sup>230</sup>

De acordo com essa perspectiva, o modelo de regulação da competência-competência adotado no Brasil seria o concorrente, pois se admite tanto a análise da regularidade da convenção de arbitragem pelo juiz estatal quanto pelos próprios árbitros.

Seguindo essa mesma linha, são os ensinamentos de Carlos Alberto Carmona que, ao se pronunciar sobre o princípio da competência-competência, assevera que o “ordenamento

---

<sup>230</sup> PALHARES, Ana Teresa Basílio; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Pedido de suspensão de procedimento arbitral. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Interposição de agravo de instrumento e de recurso de apelação; Respeito à Lei de Arbitragem. Atividade jurisdicional do Tribunal Arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 2, 2004, p. 273.

brasileiro – à semelhança do que ocorreu na Itália – não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem”.<sup>231</sup>

Verifica-se, assim, que ao analisar os dispositivos da Lei de Arbitragem Brasileira, parte da doutrina defende que a competência para analisar eventuais questionamentos acerca da validade da cláusula compromissória e do compromisso arbitral não é exclusiva do árbitro, competindo igualmente ao Judiciário esse mister.

Entretanto, ao considerar como vigente no país o modelo de regulação da competência concorrente, conforme entendimento de alguns doutrinadores, surgem diversos imbróglios, principalmente no que tange à propositura de ações simultâneas perante o Judiciário e o tribunal arbitral e, também, quanto à possível prolação de decisões conflitantes.

Imagine-se a hipótese de uma das partes promover demanda arbitral, enfrentando alegação do adversário de invalidade da convenção de arbitragem, ao mesmo tempo em que este último propõe demanda perante o juiz togado. Não havendo como reunir os dois processos, o risco de decisões conflitantes será grande.<sup>232</sup>

Assim, ao interpretar os artigos da Lei nº 9.307/96 de modo a considerar que o legislador pátrio optou por conferir competência concorrente ao tribunal arbitral e às cortes estatais para análise da regularidade dos poderes dos árbitros, depara-se tal corrente doutrinária não só com a problemática das ações paralelas e das decisões conflitantes, mas também com todos os outros riscos decorrentes da ausência de ratificação do efeito negativo do princípio da competência-competência.

Ora, ao defender que o Judiciário é igualmente competente para decidir sobre tais questões, há de se convir que se está a negar, por conseguinte, a competência prioritária dos árbitros (o efeito negativo da competência-competência), fato que, consoante exaustivamente debatido no decorrer deste trabalho, enseja a prática de atos protelatórios pela parte recalcitrante e a interferência excessiva do Judiciário no procedimento arbitral, comprometendo a eficácia do instituto em si.

---

<sup>231</sup> CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., 2004, p. 161.

<sup>232</sup> Ibid. p. 161.

Este posicionamento finda por “prestigiar a perpetração de manobras procrastinatórias da parte recalcitrante que buscaria sempre ajuizar medidas judiciais paralelas à arbitragem com o fim de suspendê-la ou de levar ao conhecimento do juízo togado questões que optou submeter ao juízo arbitral”.<sup>233</sup>

A outra corrente doutrinária, à qual se considera mais adequada, realiza uma interpretação conjunta dos arts. 8º e 20, da Lei de Arbitragem, com o disposto no artigo 33, da mesma lei, apregoando que o legislador tratou de resguardar um momento específico, após o término da arbitragem, para a análise da regularidade da convenção de arbitragem pelo juiz estatal, tanto que prevê a propositura de ação anulatória com fulcro na nulidade do compromisso arbitral.

“A Lei Brasileira de Arbitragem optou por adotar modelo em que a interferência judicial ocorra apenas *a posteriori*, no âmbito da ação de nulidade, no termos do seu artigo 32, inciso I. Assim, o modelo seguido foi o da prioridade dos árbitros no tempo”.<sup>234</sup>

Afora isso, argumenta-se, ainda, que os artigos 8º e 20 da Lei nº 9.307/96 preconizam *a necessidade de as partes aguardarem a instauração do juízo arbitral*, para que possam ser feitas objeções quanto à validade, existência e eficácia da convenção de arbitragem, do que se pode inferir que a competência é, de fato, prioritária dos árbitros.

Conclui-se, portanto, que, de acordo com o direito brasileiro, as autoridades judiciárias podem tão-somente apreciar a validade, existência, eficácia, aplicabilidade ou efetividade da convenção de arbitragem em momento posterior aos árbitros.<sup>235</sup>

Seguindo esta linha de raciocínio, logo, o Brasil teria adotado o modelo prioritário de regulação da concorrência, sendo atribuição do tribunal arbitral, *a priori*, a análise da regularidade da convenção de arbitragem, admitido o reexame posterior da decisão dos árbitros pelo Judiciário.

---

<sup>233</sup> PITOMBO, Eleonora Coelho. op. cit., p. 335.

<sup>234</sup> Ibid. p. 333-334.

<sup>235</sup> WALD, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, a. 6, n. 22, out-dez. 2003, p. 366.

“Parece que o legislador brasileiro optou pelo modelo da competência prioritária dos árbitros. Ficam excluídos então tanto o modelo da competência exclusiva dos árbitros quanto o modelo da competência concorrente entre árbitros e juízes”.<sup>236</sup>

Entretanto, conforme restou esclarecido em capítulo anterior, o modelo de regulação da competência prioritária tanto pode ser incondicionado como também condicionado, sendo este último menos ortodoxo e rigoroso que o primeiro, por permitir, antes do encerramento do procedimento arbitral, o pronunciamento do juiz estatal sobre o assunto.

De acordo com o modelo da competência prioritária incondicionada, que tem como paradigma o sistema adotado na França, o efeito negativo do princípio da competência-competência é plenamente reconhecido, de modo que a análise da regularidade da convenção arbitral, pelo juiz estatal, somente pode ser realizada ao final do procedimento arbitral.

Já o modelo condicionado de competência prioritária representa a ratificação parcial do princípio da competência-competência, tendo em vista permitir, em ocasiões determinadas, e mesmo no decorrer do procedimento arbitral, a interferência do órgão judicial na apreciação da validade, existência e eficácia da convenção de arbitragem, tal como ocorre na Inglaterra, Itália, Suíça etc.<sup>237</sup>

No Brasil, de acordo com o direito positivo, a intervenção estatal é admitida apenas quando do encerramento da arbitragem, através de ação anulatória e embargos do devedor, pelo que se entende que o país adotou a competência prioritária incondicionada como modelo de regulação, a exemplo do que acontece na França.

---

<sup>236</sup> ALVES, Rafael Francisco. Op. cit., p. 181.

<sup>237</sup> Sobre essa temática verificar, DIMOLITSA, Antonias. Separability and *Kompetenz-Kompetenz*. In: *International council for commercial arbitration: improving the efficiency of arbitration agreements and awards*. The Hague: Kluwer Law International. 1999. p. 234.

#### 4.8. A relativização do princípio da competência-competência

A Lei de Arbitragem é clara ao prever a análise pelas cortes estatais da regularidade da convenção arbitral em sede de ação anulatória, nos termos do art. 32, I, c/c art. 33 (admite-se, também, em sede de embargos do devedor), de modo que não pairam controvérsias sobre a legalidade do reexame posterior dessa decisão dos árbitros pelo Judiciário.

“Não cabe ao Estado-juiz decidir acerca da existência, validade e eficácia da convenção e arbitragem, salvo na hipótese do art. 32, I, quando o Judiciário poderá ser provocado para se manifestar no âmbito da ação anulatória ou em embargos do devedor”.<sup>238</sup>

Por outro lado, tampouco há dúvidas de que, no decorrer do procedimento arbitral, incumbe exclusivamente aos árbitros a análise da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, segundo preceitua o princípio da competência-competência, constante do parágrafo único, do art. 8º, da Lei nº 9.307/96 – exceto na hipótese de terem as partes acordado de forma diversa.

É de competência exclusiva do árbitro conhecer dessas questões, cabendo ao juiz estatal apenas controlar, ao final, a regularidade da decisão arbitral. Não pode o juiz estatal interferir na instância arbitral antes do seu fim, pois se trata de uma regra de prioridade cronológica.<sup>239</sup>

Ora, como se disse, caso fosse admitida a provocação das cortes estatais, no decorrer do procedimento arbitral, estar-se-ia ignorando por completo o princípio da competência-competência e a sua principal finalidade, que é conferir eficácia à arbitragem, afastando a possibilidade de eventuais manobras protelatórias das partes.

Com efeito, os países que consentem a análise pelas cortes estatais da regularidade da convenção de arbitragem no decorrer do procedimento arbitral – afastando o princípio da competência-competência – o fazem porque optaram por consagrar a economia processual em detrimento da eficácia da arbitragem e do afastamento táticas dilatórias pelas partes.

---

<sup>238</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. op. cit, p. 193.

<sup>239</sup> BOSCO LEE, João. Parecer: eficácia da cláusula arbitral. Aplicação da lei de arbitragem no tempo. Transmissão da cláusula compromissória. *Anti-suit injunction*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 11, 2006, p. 35.

Sobre a variação da intensidade do efeito negativo da competência-competência nos diversos sistemas jurídicos, é válido trazer à baila os ensinamentos de João Bosco Lee e Clávio de Melo Valença Filho:

Tal efeito, contudo, apresenta-se de intensidade variável nos ordenamentos jurídicos, graças à diversidade de métodos empregados na tentativa de conciliar, de um lado, a promoção de um instituto eficaz – imune a incidentes judiciais meramente protelatórios – e, de outro, a economia dos meios – já que uma decisão judicial definitiva sobre a convenção de arbitragem pouparia às partes o tempo e o dinheiro gasto na condução de uma instância arbitral cuja a sentença, ao final, será anulada.<sup>240</sup>

No direito brasileiro, por ter o legislador optado por imprimir eficácia absoluta ao instituto da arbitragem, adotou-se plenamente o efeito negativo da competência-competência. No entanto, existem controvérsias doutrinárias acerca da possibilidade de relativização desse princípio no país, em circunstâncias determinadas.

A relativização do princípio da competência-competência são as hipóteses em que os juízes podem analisar a competência dos árbitros, a despeito da incidência do princípio da competência-competência.<sup>241</sup>

Quando se fala em flexibilização ou relativização do princípio da competência-competência, refere-se, na verdade, à possibilidade de as cortes estatais se pronunciarem sobre a regularidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral antes do início da arbitragem, em ocasiões específicas e excepcionalmente.

Porquanto a Lei de Arbitragem Brasileira, em nenhum momento, prevê a possibilidade de apreciação pelo Judiciário da regularidade dos poderes dos árbitros antes do início da arbitragem – tampouco impõe qualquer obstáculo para tanto –, é necessário recorrer às disposições correspondentes da Convenção de Nova Iorque, qual seja o já citado artigo II. 3, para verificar a viabilidade de relativização do princípio da competência-competência.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. op. cit. p. 148.

<sup>241</sup> ALVES, Rafael Francisco. op. cit., p. 178.

<sup>242</sup> A Convenção de Nova Iorque, em seu artigo II.3 dispõe: “ 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 inoperante ou inexecutável”.

Todavia, dada a já aludida imprecisão e vagueza do art. II.3 da Convenção de Nova Iorque, cuja redação enseja as mais diversas interpretações, inexistente consenso na doutrina sobre a legitimidade da apreciação pelo juiz estatal da existência, validade e eficácia da convenção de arbitral antes do início da arbitragem.

