

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO KOMPETENZ- KOMPETENZ PELO STJ: UM BREVE COMENTÁRIO AO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.602.076/SP

Artur Mitsuo Miura

Advogado de Hasson Advogados. Pós Graduado em Processo Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público IBDP.

Rodrigo Cesar Nasser Vidal

Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR. Advogado Sócio de Hasson Advogados. Prof. da Disciplina de Mediação e Arbitragem do Curso de Direito do Unicuritiba. Coord. do Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais do Unicuritiba. Coord. da Pós Graduação em Mediação e Arbitragem do Unicuritiba. Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná - ARBITAC. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Eficácia da Cláusula Compromissória na Lei 9.307/96; 2.1. Autossuficiência da Cláusula Compromissória; 2.2. Execução Específica de Cláusula Compromissória; 2.3. Princípios Universais da Arbitragem; 2.3 - A. Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória; 2.3 - B. Kompetenz-Kompetenz; 3. A recepção do Kompetenz-Kompetenz; 4. As teorias da relativização do Kompetenz-Kompetenz; 5. A relativização Kompetenz-Kompetenz aplicada pelo STJ; 6. Referências bibliográficas.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO

ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às Regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo,

como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é Identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. (Grifo nosso)

5. Recurso especial conhecido e provido.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1602076 / SP. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/09/2016. Julgado em 15/09/2016)

1. Introdução

O presente trabalho busca comentar, ainda que de maneira sucinta e sem pretensão ao esgotamento, a alteração de posicionamento havido no âmbito da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial 1.602.076/SP (REsp 1.602.076/SP), sobre a aplicação, na arbitragem, do princípio Kompetenz-Kompetenz.

A despeito de outras questões igualmente importantes, tratadas no julgamento do mencionado Recurso, tais como a requalificação dos contratos de franquia à modalidade de contratação de adesão, o presente artigo cingir-se-á à questão da arbitragem, relacionada a cláusula

compromissória, em especial a relativização do princípio Kompetenz-Kompetenz.

O Julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, tem origem em demanda na qual se buscava a anulação do contrato de franquia ou, subsidiariamente, sua rescisão, com a condenação da franqueadora a devolução dos pagamentos feitos a título de taxas de franquia e de royalties.

Foi arguida pelo franqueador a preliminar de convenção de arbitragem a qual foi rejeitada sob o argumento de que a cláusula arbitral seria nula, uma vez que o contrato de franquia se caracterizava como contrato de adesão e, em assim sendo, deveria ser observada a formalidade do artigo 4º, par. 2º, da Lei 9.307/96, que prevê:

“Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Esta decisão foi objeto de agravo de instrumento. O Acórdão no agravo de instrumento entendeu que estavam afastadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, posto se tratar de relação paritária entre empresários. Reconheceu, ainda, a validade de cláusula compromissória firmada entre as partes para extinguir o feito sem resolução do mérito, por incompetência absoluta da Justiça Comum.

O franqueado, prejudicado pela decisão do Tribunal de origem (TJSP), interpôs Recurso Especial com o escopo de ver afastada a validade da cláusula compromissória presente no contrato de franquia, porquanto entendia se tratar de contrato de adesão e, assim, estaria a relação jurídica sob o manto protetivo das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A Ministra Fátima Nancy Andrichi, relatora do referido recurso especial, enfrentando as questões trazidas pelos litigantes, corretamente afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia, regidos pela Lei 8.955/94, pois não se trata evidentemente de uma relação hipossuficiência e regida por aquele diploma, mas de fomento econômico, com o intuito de estimular as atividades empresariais do franqueado.

Em relação ao alcance do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), pontuou que o contrato de franquia ou franchising é inegavelmente um contrato de adesão, e assim sendo, as cláusulas compromissórias nele incluídas deveriam seguir o requisito formal exigido art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. No presente caso, a cláusula não atendia referido requisito, não estando em negrito, muito menos com a rubrica do aderente ao lado.