Aqueles que não admitem a flexibilização do princípio da competência-competência no direito brasileiro, alegam, dentre outras coisas, que o artigo II.3 da Convenção de Nova Iorque é inconciliável com as disposições dos arts. 8º e 20 da Lei nº 9.307/96 e com os arts. 267, VII e 301 §4º do CPC, de modo que deve prevalecer a norma mais favorável à arbitragem, sendo inadmissível, por conseguinte, a análise prévia pelo juiz estatal sobre a validade, eficácia ou inoperância da convenção arbitral.<sup>243</sup>

Segundo essa corrente doutrinária, a análise pelo juiz togado da regularidade da convenção arbitral não só vai de encontro ao disposto na Lei de Arbitragem Brasileira, que por ser mais benéfica para a arbitragem prepondera em detrimento das disposições da Convenção de Nova Iorque, como também retira toda a eficácia do instituto.<sup>244</sup>

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Clávio de Melo Valença Filho e de João Bosco Lee, que também defendem a adoção do princípio da máxima eficácia da arbitragem pelo direito brasileiro, razão pela qual afirmam estar excluída a possibilidade de controle estatal direto por meio de ações de natureza declaratória.<sup>245</sup>

Contudo, como o artigo II.3 da Convenção de Nova Iorque enseja interpretações variadas – em virtude da falta clareza na redação do dispositivo –, entende-se que é absolutamente compatível com a legislação brasileira, já que se limita a admitir que o juiz estatal pode “deixar de remeter” as partes à arbitragem, caso identifiquem alguma nulidade na cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

---

<sup>243</sup> Invoca-se, nesse caso, o princípio da eficácia máxima previsto na Convenção de Nova Iorque. Nesse sentido ver, LEE, João Bosco. Parecer: Eficácia da cláusula arbitral – Aplicação da lei de arbitragem no tempo – Transmissão da cláusula compromissória- *Anti-suit injunction*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 47.

<sup>244</sup> Comunga desse posicionamento ROCHA, José de Albuquerque. op. cit., p. 66. “No caso da ação de instituição de arbitragem (art. 7º), o juiz estaria impedido de apreciar a existência, validade e eficácia da convenção, limitando-se a demarcar o conteúdo do compromisso”.

<sup>245</sup> VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; BOSCO LEE, João. op. cit., p. 150.

É de se salientar que o mencionado dispositivo da Convenção de Nova Iorque tem sido interpretado, tanto no exterior como no Brasil, no sentido de que a exceção somente se pode considerar aplicável quando a invalidade, inexistência ou ineficácia da arbitragem for manifesta, perceptível de modo flagrante, *ictu oculi*.<sup>246</sup>

Então, apesar de não haver nenhum dispositivo legal específico regulamentando a questão, como ocorre no direito Francês<sup>247</sup>, da leitura dos artigos da Lei de Arbitragem Brasileira em conjunto com o artigo II.3 da Convenção de Nova Iorque, infere-se que até o início da arbitragem não há qualquer impedimento para tanto.

Destarte, diante da propositura da ação de instituição de arbitragem, prevista no art. 7º da Lei nº 9.307/96 ou de outra que requeira a participação do Judiciário para instauração do tribunal arbitral, caso seja suscitada por uma das partes a invalidade da cláusula compromissória, nada impede que diante de um vício manifesto o juiz estatal aprecie a questão.

Compete aos árbitros a análise de sua própria competência durante o curso da arbitragem, garantindo-se o controle do Poder Judiciário apenas antes ou depois do processo arbitral. No plano do direito positivo, o modelo brasileiro se aproxima do modelo Francês.<sup>248</sup>

Nessa linha de raciocínio são as lições de Arnoldo Wald, que entende que o exame *prima facie* não seria passível de ser realizado no Brasil, pelo Judiciário, a não ser no caso de nulidade ostensiva ou manifesta.<sup>249</sup>

Segundo o sistema da prioridade seguido pelo Brasil, caberá ao juízo estatal diferir sua análise para o momento em que a sentença arbitral tiver sido proferida, podendo desconsiderar a

---

<sup>246</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. Op. cit., p. 290.

<sup>247</sup> O Código de Processo Civil francês, em seu artigo 1458, prevê a única exceção ao reconhecimento integral do princípio da competência-competência, na fase anterior ao início da arbitragem. Eis o dispositivo, no original: "lorsqu'un litige dont un tribunal est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porte devant yne jurisdiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompetente. Se Le tribunal arbitral n'est pás encore saisi, La jurisdiction doit également se déclarer incompetente à moins que La convention d'arbitrage ne soit manifestment nulle. Dans lês deux cas, La jurisdiction ne peut relever d'office son incompetence.

<sup>248</sup> ANCEL, Bertrand. O controle da validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da competência-competência. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 6, 2005, p. 60.

<sup>249</sup> WALD, Arnoldo. op. cit., p. 366.

convenção de arbitragem somente em casos excepcionalíssimos, nos quais seu vício seja patente.<sup>250</sup>

A exceção se presta, portanto, aos casos em que há manifesto vício de nulidade da cláusula de arbitragem. Manifesto no sentido estrito e inflamado da dicção. Um verdadeiro absurdo jurídico. Algo que, avistado, não deixa dúvidas quanto à nulidade da cláusula.<sup>251</sup>

Ademais, antes de iniciada a arbitragem, nos termos do artigo 19 da Lei 9.307/96, os “árbitros” não são sequer árbitros e, portanto, não podem analisar a regularidade da convenção de arbitragem. Dessa forma, o marco divisor das competências parece ser o aceite dos árbitros.<sup>252</sup>

Defender o contrário, isto é, de que diante de um vício claro, identificável de imediato, na convenção arbitral, deve o juiz estatal remeter o processo à arbitragem, em respeito ao princípio da competência-competência, consiste em medida incoerente, desprovida de qualquer razoabilidade.

Admitir a flexibilização da competência-competência, sob qualquer alegação, estaria enfraquecendo o instituto da arbitragem de modo a inviabilizá-lo. Negar sua flexibilização, por outro lado, mesmo diante de algo gritante, seria causar uma séria injustiça.<sup>253</sup>

Desta feita, ante a existência de um vício significativo, desde que não tenha havido a instauração do tribunal arbitral, deve-se admitir a relativização do princípio da competência-competência, sendo desarrazoado e ilógico defender que as partes devem aguardar até o início da arbitragem para submeter tais questões ao crivo dos árbitros.

No entanto, caso não se trate de vício gritante, passível de constatação por meio de exame sumário, deve o Judiciário afastar tais alegações e aguardar a constituição do tribunal arbitral para que os aludidos vícios possam ser efetivamente examinados.

---

<sup>250</sup> PITOMBO, Eleonora Coelho. op. cit., p. 334.

<sup>251</sup> BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., p. 182.

<sup>252</sup> ALVES, Rafael Francisco. op. cit., p. 183.

<sup>253</sup> MARTINS DE BARROS, Octávio Fragata. A oposição judicial à arbitragem: a quem cabe decidir jurisdição. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Isso porque, os vícios de nulidade pouco eloqüentes não são capazes de afastar os efeitos do art. 8º da Lei nº 9.307/96, não se inserem, assim, na esfera jurídica que encerra a competência do árbitro para apreciar sua jurisdição.<sup>254</sup>

Em qualquer situação em que o ataque à convenção de arbitragem dependa de produção de prova que já não fora pré-constituída, ou de decisão acerca de matéria complexa, razoavelmente discutível, deve-se prestigiar a arbitragem, aplicando-se a regra de precedência temporal decorrente do princípio competência-competência.<sup>255</sup>

Assim, uma vez instaurada a arbitragem, entende-se que a competência para análise da questão passa a ser exclusiva do tribunal arbitral, conforme exaustivamente demonstrado ao longo deste trabalho, sendo possível ao juiz togado a apreciação da regularidade da convenção arbitral antes de iniciada a arbitragem, somente na hipótese de se tratar de vício manifesto, gritante.

Segundo se compreende o sistema brasileiro, de fato, assemelha-se ao Francês, ao instituir o modelo de competência incondicionada, prestigiando ao máximo o princípio da competência-competência, admitindo, todavia, antes de iniciado o procedimento arbitral e desde que se esteja diante de vício de nulidade patente, que essa análise seja realizada pelas cortes estatais.

Dessa forma, ao menos em tese, no decorrer da arbitragem, compete aos árbitros a apreciação exclusiva da matéria, cabendo ao Judiciário o reexame posterior dessa decisão, desde que proposta ação anulatória por uma das partes e, também, eventual análise anterior, nos casos em que for incontestável a invalidade da convenção de arbitragem.

Embora o princípio da competência-competência integre o denominado direito arbitral, é uma norma direcionada ao Poder Judiciário, já que são os juízes estatais que devem abster-se de analisar eventual questionamento acerca da validade e eficácia da cláusula compromissória, em observância ao que dispõe o referido princípio.

---

<sup>254</sup> BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit., p. 183.

<sup>255</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. op. cit., p. 291.

A análise realizada neste capítulo, portanto, buscou verificar o modo como as normas vigentes no país regulam o princípio da competência-competência, ou seja, a forma de aplicação deste princípio no plano teórico e normativo.

No entanto, o fato de ter a Lei de Arbitragem Brasileira adotado o princípio da competência-competência em sua máxima eficácia não significa, necessariamente, que o princípio esteja sendo aplicado e respeitado pelo Poder Judiciário, pelo que se pretende no próximo capítulo, analisar sua aplicação na jurisprudência pátria.

## **CAPÍTULO 4 – O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA**

### 4.1. Pesquisa jurisprudencial

Uma vez demonstrado que as leis arbitrais em vigor no país adotaram o princípio da competência-competência em sua máxima eficácia, resta verificar o posicionamento da jurisprudência pátria acerca da matéria, para saber se o referido princípio tem sido efetivamente aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro.

É que, como restou amplamente comprovado no capítulo anterior, no plano teórico, a regra da competência-competência, da forma como foi adotada no Brasil, garante aos árbitros o direito de apreciar, em primeiro lugar, eventuais questionamentos acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, devendo o Judiciário intervir somente após veredito final do tribunal arbitral.

Isso não quer dizer, todavia, que esse princípio venha sendo respeitado e aplicado corretamente pelo Judiciário, sobretudo por se tratar de um preceito pouco difundido no direito brasileiro, a exemplo do que ocorre com o instituto da arbitragem em si.

Para analisar o posicionamento dos tribunais pátrios no que diz respeito à aplicação do princípio da competência-competência, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial – por amostragem<sup>256</sup> – nos tribunais superiores e estaduais, tendo sido encontradas 18 (dezoito) decisões judiciais que abordam diretamente do tema, seja porque tratam do aludido princípio, seja porque fazem referência ao art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96.

---

<sup>256</sup> A definição da amostragem foi a seguinte: decisões proferidas em 2ª. instância que tratam da validade, existência e/ou eficácia da convenção de arbitragem e que se encontram disponíveis nos sites dos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados.

Das 18 (dezoito) decisões judiciais encontradas, 3 (três) são originárias do Superior Tribunal de Justiça e 15 (quinze) são provenientes de tribunais estaduais. Destas, 5 (cinco) são procedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 (cinco) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 3 (três) do Tribunal de Justiça do Paraná e 2 (duas) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Afora os julgados que abordam a matéria de forma expressa, também foram encontradas 30 (trinta) decisões que, apesar de tratarem da matéria concernente à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, não fazem qualquer referência ao princípio da competência-competência ou ao art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96.

No entanto, é possível que um acórdão deixe de aplicar o princípio da competência-competência, sem incorrer em desrespeito ao que determina esse preceito. Tome-se como exemplo, quando se discute no processo, dentre outras questões, a regularidade da convenção de arbitragem, mas o magistrado se limita a extinguir o processo sem resolução de mérito, sob o argumento de que a existência de cláusula compromissória é suficiente para subtrair o feito da jurisdição estatal.

Nessa linha de raciocínio, embora o princípio da competência-competência não tenha sido efetivamente aplicado, também não há desrespeito algum ao preceito, tanto que os árbitros terão a oportunidade de analisar a higidez da convenção arbitral.

Desta feita, não é correto associar a não aplicação do princípio da competência-competência à sua inobservância. Há de se convir que o Judiciário pode abster-se de emitir qualquer pronunciamento sobre a validade da convenção arbitral – embora haja questionamentos nesse sentido – e extinguir o processo, com fulcro no art. 267, VII, do CPC, sem que isso constitua contrariedade ao que dispõe o princípio da competência-competência.

Dentre as 30 (trinta) decisões que deixam de aplicar esse princípio, 2 (duas) são oriundas do Superior Tribunal de Justiça – são exatamente as que deixam de aplicar o preceito, mas não infringem a norma – e as demais são provenientes de Tribunais de Justiça dos Estados.<sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> Esclareça-se que todos esses julgados foram compilados e se encontram expostos no anexo I do presente trabalho.

Nesses dois acórdãos, de idêntico teor, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha,<sup>258</sup> embora uma das partes levante a prerrogativa dos árbitros de decidir a respeito de sua própria competência, o Ministro apenas dá provimento ao recurso e determina a extinção do processo sem resolução de mérito, ante a existência de cláusula compromissória no contrato firmado entre as partes.

Entretanto, consoante restará amplamente demonstrado em seguida, o restante das decisões encontradas, isto é, nos outros 28 (vinte e oito) julgados, em que não foi aplicado o princípio da competência-competência, houve inobservância manifesta à regra, sendo certo que em todos restaram identificadas controvérsias acerca da validade, existência e/ou eficácia da convenção de arbitragem, tendo o Judiciário emitido pronunciamento a respeito.

Dessas 28 (vinte e oito) decisões, todas provenientes de Tribunais de Justiça dos Estados, 4 (quatro) são de São Paulo, 3 (três) são do Rio de Janeiro, 5 (cinco) são de Minas Gerais, 1 (uma) é do Espírito Santo, 1 (uma) é do Distrito Federal, 4 (quatro) são do Rio Grande do Sul, 3 (três) são do Paraná, 5 (cinco) são de Santa Catarina, 1 (uma) é de Pernambuco e 1 (uma) é do Ceará.

Destarte, apesar de ser admissível a hipótese acima ventilada, de decisões em que o princípio da competência-competência deixa de ser aplicado, mas não há inobservância ao preceito, é preciso esclarecer que elas representam uma minoria, sendo certo que a maior parte dos julgados nesse sentido acaba contrariando as normas arbitrais em vigor.

Isso porque, antes de proferir decisão terminativa, com fulcro no art. 267, VII, do CPC, o tribunal normalmente termina se posicionando sobre a alegação de invalidade, ineficácia ou inexistência da cláusula compromissória, ferindo, assim, o princípio da competência-competência.

Verifica-se, portanto, que as decisões de primeira instância, apesar de numerosas, não fazem parte do universo desta pesquisa, tampouco decisões proferidas no âmbito da jurisdição

---

<sup>258</sup> STJ, REsp 612.439-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 18.10.2005. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. x CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica; STJ, REsp 606.345-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 15.05.2007. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. x CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica.

trabalhista, sendo certo que somente os julgados proferidos pelos Tribunais estaduais e superiores, sejam eles decisões monocráticas, liminares ou acórdãos, é que integram o presente trabalho.

Ademais, foram excluídos do contingente acima exposto os julgados que tratam da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória no âmbito dos contratos de adesão, haja vista a inexistência de consenso, seja na doutrina ou na jurisprudência, acerca da legalidade na utilização da arbitragem nas relações de consumo.

É que, parte da doutrina defende que o art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem revogou o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de lei mais recente e específica sobre o tema da arbitragem, razão pela qual não considera nula cláusula que determina a utilização da arbitragem nos contratos de adesão, desde que sejam observados os requisitos impostos pela Lei de Arbitragem.<sup>259</sup>

Por outro lado, há quem defenda que o Código de Defesa do Consumidor deve prevalecer em relação à Lei nº 9.307/96, porquanto esta se reveste de natureza geral em relação ao Diploma Consumista, que é especial, não devendo ser admitida a revogação tácita do dispositivo.<sup>260</sup>

Por fim, há ainda a corrente majoritária que discorda dos posicionamentos acima expostos, por considerar os dispositivos da Lei de Arbitragem e do Código de Defesa do Consumidor compatíveis, defendendo que ambos devem ser mantidos em nosso ordenamento jurídico.<sup>261</sup>

Com efeito, assim como acontece na doutrina, na jurisprudência também é possível encontrar as mais diversas interpretações acerca da existência de cláusula compromissória em

---

<sup>259</sup> Sobre a temática ver, LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem nas relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 126-127. GONÇALVES, Eduardo Damião. Relações da Arbitragem com a internet. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, a.2, vol.8, out-dez. 2005, p.47.

<sup>260</sup> Sobre o assunto verificar, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110.

<sup>261</sup> Nesse sentido ver, CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 108-109; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo. Uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a.3, vol.9, abr-jun.2006, p.17-18; FONSECA, Rodrigo Garcia da. Arbitragem e direito do consumidor. Em busca de convergência. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008

contratos de adesão, consistindo o pronunciamento do Judiciário acerca da matéria o único ponto de convergência em decisões desse tipo.

Deste modo, por envolver controvérsia distinta e paralela à aplicação do princípio da competência-competência no direito arbitral brasileiro, entendemos que a análise de julgados que tratam da validade de convenção de arbitragem em contratos de adesão foge ao objetivo principal deste trabalho, pelo que restaram excluídos desta pesquisa de jurisprudência.

É importante salientar, ainda, que esta análise jurisprudencial não tem a pretensão de esgotar toda a matéria nem de abarcar integralmente as decisões já proferidas pelos tribunais pátrios nesse sentido, podendo haver outros julgados que tratam do tema, embora não tenham sido localizados, de acordo com os critérios de pesquisa adotados.

Com a análise das decisões acima referidas, decorrentes da realização de uma pesquisa por amostragem, objetivamos avaliar o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro no que diz respeito à aplicação do princípio da competência-competência em contratos que não sejam de adesão, com a finalidade de verificar se o seu entendimento se encontra em harmonia com o da doutrina, consoante exposição pretérita.

## 4.2. O Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

### 4.2.1. Das decisões que aplicam o princípio da competência-competência

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram identificadas 3 (três) decisões - envolvendo ao todo 2 (dois) processos - que tratam expressamente do princípio da competência-competência, previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, sendo 2 (duas) de relatoria do Ministro Luiz Fux<sup>262</sup> e a outra da Ministra Nancy Andrighi.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> STJ, S1 – 1ª. Seção, MS 11.308-DF, Rel. Ministro Luiz Fux, j.09.04.2008 e S1 – 1ª. Seção, AgRg no MS 11.308-DF, Rel. Ministro Luiz Fux, j.28.06.2006.

<sup>263</sup> STJ, decisão monocrática proferida no MC 14.295-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j.09.06.2008.

Por se tratar de decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão que tem por função principal assegurar a uniformidade da interpretação das normas infraconstitucionais, o que compreende, por conseqüência, a deliberação, em definitivo, acerca de eventuais inobservâncias contra leis vigentes, entendemos necessário analisar de forma detalhada esses casos.

Trata-se de julgados recentes, cujo teor confirma a tendência das cortes estatais de incentivar o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, mediante aplicação e interpretação correta das normais arbitrais em vigor, tornando-se instrumentos efetivos no combate à prática de manobras dilatórias por aqueles que resistem, injustificadamente, à instituição da arbitragem.

Os acórdãos relatados pelo Ministro Luiz Fux dizem respeito a um Mandado de Segurança impetrado pela empresa Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE - S.A. contra ato emanado do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, que emitiu uma Portaria Ministerial anuindo com a rescisão contratual operada unilateralmente pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A – NUCLEP.

Insurge-se o Impetrante, dentre outras coisas, contra a arbitrariedade e abusividade da Portaria que rescindiu o contrato existente entre as partes, de forma unilateral, sob o argumento de que foi emanada por autoridade absolutamente incompetente.

Não bastasse isso, sustenta que a Portaria Ministerial constitui verdadeira afronta não somente à cláusula que estabelecia o juízo arbitral como competente para resolver quaisquer conflitos entre as partes, mas também à sentença proferida pela Juíza da 42ª. Vara Cível do Rio de Janeiro, que extinguiu sem resolução de mérito a Ação de Cobrança c/c Reintegração de Posse promovida pela NUCLEP em face da Impetrante, com fulcro no art. 267, VII, do CPC, devido à existência de cláusula compromissória.

Ao ser intimada para prestar informações, a autoridade coatora, representada pela União, sustentou, dentre outros argumentos, ser questionável a validade da cláusula compromissória, por considerar o objeto do contrato bem público da União e, portanto, direito indisponível.

Antes de conferir a liminar perseguida através do referido Mandado de Segurança, o Ministro Relator analisou a aplicabilidade da arbitragem a litígios administrativos e concluiu ser lícita sua previsão em tais contratos, consoante entendimento já consolidado no STF.<sup>264</sup>

Em seguida, pondera o Relator ter sido acertada a decisão de 1ª. instância proferida pelo MM. Juízo do Rio de Janeiro ao extinguir o processo sem resolução de mérito, haja vista que a convenção arbitral, prevista na cláusula 21.1 do contrato firmado entre as partes, tem natureza obrigatória, afastando a jurisdição estatal.

Nessa oportunidade, o Ministro salienta, ainda, a existência na jurisdição privada do princípio da competência-competência, esclarecendo que se trata de preceito segundo o qual é o próprio árbitro que decide a respeito de sua competência, o que afasta, por consequência, a alegação de invalidade da convenção de arbitragem levantada pela União.

Por essas razões, a liminar pleiteada pelo Impetrante foi deferida pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido determinada a anulação do ato administrativo que rescindiu unilateralmente o contrato do qual consta convenção de arbitragem, por entender que a manutenção dos termos da Portaria implica em negativa de eficácia ao próprio contrato.

É que, a manutenção da Portaria contra a qual se insurge a Impetrante implicaria, por outro lado, na procedência da alegação de invalidade da cláusula compromissória e, ainda, no desrespeito ao princípio da competência-competência.

Inconformada com o provimento da medida liminar, a União interpôs Agravo Regimental<sup>265</sup>, insistindo na impossibilidade de sociedade de economia mista estabelecer cláusula arbitral em contrato administrativo de arrendamento, por estar supostamente ofendendo o interesse público.

---

<sup>264</sup> Constam dos anais do Supremo Tribunal Federal precedente bastante expressivo, conhecido como “caso Lage”, no qual a União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. O Plenário do STF, na ocasião, reconheceu a legalidade do juízo arbitral, até mesmo nas causas contra a Fazenda, desde que trate de direitos disponíveis, previstos em contratos de natureza privada. AI 52.181, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382.

<sup>265</sup> STJ, S1 – 1ª. Seção, AgRg no MS 11.308-DF, Rel. Ministro Luiz Fux, j.28.06.2006.

Alega, outrossim, que a previsão de cláusula arbitral não impede o gozo das prerrogativas da Administração Pública, decorrentes do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, do qual destaca a rescisão unilateral do contrato administrativo.

A 1ª. Seção do STJ negou provimento ao Agravo Regimental, por entender que a Agravante não apresentou nenhum argumento capaz de invalidar a decisão recorrida, ocasião em que foram integralmente reiterados os fundamentos aduzidos pelo Ministro Luiz Fux ao deferir a liminar conferida nos autos do Mandado de Segurança.

É preciso salientar que o acórdão do Agravo Regimental também se refere expressamente ao princípio da competência-competência, reconhecendo, portanto, a prerrogativa dos árbitros de decidir sobre sua própria competência.<sup>266</sup>

Ao final, em 09.04.2008, a Primeira Seção do STJ julgou procedente o Mandado de Segurança, confirmando a liminar antes deferida e reafirmando os argumentos expendidos naquela ocasião.

Outrossim, consta do repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça outra decisão que prevê de forma expressa a aplicação do princípio da competência-competência, desta vez, proferida nos autos da Medida Cautelar 14.295-SP, ajuizada por Interclínicas Planos de Saúde S.A. (em liquidação extrajudicial), em face de Saúde ABC Serviços Médico Hospitalares Ltda<sup>267</sup>.

Trata-se de medida cautelar originária, visando à concessão de liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, atacado via Recurso Especial, cujo seguimento foi negado pela Presidência da referida Corte, em relação a qual foi interposto Agravo de Instrumento para o STJ.

Pretende a Requerente seja conferida liminar suspendendo os efeitos do acórdão proferido pela 2ª. Câmara de Direito Privado do TJSP,<sup>268</sup> que reformou a decisão de 1ª. instância

---

<sup>266</sup> No acórdão do Agravo Regimental consta expressamente a seguinte observação: “Vige na jurisdição privada, como sucede naquela pública, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide sobre sua competência”.

<sup>267</sup> STJ, MC 14.295-SP, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, j.09.06.2008.

<sup>268</sup> TJSP, 2ª. Câmara – Direito Privado, Agravo de Instrumento 4600344500, Rel. José Roberto Bedran, j. 11.01.2007. Agravante: Saúde ABC Planos de Saúde Ltda. Agravada: Interclínicas Planos de Saúde S.A. (em

que acolheu a alegação de suposta ineficácia superveniente da cláusula compromissória - em virtude da decretação de sua liquidação extrajudicial - e determinou a suspensão do curso do procedimento arbitral.

No entanto, entendeu a Ministra Relatora não estarem presentes os requisitos de admissibilidade da Medida Cautelar, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, tendo considerado o Recurso Especial, ainda, após um juízo prévio e perfunctório, manifestamente inadmissível, por contrariar jurisprudência dominante de referido Tribunal Superior.

Em razão disso, a Ministra Nancy Andrighi indefere liminarmente a inicial e julga extinto o processo sem exame de mérito.

Nada obstante a manifesta improcedência da Medida Cautelar, a eminente Relatora não se furtou a analisar todos os argumentos levantados pela empresa Requerente, ocasião em que emite brilhante pronunciamento sobre a alegação de invalidade e ineficácia superveniente da cláusula compromissória:

“A cláusula compromissória foi firmada pelas partes antes da decretação da liquidação extrajudicial da INTERCLÍNICAS, oportunidade em que detinha plena capacidade para contratar. [...] Não há, pois, dúvida alguma acerca da validade da cláusula compromissória na espécie. [...] A participação da massa liquidanda no procedimento arbitral, a rigor, não exige a prática de nenhum ato inclinado a concluir negócios pendentes, tampouco a onerar ou alienar bens. [...] A participação do liquidante em procedimento arbitral não difere substancialmente da sua atuação na fase de conhecimento dos processos judiciais envolvendo a massa liquidanda. Também nestes, o liquidante, de regra, não pratica nenhuma ação tendente a onerar os bens da massa, até porque a constrição ou expropriação só ocorrerão na fase de execução. [...]”

Além do exame detalhado das alegações de invalidade e ineficácia superveniente da cláusula compromissória, o acórdão também menciona expressamente a prerrogativa dos árbitros de analisar a regularidade de seus próprios poderes, como se pode verificar de trecho do acórdão abaixo transcrito:

---

liquidação extrajudicial). Nesse caso, o TJSP deu provimento ao recurso e determinou a continuação do procedimento arbitral. Consta expressamente da decisão que os árbitros têm prioridade na apreciação da matéria, em observância ao que dispõe o art. 8º, parágrafo único, Lei de Arbitragem.

“A *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida. Dessa forma, a resolução de questões litigiosas fica a cargo do árbitro e, para isso, não exige a lei que o ato jurídico seja válido ou imune a nulidades ou causas supervenientes de ineficácia, como se defende na espécie. Ao contrário, a questão litigiosa pode ser justamente a ineficácia do ato jurídico. Nessas circunstâncias, a jurisdição estatal não se desloca, pois legalmente é o árbitro que detém competência para dirimir essas matérias, assim como para decidir sobre sua própria competência. Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.307/96, que se censura atos de protelação ou afastamento, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução sentença arbitral.”

Verifica-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça não só tem aplicado o princípio da competência-competência, como também censura a prática de atos, seja pelas partes ou pelos tribunais estatais, que busquem burlar esse preceito.

Destarte, o STJ adota expressamente a regra competência prioritária dos árbitros para a análise de questionamentos atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, ou seja, ratifica integralmente o efeito negativo da competência-competência, de modo que só entende possível a apreciação da matéria pelas cortes estatais após o julgamento dos árbitros, com base em cognição plena e exauriente.

Com isso, é possível aduzir que o Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer o efeito negativo da competência-competência, prioriza, sobretudo, o combate a manobras dilatórias daqueles que pretendem resistir indevidamente à instituição e ao desenvolvimento do processo arbitral, em detrimento da economia e celeridade processuais.<sup>269</sup>

Isto porque, conforme restou bem demonstrado no capítulo anterior, o grau de reconhecimento do efeito negativo do princípio da competência-competência revela, sob outro prisma, o confronto entre dois objetivos contrapostos: priorizar a celeridade e a economia

---

<sup>269</sup> Nesse sentido, ver ALVES, Rafael Francisco. A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, p. 212.

processual ou conferir eficácia ao instituto da arbitragem e a afastar a prática de atos protelatórios pela parte recalcitrante.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, ao reconhecer a regra da competência prioritária incondicionada dos árbitros, busca afastar a possibilidade de as partes acionarem o Judiciário com o simples objetivo de procrastinar o início da arbitragem, primando, sobretudo, pela sua plena eficácia.

4.2.2. Dos julgados que deixam de aplicar o princípio da competência-competência, sem afrontar o preceito

Afora as decisões que tratam do princípio da competência-competência de forma direta, também foram encontrados outros 2 (dois) julgados que abordam o tema, ou melhor, que versam sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória, sem citar ou aplicar o referido princípio.

Esses acórdãos refletem a hipótese aventada, em que o tribunal deixa de aplicar a regra da competência-competência, embora esteja tratando da matéria, mas não afronta o princípio, já que a ação ao final é extinta sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII, do Código de Processo Civil.

Foram encontrados dois acórdãos proferidos em Recurso Especial,<sup>270</sup> ambos de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha e de idêntico teor<sup>271</sup>, que deram provimento aos recursos para determinar a reforma dos julgados oriundos do tribunal *a quo* e extinguir os processos sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII, do CPC.

---

<sup>270</sup> STJ, REsp 612.439-RS, j. 18.10.2005. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. x CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica e STJ, REsp 606.345-RS, j. 15.05.2007. AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. x CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica.

<sup>271</sup> Importante trazer à baila justificativa dada pelo do Ministro Relator, João Otávio de Noronha, ao proferir acórdãos literalmente idênticos: “Sobre as mesmas questões que envolvem a presente demanda versa o Recurso Especial 612.439-RS, cujos autos estão apensos a este, por se tratar da mesma demanda original, das mesmas partes e do mesmo objeto. Os recursos especiais vieram a este tribunal por atuações, dado que originados de agravos diversos na origem. [...] Como as razões desse recurso são *ipsis litteris* iguais ao do apenso, não há nada que possa ser acrescentado ao voto que proferi.

Trata-se de ação ordinária condenatória ajuizada pela CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica, sociedade de economia mista com sede no Rio Grande do Sul, em face da AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., sob a alegação de que esta empresa teria descumprido o contrato firmado entre as partes para aquisição de potência e energia elétrica.

Em sede de contestação, a AES Uruguaiana levantou, preliminarmente, a existência no contrato de cláusula compromissória, requerendo, destarte, a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VII, do estatuto processual civil pátrio.

A magistrada de primeira instância deixou de extinguir o processo devido à existência de convenção de arbitragem, sob a alegação de que a CEE, por constituir sociedade de economia mista, prestadora de serviço público essencial, não pode figurar como parte em um procedimento arbitral, tendo destacado, ainda, que a utilização da arbitragem é mera faculdade posta em favor dos litigantes, inexistindo qualquer obrigatoriedade nesse sentido.

Inconformada com esse entendimento AES Uruguaiana interpôs Agravo de Instrumento, devolvendo a apreciação da matéria ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, por sua vez, negou provimento ao agravo, dentre outros argumentos, por entender “ser livre o acesso ao Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da Carta Magna”.

Após a oposição de Embargos Declaratórios com fins de prequestionar os artigos 3º, 4º, 7º, 8º e 20 da Lei de arbitragem, a AES Uruguaiana interpôs Recurso Especial, insistindo, sobretudo, na obrigatoriedade da arbitragem para a resolução de conflitos cujo contrato contenha convenção arbitral.

Defende a Recorrente que ao deixar de extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC, o tribunal teria negado eficácia à convenção arbitral. Sustenta, ainda, ter havido violação aos artigos 8º e 20 da Lei nº 9.307/96, por não ter sido determinada a remessa dos autos para o juízo arbitral, competente para julgar, em primeiro lugar, controvérsia relativa à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> A AES Uruguaiana, portanto, em sede de Recurso Especial, questiona expressamente o descumprimento pelo juízo *a quo* do princípio da competência-competência.

Ao julgar o Recurso Especial, o Ministro João Otávio de Noronha aduz não só ser equivocado o entendimento do tribunal de origem de que a convenção arbitral é facultativa, como também afasta a alegação de que as sociedades de economia mista não podem celebrar contrato de compra e venda com cláusula compromissória.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, acolheu os argumentos da recorrente de que a não-extinção do processo sem resolução de mérito implicaria, por conseguinte, na declaração de ineficácia da cláusula compromissória, de modo restou provido o recurso e proferida sentença terminativa, nos termos do art. 267, VII, do CPC.

Com efeito, apesar de ter sido provocado para tanto, o STJ não emitiu qualquer pronunciamento acerca do princípio da competência-competência, tendo se limitado apenas a rechaçar as alegações de que a cláusula compromissória é facultativa e de que as sociedades de economia mista não podem participar da arbitragem.

Isso não quer dizer, contudo, que tenha havido afronta à regra da competência-competência, já que, de qualquer forma, foi determinada a extinção do processo e a submissão da causa à arbitragem, a fim de que os árbitros possam decidir quaisquer controvérsias decorrentes do aludido contrato, inclusive se a convenção de arbitragem é válida e eficaz.

Há de se convir que teria havido inobservância ao referido princípio caso uma das partes houvesse questionado a validade daquela convenção de arbitragem em específico e o tribunal tivesse se posicionado acerca da regularidade dos poderes dos árbitros, ignorando a prerrogativa que lhes é conferida.

No entanto, a validade e eficácia da convenção arbitral figura como questão secundária na referida ação, já que o objeto principal do processo trata de questão bem mais ampla, qual seja, o debate acerca da possibilidade de aderência das sociedades de economia mista a contrato que prevê a submissão de eventuais conflitos à arbitragem.

Assim, embora de não tenha o Superior Tribunal de Justiça se pronunciado acerca do princípio da competência-competência, consideramos que não houve inobservância ao princípio nesta hipótese, tendo sido conferida ao tribunal arbitral a possibilidade de analisar eventuais insurgências sobre o tema.

O que se pode concluir, destarte, é que o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado as normas vigentes em favor da arbitragem, inclusive o próprio princípio da competência-competência, buscando conferir máxima eficácia ao instituto e contribuindo para sua disseminação no Brasil.<sup>273</sup>

#### 4.3. O posicionamento dos Tribunais de Justiça dos Estados

##### 4.3.1. Esclarecimentos necessários

Consoante exposição pretérita, não foram encontrados julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais que, embora deixem de aplicar o princípio da competência-competência, não representam afronta à essa regra.

Repise-se que não se pretende com essa pesquisa esgotar todas as possibilidades. É bem provável que existam outras decisões nesse sentido. Ocorre que, mediante os critérios utilizados para realização da pesquisa exposta nesse trabalho, não foi possível identificar acórdãos com teor análogo.

Deste modo, a totalidade das 28 (vinte e oito) decisões identificadas nos Tribunais de Justiça estaduais tratam do princípio da competência-competência – visto que avaliam efetivamente a validade, existência e/ou eficácia da cláusula compromissória – mas findam desrespeitando o preceito, já que o magistrado ao final emite pronunciamento sobre o assunto.

Afora esses acórdãos, também foram encontrados outros 15 (quinze) que tratam diretamente do tema, seja porque mencionam o princípio da competência-competência ou porque, de alguma forma, aplicam o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96.

---

<sup>273</sup> Nesse sentido, verificar os seguintes julgados: REsp 954065-MS, T3 – Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.05.2008; 712.566-RJ, T3 – Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.08.2005; REsp SEC 507-GB, Corte Especial, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 18.10.2006; SEC 874-CH, Corte Especial, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 19.04.2006;

Existe, portanto, verdadeira dicotomia nos Tribunais de Justiça Estaduais: de um lado, os julgados que aplicam os preceitos do art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, de outro, os que constituem verdadeira inobservância ao princípio.

#### 4.3.2. Das decisões que aplicam o princípio da competência-competência

Após a realização de pesquisa jurisprudencial no acervo dos Tribunais de Justiça de todos os estados brasileiros, como se disse, foram encontradas 15 (quinze) decisões que aplicam o princípio da competência-competência da forma adequada, tendo sido esses julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Santa Catarina.

Dito isso, é possível constatar que o princípio da competência-competência é, de fato, pouco difundido no país, tanto que somente 4 (quatro) dos 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça Estaduais se pronunciaram expressamente sobre o tema, em apenas 15 (quinze) decisões, não tendo sido encontrado nenhum julgado que trate diretamente do tema na região Norte, Nordeste e Centro-Oeste.<sup>274</sup>

Verifica-se, ainda, que esses acórdãos são oriundos de Tribunais de Justiça localizados em Estados onde a arbitragem é mais desenvolvida e os meios alternativos e extrajudiciais têm sido utilizados com maior frequência para a solução de conflitos.<sup>275</sup>

É que, o crescimento da arbitragem está diretamente relacionado não só ao desenvolvimento do comércio e da indústria, mas também à presença de empresas estrangeiras na região e ao valor do PIB dos Estados, o que explica o fato de as decisões localizadas estarem concentradas em Estados da Região Sul e Sudeste.

---

<sup>274</sup> Também não foram encontradas decisões nesse sentido nos Tribunais Regionais Federais.

<sup>275</sup> Para verificar o crescimento e desenvolvimento da arbitragem em determinado Estado, basta observar a quantidade de decisões disponíveis em cada tribunal sobre o assunto. Por exemplo, no site do TJSP ([www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)), ao digitar o termo “arbitragem”, foram encontradas 1.819 decisões. No site do TJMG ([www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)), foram localizados 717 acórdãos, enquanto no site do TJDF ([www.tjdf.jus.br](http://www.tjdf.jus.br)) foram encontrados 244 julgados. Já no site do TJPE ([www.tjpe.jus.br](http://www.tjpe.jus.br)), foram localizadas 15 decisões e no site do TJPA ([www.tjpa.jus.br](http://www.tjpa.jus.br)), foram identificados apenas 4 acórdãos.

Outra característica comum aos julgados que tratam de forma direta do princípio da competência-competência é o fato de terem sido proferidos recentemente, entre os anos de 2004 e 2009,<sup>276</sup> o que demonstra se tratar de um assunto atual e pouco debatido nos tribunais pátrios.

Dos acórdãos que aplicam corretamente o princípio da competência-competência, elegemos um proveniente de cada Estado para a realização de uma análise mais aprofundada, de modo que se possa melhor avaliar a forma como os Tribunais de Justiça do Brasil vêm aplicando o aludido princípio.<sup>277</sup>

#### 4.3.2.1. Tribunal de Justiça de São Paulo

No Tribunal de Justiça de São Paulo foram localizadas 5 (cinco) decisões que aplicam corretamente o princípio da competência-competência<sup>278</sup>, tendo sido escolhido um acórdão, proferido em sede Agravo de Instrumento, para representar os demais julgados que tratam da matéria nesse órgão.

Esta decisão deu provimento ao recurso para reformar a decisão proferida pelo juízo monocrático que rejeitou a preliminar de extinção do processo sem resolução de mérito, com amparo no art. 267, VII, do CPC<sup>279</sup>.

Isso porque, o magistrado prolator da decisão agravada deixou de acolher a preliminar suscitada na contestação, atribuindo competência ao Poder Judiciário para o exame de

---

<sup>276</sup> Das quinze decisões encontradas, três datam de 2004, duas são de 2007, duas foram prolatadas em 2008 e o restante, ao todo oito, foi proferida em 2009.

<sup>277</sup> Para a consulta de todas as decisões identificadas, verificar o esquema localizado no anexo I do presente trabalho.

<sup>278</sup> TJSP, 2ª. Câmara – Direito Privado, Agravo de Instrumento 4600344500, Rel. José Roberto Bedran, j. 11.01.2007. Saúde ABC Planos de Saúde Ltda x Interclínicas Planos de Saúde S.A. em Liquidação Extrajudicial; 1º TACSP, 10ª. Câmara, Embargos Declaratórios 1178552501, Rel. Enio Zuliani, j. 10.02.2004. Enron Comercializadora de Energia Elétrica Ltda x Eucatex S.A. Indústria e Comércio; TASP, 10ª. Câmara, Embargos Declaratórios 1178552501, Rel. Enio Zuliani, j. 10.02.2004. BNP Paribas e outro x Banco Fontecindam S.A. e outros; TJSP, 1ª; Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2374424500, Rel. Elliot Akel, j. 02.09.2004. Cooperativa dos Agricultores da Região de Orlândia Carol e outros x Itochu Corporation e outros.

<sup>279</sup> TJSP, 4ª. Câmara – Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 6442044200, Rel. Maia da Cunha, j. 30.07.2009. Agravante: AIG Venture Holdings Ltda. Agravada: Kwikasair Cargas Expressas Ltda. e outros.

controvérsias oriundas do contrato que contém convenção de arbitragem, por entender que a cláusula compromissória estaria eivada de nulidade.

Inconformada com esse entendimento, a AIG Venture Holding Ltda. interpõe Agravo de Instrumento, pleiteando a reforma da referida decisão, sob o argumento de que a cláusula compromissória contida no contrato deve ser considerada válida, até que o tribunal arbitral analise a matéria, a teor do que dispõe o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96.

Em suas respostas, as Agravadas insistem na nulidade da cláusula compromissória, alegando existência de vício de consentimento no contrato, em decorrência de suposta imposição da Agravante para quanto à inclusão da convenção de arbitragem no pacto celebrado entre as partes.

Ao analisar as razões do recurso, o relator entende que merece ser provido, por entender que a cláusula compromissória possui força vinculante e obrigatória inclusive no que tange à validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Saliente-se que, em seu voto, o relator realiza detida análise do alcance da norma insculpida no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, para concluir que “até mesmo a validade da cláusula compromissória será objeto de decisão pela via extrajudicial, restando a participação do Judiciário antes da instituição do procedimento arbitral, apenas para os casos previsto no art. 7º, da Lei nº 9.307/96”.

Ao final, portanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu integral provimento ao Agravo de Instrumento, para reformar a decisão de primeira instância e extinguir o feito sem apreciação do mérito, dada à existência de convenção de arbitragem no contrato.<sup>280</sup>

---

<sup>280</sup> Vide íntegra da ementa: Arbitragem. Lei nº 9307/96. A arbitragem é uma forma extrajudicial de solução prevista pela lei para dirimir conflitos através de decisão a ser proferida por terceiro que foi aceito de comum acordo como árbitro, desde que as partes possuam capacidade civil e discutam sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). O compromisso arbitral, enfim, é a convenção através da qual as partes submetem os litígios que possam surgir à arbitragem de uma ou mais pessoas (art. 4º), inclusive compulsoriamente mediante intervenção do Poder Judiciário (art. 7º). A cláusula compromissória estipulada no contrato possui força vinculativa obrigatória inclusive no que tange à decisão sobre a validade e eficácia da convenção de arbitragem (art. 8º, parágrafo único). Jurisprudência deste TJSP, do STJ e do STF sobre o tema. É ilegal a pretensão da autora, no caso, de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes da sua instituição. Inexistência de ferimento ao princípio de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF), já que a própria lei preserva a participação do Poder Judiciário para a anulação da sentença arbitral, inclusive a validade do

Como se disse, não se trata de um julgado isolado, tendo sido encontrados outros acórdãos no banco de jurisprudência do TJSP que se filiam a esse entendimento, deixando ao crivo dos árbitros a análise da validade da cláusula compromissória.

#### 4.3.2.2. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também foram encontrados 5 (cinco) julgados que aplicam o princípio da competência-competência de maneira precisa, tendo sido escolhido uma decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento para uma análise mais detida<sup>281</sup>.

O recurso foi interposto pela Zune Consultoria de Telecomunicações Ltda. contra decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau, que em ação de cobrança reconhece a prejudicialidade externa em relação ao juízo arbitral chinês, e determina a suspensão do processo judicial por trinta dias, até que os árbitros decidam sobre a validade cláusula compromissória estatuída pelos contratantes.<sup>282</sup>

A Agravante, então, insurge-se contra a validade da cláusula compromissória e competência do “Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong” para apreciação da controvérsia existente entre as partes.

---

compromisso (arts. 32 e33). Inadmissibilidade de a pessoa jurídica habituada a negócios milionários como o do contrato que dá ensejo à ação faça a eleição pela arbitragem, livre e espontaneamente, e depois, antes mesmo da sua formação, abandone a solução que escolheu e venha ao Poder Judiciário socorrer-se em razão de defeitos que se comprometeu a aceitar que fossem sanados pela via extrajudicial. Hipótese de extinção do processo, sem julgamento do mérito, pela convenção de arbitragem, nos termos do art. 267, VII, do CPC. Recurso provido para tanto.

<sup>281</sup> TJRJ, 19ª. Câmara Cível, Apelação Cível nº 2008.001.42983, Rel. Marília de Castro Nevez Vieira, j 02.09.2008. Ricardo Caiado de Oliveira x José Luis de São José; TJRJ, 15ª. Câmara Cível, Apelação Cível nº 2008.001.30250, Rel. Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, j 01.07.2008. CZ6 Empreendimentos Comerciais Ltda. x Lúcio Maciel de Toledo Maia; TJRJ, 15ª. Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2009.002.27205, Rel. Celso Ferreira Filho, j 25.08.2009. Global Maritime Investimento x Companhia Siderúrgica Nacional;

<sup>282</sup> TJRJ, 10ª. Câmara Cível, Agravo Inominado no Agravo de Instrumento nº 2009.001.13.202, Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, j 22.07.2009. Agravante: Zune Consultoria de Telecomunicações Ltda. Agravado: Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, todavia, ao analisar as razões do agravo, invoca o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, esclarecendo que é o próprio árbitro quem decide a respeito de sua competência, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça<sup>283</sup>.

Ao final, o TJRJ nega provimento ao Agravo de Instrumento, mantendo decisão que determina a suspensão do processo judicial até que os árbitros decidam sobre sua competência e a validade da cláusula compromissória.<sup>284</sup>

Advirta-se, ainda, que outros julgados seguem essa mesma linha de raciocínio, conferindo ao tribunal arbitral a possibilidade de avaliar a regularidade de seus próprios poderes.

#### 4.3.2.3. Tribunal de Justiça do Paraná

No âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná foram identificados 3 (três) acórdãos que aplicam o princípio da competência-competência de forma correta, tendo sido selecionada decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento para melhor análise.<sup>285</sup>

Trata-se de recurso interposto pela Pesquisa Administradora de Imóveis Ltda., contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 19ª. Vara Cível da comarca de Curitiba-PR, que rejeitou a exceção de incompetência oposta,<sup>286</sup> por considerar inválida a cláusula compromissória firmada entre as partes.

Sustenta a Agravante, em sede recursal, que diante da existência de convenção arbitral o juízo *a quo* é incompetente para conhecer e julgar a demanda proposta pela Agravada, razão pela

---

<sup>283</sup> Trata-se dos julgados do STJ acima analisados: MC 13.124-SC, 3ª. Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.06.2008 e MS 11.308-DF, 1a. Seção. Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008.

<sup>284</sup> Vide ementa: Cláusula arbitral. Matéria submetida à Corte Estrangeira. Prejudicialidade externa. Suspensão do processo. Princípio da *Kompetenz-Kompetenz*. Cláusula arbitral. Ação de cobrança ajuizada com base em descumprimento de contrato. Matéria submetida à corte de arbitramento chinesa. Prejudicialidade externa reconhecida. Processo suspenso até que os árbitros escolhidos decidam sobre sua competência e a validade da cláusula arbitral. Decisão alinhada com os precedentes do STJ. Decisão do relator mantida. Agravo desprovido.

<sup>285</sup> TJPR, 11ª. Câmara Cível, Agravo de instrumento nº 589.016-8, Rel. Augusto Lopes Cortes, j. 12.08.2009. Agravante: Pesquisa Administradora de Imóveis Ltda Agravada: Filomena Maria de Jesus Ferreira Barbosa.

<sup>286</sup> Registre-se que a arguição da existência de convenção de arbitragem por meio de exceção de incompetência é tecnicamente incorreta. O certo é discutir a questão em sede de preliminar de contestação.

qual requer seja a demanda submetida à apreciação do tribunal arbitral convencionado no contrato.

A Agravada, por sua vez, insiste na nulidade da cláusula compromissória e pleiteia o não-conhecimento do recurso, sob a alegação de que a incompetência do juízo foi argüida de forma inadequada.

Contudo, ao apreciar os argumentos de ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Paraná pondera que o parágrafo único, do art. 8º, da Lei de Arbitragem, prevê ser incumbência do árbitro decidir sobre questões atinentes à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, restando excluída a matéria da apreciação do Judiciário.<sup>287</sup>

Em razão disso, decidiram os Desembargadores da 11ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade, dar provimento ao recurso e extinguir o processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII, do CPC, nos termos do voto do relator.<sup>288</sup>

#### 4.3.2.4. Tribunal de Justiça de Santa Catarina

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina foram encontradas duas decisões que mencionam expressamente o princípio da competência-competência, tendo sido escolhido, para melhor análise, um julgado que nega provimento ao Agravo de Instrumento e mantém integralmente decisão que determinou a extinção da ação originária, em razão da existência de compromisso arbitral no contrato firmado entre as partes<sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> Saliente-se a existência de acórdão cujo teor é bastante similar ao ora exposto, também de relatoria do Des. Augusto Lopes Cortes: TJPR, 10ª. Câmara Cível, Apelação Cível nº 414.532-4, j. 06.12.2007. Apelante: Fabris e Garcia Ltda. Apelado: Batávia S.A. Indústria de Alimentos.

<sup>288</sup> Vide íntegra da ementa: Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Contrato de prestação de serviços. Convenção de arbitragem. Natureza do contrato. Validade da cláusula compromissória. Competência do juízo arbitral. Exegese do art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96. Mera eleição de cláusula arbitral exclui a apreciação do Poder Judiciário. Extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Agravo provido.

<sup>289</sup> TJSC, 3ª. Câmara Civil Especial, Agravo (art. 557, §1º do CPC) em Agravo de Instrumento nº 2008.009431-7, Rel. Carlos Alberto Civinski, j 25.09.2009. Agravante: UNIPLAC – Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense. Agravada: Ideal Educação Fundo de Investimentos em direitos creditórios e outros.

É que, a Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense – UNIPLAC ingressou em juízo com Ação Ordinária, em face da Ideal Educação Fundo de Investimentos em direitos creditórios e outros, visando à anulação do contrato de cessão de créditos firmado entre as partes, sustentando, dentre outros fundamentos, a nulidade da convenção arbitral, por entender existir entre as partes relação consumo.

Posteriormente, a parte autora ajuizou medida cautelar incidental requerendo fosse liminarmente determinada não só a abstenção por parte da empresa ré de incluir seu nome nos órgãos de restrição ao crédito, mas também a proibição da emissão de boletos de cobrança da mensalidade dos alunos, tendo sido deferida a liminar nesse sentido pelo MM. Juízo monocrático.

Inconformada com a decisão, a Ideal Educação interpôs Agravo de Instrumento, invocando, em sede de preliminar, a falta de uma das condições da ação, em razão da existência de convenção de arbitragem, ocasião em que foi acolhida sua alegação e determinada, em sede recursal, a extinção da ação originária, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC.

Contra a decisão do agravo de instrumento, interpõe a parte vencida novo agravo, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, pleiteando a declaração de nulidade tanto do contrato principal quanto da cláusula compromissória.

No julgamento deste Agravo, a 3ª, Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina afirma expressamente ser de competência do tribunal arbitral a análise da existência, validade e eficácia da convenção arbitral e do contrato que contém a cláusula compromissória.

Esclarece o relator, Des. Cláudio Cinvinski, em brilhante voto, que “tal preceito consagrou entre nós o sistema criado pelo Tribunal Federal Alemão denominado *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual o árbitro ou o tribunal detém a prerrogativa de decidir a respeito de sua própria competência”.

Não bastasse isso, analisa os efeitos positivos e negativos do princípio da competência-competência e o interpreta quanto à adoção da Convenção de Nova Iorque pelo nosso

ordenamento jurídico, para concluir que não cabe ao juiz dispor sobre a matéria antes do pronunciamento do árbitro.

Por essas razões, decidiu a Câmara Civil especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso, mantendo *in totum* a decisão que extinguiu o feito sem resolução de mérito, em virtude da existência de convenção de arbitragem.<sup>290</sup>

#### 4.3.2. Das decisões que contrariam o princípio da competência-competência

A regra da competência prioritária incondicionada vigente no país determina que os árbitros têm prioridade no julgamento de eventuais questionamentos acerca da validade, existência e eficácia da convenção de arbitragem, de modo que ao Judiciário cabe apenas o reexame da decisão proferida pelos árbitros em sede de ação anulatória ou de impugnação à execução.

Sobre a questão da validade da cláusula compromissória, a regra adotada determina que o árbitro irá decidir acerca de sua competência em primeiro lugar, podendo essa questão ser reexaminada posteriormente pelo Judiciário.<sup>291</sup>

Assim sendo, tanto no decorrer do procedimento arbitral quanto antes do seu início, deve o Judiciário se abster de emitir pronunciamentos acerca da regularidade dos poderes dos árbitros, exceto na hipótese em que houver nulidade manifesta, gritante, identificável *prima facie*, mediante cognição sumária, conforme restou demonstrado.

---

<sup>290</sup> Vide íntegra da ementa: Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento. Convenção de arbitragem. Autonomia da cláusula compromissória. Competência do árbitro ou tribunal para decidir arguição de nulidade da cláusula arbitral. Aplicação do princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*). Impossibilidade de análise prévia da questão pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e improvido. O árbitro ou tribunal arbitral detém a prerrogativa de decidir a respeito da sua própria competência, por força do princípio *Kompetenz-Kompetenz* adotado em nosso ordenamento jurídico. A ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil não derogou o princípio *Kompetenz-Kompetenz* previsto no art. 8º da Lei 9.307/96.

<sup>291</sup> TIBÚRCIO, Carmem, Temas de direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 300.

É bem verdade que o a expressão “nulidade manifesta” é subjetiva, razão pela qual é preferível classificá-la como sendo aquela que, de tão evidente e aparente, não comporta interpretações divergentes.

Nessa linha de raciocínio, para que um julgado se encaixe nessa hipótese, necessário se faz que tanto o juiz de primeiro grau quanto o tribunal *ad quem* mantenham o mesmo entendimento quanto ao vício levantado por uma das partes, sendo certo que a mínima discordância é suficiente para retirar do caso o status de “nulidade manifesta”.<sup>292</sup>

Ora, se há espaço para discordância, é recomendável que se deixe ao crivo do tribunal arbitral a análise da suposta nulidade aventada, em respeito ao princípio da competência-competência.<sup>293</sup>

No entanto, as decisões a seguir expostas não refletem a regra da competência prioritária incondicionada, conforme previsão no plano teórico-normativo, uma vez que o Judiciário se pronuncia sobre a regularidade dos poderes dos árbitros, contrariando o princípio da competência-competência.

A propósito, insta salientar julgado proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria da Desembargadora Rosa Maria Andrade Nery Júnior, que deu provimento à apelação para reformar a sentença que determinou a extinção do processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII, do CPC.<sup>294</sup>

Segundo entendimento da ilustre relatora, a ausência de assinatura do contrato principal implica na inexistência da cláusula compromissória, pois deixa de atender às exigências legais de forma do ato, razão pela qual não seria hábil para submeter as partes ao júízo arbitral.

---

<sup>292</sup> Sobre este tema, ver ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, p. 213.

<sup>293</sup> É possível argumentar que, mesmo sendo o vício manifesto, juízes podem discordar quanto à caracterização desse vício ou quanto às conseqüências que esse vício possa acarretar no processo. No entanto, nesses casos, é preferível que a questão seja resolvida pelos árbitros, em observância ao que dispõe o princípio da competência-competência.

<sup>294</sup> TJSP, 34ª. Câmara – Direito Privado, Apelação Cível nº 980401800, Rel. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 14.02.2007. Apelante: Berger & Nascimento Com e Serviços Ltda. Apelada: Alstom Brasil Ltda.

Acrescenta, ainda, que “para atender a exigência legal de forma *ad substantia*, para o *pactum de compromittendo*, este exige a forma escrita para sua exigência”, razão pela qual determina o prosseguimento da ação em primeira instância.<sup>295</sup>

Curioso observar, nesse caso, que embora se insurja contra a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, sob o argumento de que a cláusula compromissória é inválida, foi a própria autora quem ingressou em juízo exigindo o cumprimento do contrato.

Todavia, entendeu o tribunal que a ausência de assinatura não compromete o contrato principal, apenas a convenção de arbitragem, dada a forma escrita prescrita em lei, segundo disposto no art. 4º, §1º da Lei de Arbitragem.

Outrossim, não se pode falar em nulidade aparente e manifesta nesse caso, já que o juiz de primeiro grau considerou válida a cláusula compromissória, tanto que proferiu sentença terminativa, com fulcro no art. 267, VII, do CPC.

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu acórdão que negou provimento ao recurso de Agravo de Instrumento<sup>296</sup>, por entender que a cláusula compromissória reclama para a sua efetividade a assinatura do compromisso arbitral, providência sem a qual resta afastada a validade da convenção arbitral.

Embora o referido acórdão tenha sido julgado em 2003, isto é, mais de cinco anos após a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, apresenta interpretação contrária ao que reza a atual Lei de Arbitragem<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> Observe-se a íntegra da ementa: Prestação de serviços. Contrato celebrado e execução iniciada, instrumento escrito não assinado pela autora. Alegação de existência de cláusula compromissória. Ação extinta em primeiro grau, sem julgamento de mérito, por causa da alegada existência de compromisso arbitral. Situação, entretanto, em que se verifica que o compromisso não foi celebrado na forma prescrita em lei e, nessa parte, o *pactum de compromittendo* não existe para os efeitos reconhecidos na sentença. Inteligência do CC 104 III c/c a LArb 4.º § 1.º Recurso provido para que a ação prossiga e seja julgada pelo mérito.

<sup>296</sup> TJRS, 2ª. Câmara Especial Cível, Agravo de Instrumento nº 70005680558, Rel. Marta Borges Ortiz, j. 30.06.2003. Agravante: General Electric Company. Agravado: Surgical Produtos de Consumo Hospitalar Ltda.

<sup>297</sup> Verifique-se ementa na íntegra: Agravo de Instrumento. Ação de Cobrança. Convenção arbitral afastada. Competência da justiça brasileira para conhecimento da controvérsia. Registra-se, inicialmente, que, inobstante o Agravo de Instrumento abarque o conhecimento de três objetos: validade da Convenção Arbitral, competência da justiça brasileira e ocorrência de litispendência, por não restar enfrentada na decisão hostilizada o último tema, conhece-se do presente somente em relação as duas iniciais pretensões. Validade da convenção arbitral. A nova legislação relativa à arbitragem, Lei nº 9.307/96, reclama, para sua efetividade, não somente a previsão contratual da arbitragem, mas, modo igual, do denominado compromisso arbitral, consistente em um contrato, através do qual

Isso porque, como se viu, a lei arbitral em vigor equipara a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, denominando ambos espécies do gênero convenção de arbitragem, considerando qualquer dos dois suficientes para subtrair eventuais controvérsias da jurisdição estatal.

Apesar disso, aduz o relator que a Lei nº 9.307/96 reclama para sua efetividade, não somente a previsão contratual da arbitragem, mas, igualmente, o denominado compromisso arbitral.

Em razão disso, por unanimidade de votos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a validade da convenção arbitral e manteve *in totum* a decisão agravada.

Com efeito, não se trata de uma decisão isolada deste tribunal, no sentido de interpretar a Lei de Arbitragem em desarmonia com o que preceitua o STF<sup>298</sup> e o STJ<sup>299</sup>, sendo certo que os acórdãos encontrados neste tribunal, que tratam da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, são unânimes contrariar o princípio da competência-competência.

---

as partes estabelecem os termos em que a arbitragem efetuar-se-á. No caso em liça, não fora travado entre os litigantes o denominado compromisso arbitral, com o que se afasta a validade da Convenção Arbitral. Competência da Justiça Brasileira. Considerando que a convenção de arbitragem fora afastada, através do qual havia a previsão de aplicabilidade de legislação estrangeira, competente é a justiça brasileira. Ademais, consoante disposto no art. 88, II, do Código de Processo Civil, competente para o conhecimento da controvérsia é autoridade brasileira quando a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil. Validade da Convenção Arbitral afastada. Competência da Justiça Brasileira assentada. Agravo de Instrumento improvido.

<sup>298</sup> Agravo interno. Decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento. Juízo arbitral. Lei 9.307/96. Faculdade. Indisponibilidade e indeclinabilidade da jurisdição por convenção particular. Monopólio estatal da justiça. Indisponibilidade de direitos e garantias individuais. Não se discute, no caso dos autos, a constitucionalidade da Lei n.º 9.307/96, pois esta é, por força da jurisprudência do egrégio STF, sabidamente constitucional. A questão, no caso concreto, diz com a possibilidade de as partes disporem/renunciarem, adrede e abstratamente, por convenção contratual, de direitos e garantias individuais, de matriz constitucional, o que agride a consciência jurídica. A jurisdição é monopólio do Estado e a arbitragem tem lugar quando, já estabelecido o litígio, as partes por ela optarem. A previsão contratual de privilégio da arbitragem para a solução de impasses relativos a contratos dependerá, sempre, da vontade livre das partes nas condições acima mencionadas, dado o caráter relativo e programático de tal disposição. Inteligência do artigo 5º, inciso XXXV, da CF. Agravo interno conhecido e desprovido. (TJRS, 6ª. Câmara Cível, Agravo nº 70011081148, Rel. José Conrado de Souza Júnior, j. 30.03.2005)

<sup>299</sup> Direito privado não especificado. Ação declaratória de nulidade e/ou desconstituição de convenção ou compromisso arbitral. Indução em erro. Pedido liminar de cancelamento ou suspensão da audiência designada no juízo arbitral. Indeferimento pelo juízo de origem. Preenchimento dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela. Prova dos autos que confere verossimilhança à alegação do agravante. Fundado receio de dano de difícil reparação. Deferimento da suspensão da audiência até o julgamento final da Ação Anulatória. Agravo de instrumento provido. (TJRS, 19ª. Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70026599852, Rel. Mylene Maria Michel, j. 25.11.2008)

Insta destacar, ademais, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>300</sup>, que apesar de não ter conhecido o recurso, mantendo sentença de primeira instância que extinguiu o processo em razão da existência de convenção arbitral, assevera que a nulidade da cláusula compromissória só poderia ser avaliada pelo tribunal *ad quem*, em sede de Apelação, caso a parte tivesse suscitado a questão em primeira instância.

Isto é, o tribunal *ad quem* mantém entendimento do juiz singular de que o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VII, do CPC, mas justifica a manutenção da decisão pelo fato de não ter a parte levantado a invalidade da cláusula compromissória no juízo originário, elucidando que apreciação de sua validade nessa oportunidade implicaria em supressão de instância, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>301</sup>.

Nessa esteira, portanto, caso a parte tivesse argüido a invalidade da cláusula compromissória desde a primeira instância, poderia ter o tribunal avaliado a sua validade, ignorando por completo o que preceitua o princípio da competência-competência.

É certo que a supressão de instância é vedada no Brasil, mas mesmo que esse fato não estivesse configurado nos autos, também não caberia ao tribunal *ad quem* analisar a validade da cláusula compromissória, já que constitui prerrogativa dos árbitros de avaliar a regularidade de seus poderes.

Outro caso significativo diz respeito a um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>302</sup>, em que o relator mantém decisão do juiz *a quo* que rejeitou a preliminar de extinção do processo, nos termos do art. 267, VII, do CPC, sob a alegação de que a ação anulatória de cláusula compromissória fundada em vício de consentimento devolve ao Judiciário o monopólio da jurisdição.

---

<sup>300</sup> TJPR, 16ª. Câmara Cível, Apelação Cível nº 528.048-8, Rel. Josély Dittrich Ribas, j 07.10.2009. Apelante: Tenczna e Cia Ltda. Apelado: Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Comerciantes de Confecções da Região Oeste – Sicoob Oeste.

<sup>301</sup> Vide íntegra da ementa: Apelação Cível. Ação de Prestação de Contas extinta nos termos do artigo 267, VII do CPC. Contrato de abertura de crédito-conta corrente garantida celebrado entre a cooperativa requerida e a associada (cooperada)/autora. Validade da cláusula compromissória pactuada entre as partes. Inovação. Impossibilidade de apreciação em sede recursal. Recurso não conhecido.

<sup>302</sup> TJMG, 12ª. Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 1.0355.08.013342-2/002, Rel. José Flávio de Almeida, j 29.07.2009. Agravante: Samarco Mineração S.A. Agravado: Francisco Gomes Ribeiro.

Sustenta o relator que, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 9.307/96, as partes devem argüir questões relativas a validade, existência e eficácia da cláusula compromissória na primeira oportunidade que tiverem para se manifestar, após a instituição da arbitragem.

Em seguida, conclui que como o suposto vício da convenção de arbitragem precede a instauração do procedimento arbitral, cabe ao Judiciário analisar a questão, pelo que nega provimento ao Agravo de Instrumento.<sup>303</sup>

Observa-se, assim, que o tribunal *ad quem* interpreta isoladamente o art. 20 da Lei de Arbitragem, para concluir que lhe é permitida a análise da regularidade dos poderes dos árbitros, antes de instaurada a arbitragem, contrariando por completo o que estabelece o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96.

Saliente-se, ainda, acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, de relatoria do Des. Jones Figueiredo, que dá provimento à apelação para reformar sentença e extinguir o feito com base no art. 267, VII, do CPC.<sup>304</sup>

Nessa oportunidade, o Judiciário analisa questionamento acerca da validade da convenção de arbitragem para lhe declarar válida e sustenta que a indicação prévia de árbitros pelas partes não importa em nulidade da cláusula compromissória.

Uma vez mais, portanto, os juízes togados ignoram o princípio da competência-competência e se posicionam sobre questionamentos acerca da existência, validade e eficácia da convenção arbitral, ainda que seja para lhe declarar válida e determinar a instauração da arbitragem como no presente caso, o que implica em manifesto desrespeito à referida regra.

---

<sup>303</sup> Direito Processual Civil. Ação Indenizatória. Cláusula compromissória. Vício de consentimento. Coisa julgada. Nova perícia. Cabe ao Poder Judiciário decidir sobre nulidade de cláusula compromissória fundada em vício de consentimento. A extinção do processo sem resolução de mérito com fundamento na existência de coisa julgada depende da constatação da repetição de ação idêntica anteriormente ajuizada, com sentença transitada em julgado. Incumbe ao magistrado, destinatário da prova, firmar juízo acerca da utilidade e necessidade de realização da prova pericial, com base no livre convencimento, observando o princípio da ampla defesa.

<sup>304</sup> TJPE, 4ª. Câmara Cível, Apelação Cível nº 121447-5, Rel. Jones Figueirêdo, j 20.06.2006. Apelante: Marítima Kronos de Navegación S.A. Apelada: Zaeli Alimentos Nordeste Ltda.

## CONCLUSÕES

A Lei nº 9.307 de 1996 sanou os entraves que impediam o desenvolvimento e a propagação da arbitragem no Brasil, tendo em vista a atual possibilidade de execução específica da cláusula compromissória e a equiparação do laudo arbitral à sentença, constituindo ambos títulos executivos judiciais.

A arbitragem se caracteriza por ser capaz de permitir verdadeira solução da controvérsia, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar, já que as partes são compelidas a chegar num consenso antes mesmo do início do procedimento arbitral, seja para a escolha dos árbitros, seja para decidir as regras e os princípios que irão reger a arbitragem, fato que propicia o alcance da real composição do conflito.

A natureza jurídica arbitragem é híbrida ou mista. O caráter jurisdicional advém da natureza da decisão exarada pelos árbitros, que não pode ser modificada em seu conteúdo pelos juízes togados, por constituir verdadeiro título executivo judicial. Já sua natureza privada deriva do fato de na arbitragem a controvérsia ser resolvida por particulares, cuja investidura resulta de um contrato firmado entre as partes, com o respaldo na autonomia da vontade.

Os maiores atrativos do instituto são fruto da ampla autonomia da vontade conferida aos contratantes, que têm a liberdade que não só de escolher os árbitros, mas também de estabelecer as regras e normas aplicáveis ao procedimento.

Além disso, a maior vantagem da arbitragem em relação ao Judiciário é a celeridade, já que os procedimentos judiciais levam por vezes décadas até atingir o seu fim, ao passo que a arbitragem tem duração média de seis meses – período previsto na Lei 9.307/96 para que o árbitro possa proferir a sentença arbitral, caso as partes não acordem de maneira diferente.

São inegáveis os benefícios auferidos com a utilização do instituto, devendo ser este método incentivado por ser equivalente ao Judiciário, com a vantagem de ser mais célere e sigiloso, e de ser a decisão normalmente proferida por um especialista na questão litigiosa.

A arbitragem não viola o princípio constitucional da inafastabilidade, seja porque constitui uma faculdade dos contratantes, sendo fundada no consenso e na autonomia da vontade, seja porque está sujeita a posterior controle do Judiciário, caso sejam identificados vícios formais na sentença arbitral.

Outrossim, não afasta por completo a intervenção do Judiciário no procedimento arbitral, já que as partes podem não só propor ação anulatória perante as cortes estatais, como também defender-se de eventuais vícios quando da oposição de embargos do devedor.

A Lei 9.307/96, em seu artigo 3º, equiparou a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, dispondo que ambos constituem convenção arbitral e vinculam as partes para a submissão de eventuais conflitos à arbitragem.

A cláusula compromissória precede o surgimento de um conflito, ou seja, as partes em um contrato convencionam que caso haja qualquer litígio na vigência do contrato, irão submetê-lo à apreciação do juízo arbitral, ao passo que o compromisso arbitral só é celebrado após o surgimento do litígio.

O artigo 8º da Lei de Arbitragem prevê expressamente, no *caput*, o princípio da autonomia da cláusula compromissória, determinando que eventual nulidade do contrato principal não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória.

Já o parágrafo único, do artigo 8º, da Lei nº 9.307/96, trata do princípio da competência-competência, cujos preceitos conferem aos árbitros a possibilidade de apreciar a regularidade de seus próprios poderes e a própria validade do contrato principal.

Muito embora a autonomia da cláusula compromissória e o princípio da competência-competência guardem grande semelhança, porquanto foram introduzidos no direito pátrio com o fito de afastar eventuais estratégias dilatórias das partes e conferir maior eficácia ao instituto da arbitragem, na prática, desempenham papéis bastante diferentes.

Enquanto a autonomia da cláusula compromissória apregoa a existência de dois acordos autônomos, isto é, o contrato principal e um contrato à parte, de modo que a nulidade de um não implica necessariamente na do outro, a competência-competência trata de assegurar a

prerrogativa conferida aos árbitros de analisar, em primeiro lugar, eventuais questionamentos acerca da existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

O principal escopo deste princípio é conferir celeridade à arbitragem, visto que a ausência da regra da competência-competência ensejaria, certamente, a ocorrência de reiteradas interrupções no procedimento arbitral para pronunciamento do Judiciário acerca da regularidade da cláusula compromissória.

Se as partes estivessem autorizadas a negar competência ao tribunal arbitral mediante simples alegação de que a convenção de arbitragem é inválida, a arbitragem não seria capaz de atingir tamanha credibilidade como um mecanismo efetivo de resolução de controvérsias.

Este princípio, portanto, tem o escopo de afastar medidas antiarbitragem, ou seja, ordens emanadas do Poder Judiciário que são destinadas a obstar o prosseguimento da arbitragem.

O seu fundamento não advém da cláusula compromissória em si, mas da Lei de Arbitragem do país em que a arbitragem irá se desenvolver, que, por sua vez, traz em seu bojo os preceitos da regra competência-competência.

Afora as disposições contidas no artigo 8º da Lei nº 9.307/96, faz-se necessário analisar a incidência do princípio da competência-competência no direito brasileiro mediante interpretação conjunta com os preceitos do artigo 20 da referida norma.

O artigo 20 da Lei de Arbitragem corrobora a aplicação desse princípio ao estipular que a parte que pretender argüir nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem deverá fazer na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição de arbitragem.

O princípio da competência-competência pode ser analisado sob duas perspectivas: tanto pelo seu efeito negativo quanto pelo seu efeito positivo. O efeito positivo do princípio da competência-competência possibilita aos árbitros analisar sua própria competência. O efeito negativo permite aos árbitros chegar a uma decisão sobre a regularidade de seus poderes, de forma antecedente a qualquer corte estatal ou autoridade judicial.

Ao estabelecer a prioridade dos árbitros em relação ao Judiciário, o efeito negativo da competência-competência traz à tona outra face deste princípio, referente ao suposto dever de

abstenção do Estado de apreciar eventuais ações propostas com a finalidade de obstar a continuidade do procedimento arbitral ou de o declarar nulo ou irregular.

A comunidade internacional ainda está longe de chegar a um consenso quanto à aplicação do princípio da competência-competência, principalmente em relação ao seu efeito negativo. As formas através das quais o princípio se apresenta variam substancialmente de um país para outro, a depender do modelo de regulação adotado.

Isto porque, a depender da legislação de cada país, o juiz estatal pode ser instado a se pronunciar acerca da regularidade dos poderes dos árbitros tanto no início do procedimento arbitral, como também no decorrer do procedimento, tão logo a questão surja, pode, ainda, ter que aguardar até o seu desfecho para poder intervir.

Uma interpretação conjunta dos arts. 8º e 20, da Lei de Arbitragem, com o disposto no artigo 33, da mesma lei, demonstra que o legislador tratou de resguardar um momento específico, após o término da arbitragem, para a análise da regularidade da convenção de arbitragem pelo juiz estatal, tanto que prevê a propositura de ação anulatória com fulcro na nulidade do compromisso arbitral.

Além desses dispositivos, é preciso analisar também o disposto no artigo II.3 da Convenção de Nova Iorque, ratificada pelo Brasil em 2002, que demonstra ter o país adotado o modelo da competência prioritária incondicionada dos árbitros.

O Brasil, portanto, optou por adotar modelo em que a interferência judicial ocorra apenas *a posteriori*, no âmbito da ação de nulidade, no termos do seu artigo 32, inciso I, da Lei nº 9.307/96, de modo que o modelo seguido foi o da prioridade dos árbitros no tempo.

Dessa forma, de acordo com as normas vigentes no país, as autoridades judiciárias podem tão-somente apreciar a validade, existência, eficácia, aplicabilidade ou efetividade da convenção de arbitragem em momento posterior aos árbitros.

Nesse modelo de regulação, o efeito negativo do princípio da competência-competência é plenamente reconhecido, de modo que a análise da regularidade da convenção arbitral, pelo juiz estatal, somente pode ser realizada ao final do procedimento arbitral.

Segundo o sistema da prioridade seguido pelo Brasil, caberá ao juízo estatal diferir sua análise para o momento em que a sentença arbitral tiver sido proferida, podendo desconsiderar a convenção de arbitragem somente em casos excepcionalíssimos, nos quais seu vício seja patente.

Admite-se, assim, a relativização desse princípio, desde que seja manifesto o vício de nulidade da cláusula de arbitragem. Manifesto no sentido estrito e inflamado da dicção. Um verdadeiro absurdo jurídico. Algo que, avistado, não deixa dúvidas quanto à nulidade da convenção arbitral.

O Superior Tribunal de Justiça tem proferido decisões pioneiras em matéria de arbitragem, demonstrando apurado conhecimento acerca das leis arbitrais em vigor e sintonia com a interpretação contemporânea do princípio da competência-competência no âmbito internacional, buscando conferir ampla eficácia ao instituto.

Os Tribunais de Justiça têm reconhecido, ainda que timidamente, o valor da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos e a importância do princípio da competência-competência como instrumento garantidor de eficácia da arbitragem e de combate à prática de atos protelatórios pelas partes.

Entretanto, importante perceber que os 15 (quinze) acórdãos que aplicam corretamente o princípio da competência-competência não retratam a jurisprudência dominante no Brasil, já que a maioria dos julgados – os outros 28 (vinte e oito) acórdãos encontrados - reflete o desprestígio da arbitragem no país e a falta de informação sobre a matéria, principalmente no que tange ao princípio da competência-competência.

Quando os Tribunais de Justiça citam o princípio da competência-competência – o que ocorre com pouca frequência – são unânimes em aplicá-lo corretamente, respeitando o direito dos árbitros de analisar a validade, existência e eficácia da cláusula compromissória.

Assim, quando fazem alusão ao art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, os tribunais estaduais têm agido acertadamente e aplicado o princípio da competência-competência de forma louvável, conferindo aos árbitros a prerrogativa de decidir sobre a regularidade de seus próprios poderes.

Com efeito, essas decisões refletem recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e podem ser consideradas pioneiras quanto à forma de se enxergar a arbitragem no Brasil, principalmente quanto ao princípio da competência-competência.

No entanto, é preciso salientar que a maioria dos julgados encontrados demonstra que o Judiciário, de uma forma geral, ainda ignora a existência do princípio da competência-competência, visto que não raras vezes se posiciona sobre a eventuais questionamentos acerca da validade da convenção de arbitragem, mesmo que seja para atestar sua validade.

Com o passar do tempo, certamente, serão mais freqüentes as alusões da jurisprudência à regra do direito arbitral que confere aos árbitros competência para analisar a própria competência.

Pode-se afirmar, assim, que o Poder Judiciário Brasileiro começou a despertar para as evoluções do direito arbitral, proferindo decisões que buscam conferir efetividade ao instituto da arbitragem, a exemplo das que respeitam a prerrogativa dos árbitros de decidir sobre sua própria competência.

Vê-se que o Superior Tribunal de Justiça é unânime em ratificar o efeito negativo do princípio da competência-competência, respeitando a prerrogativa dos árbitros de apreciar, em primeiro lugar, a validade da cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Entretanto, os Tribunais de Justiça dos Estados ainda hesitam em aplicar corretamente as normas arbitrais em vigor, não sendo raras as decisões que sequer reconhecem a força vinculante e obrigatória da cláusula compromissória ou que consideram afronta ao art. 5º, XXV, da CF, a submissão de uma controvérsia à arbitragem.

No que diz respeito ao princípio da competência-competência não é diferente, nos tribunais estaduais são mais freqüentes os julgados que contrariam o preceito e se posicionam sobre a higidez da convenção arbitral.

Se por um lado esses acórdãos não representam necessariamente o entendimento dominante de cada um desses tribunais, servem para retratar o posicionamento do Judiciário brasileiro como um todo, quando o assunto é o princípio da competência-competência.