Prosseguindo o Acórdão para o ponto que é objeto deste ensaio, foi abrandado o princípio do Kompetenz-Kompetenz, autorizando que o Poder Judiciário aprecie e declare a nulidade de cláusulas compromissórias que pos-

sam ser identificadas *prima facie* nulas, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Pois bem, para melhor compreensão sobre o tema, o presente artigo tratará dos elementos de eficácia da cláusula compromissória, dentre eles a consagração em nossa legislação e jurisprudência do princípio do Kompetenz-Kompetenz. Então, serão apresentadas as teorias de relativização do princípio e ao final um breve sobre a decisão do STJ bem como suas consequências para o mundo jurídico arbitral brasileiro.

2. A Eficácia da Cláusula Compromissória na Lei 9.307/96

A Lei Brasileira de Arbitragem revolucionou o ambiente arbitral ao dar a merecida importância à cláusula compromissória. Vale lembrar que antes de sua entrada em vigor, não bastava a existência de uma cláusula compromissória para que as partes fossem levadas a um procedimento arbitral; para que chegassem a este, dependiam, necessariamente de um compromisso arbitral²⁰⁵.

O problema fica de mais fácil visualização quando lembramos a diferença básica entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, qual seja, o tempo em que nascem. A primeira, de acordo com o art. 4 da Lei 9.307/96, antes do surgimento do litígio; a segunda, de

205 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 4

acordo com o art. 9 da mesma Lei, após o surgimento do litígio. Natural, portanto, que, devido ao momento em que surgem, as cláusulas compromissórias, elaboradas conjuntamente com o contrato e portanto em momento em que as partes gozam de harmonia recíproca, sejam, desde sempre, o tipo mais usual de convenção de arbitragem. E em um tempo em que não possuíam eficácia, fácil a constatação do grande número de procedimentos arbitrais que nem chegaram a ter início.

Ciente desta carência, o legislador percebeu que a cláusula compromissória merecia tratamento especial na nova legislação. A arbitragem, somente após a elaboração de um compromisso arbitral, estava com os dias contados. Era preciso dar a cláusula compromissória a eficácia que jamais teve.

Foi assim que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, trouxe 3 (três) elementos que sustentam a eficácia da cláusula compromissória; primeiro, dotando a cláusula de autossuficiência; segundo, prevendo, para os casos de defeito da cláusula, uma ação judicial específica para a correção do defeito e terceiro, a consagração dos princípios da autonomia da cláusula compromissória e do kompetenz-kompetenz.

2.1. Autossuficiência da Cláusula Compromissória. O primeiro elemento, previsto no art. 5 da Lei de Arbitragem, garante a cláusula compromissória autossuficiência. Significa dizer que, desde 1996, a cláusula compromissória

tem condições de levar as partes para um procedimento arbitral, sem a necessidade de ratificar o acordo por meio de um compromisso arbitral, ou seja, este não mais é imprescindível para o início da arbitragem. Importante destacar que nem todas as cláusulas compromissórias terão esta benesse. Somente aquelas que se reportem as regras de alguma instituição arbitral, ou quando as partes estabelecerem na própria cláusula a forma para a instituição de arbitragem; em suma, para ser autossuficiente, a cláusula deve trazer a forma pela qual se dará a escolha dos árbitros, são as chamadas cláusulas cheias ou completas.

2.2. Execução Específica de Cláusula Compromissória. E quando, por lapso ou mesmo por erro, a cláusula não for redigida desta forma? Estaremos diante das chamadas cláusulas vazias ou patológicas, que impossibilitam a nomeação de árbitros e conseqüentemente o início de qualquer arbitragem. Para este caso, o legislador implementou na Lei de Arbitragem o segundo elemento de eficácia da cláusula compromissória, a execução específica da cláusula compromissória.

Uma ação judicial, muito parecida com a execução de obrigação de fazer, onde a parte interessada em dar início a arbitragem, diante de uma cláusula vazia ou patológica, aciona o Poder Judiciário a fim de compelir a parte recalcitrante, que se nega a consertar o defeito da cláusula, a firmar um compromisso arbitral judicial. Mesmo defeituosa a cláusula compromissória terá eficácia.

2.3. Princípios Universais da Arbitragem. O terceiro elemento são os princípios. A Lei 9.307/96 consagra dois princípios universais da arbitragem. Universais porque em praticamente todas as legislações nacionais sobre arbitragem são previstos. Temos (A) no art. 8²⁰⁶ da Lei, o princípio da autonomia da cláusula compromissória e (B) em seu Parágrafo Único²⁰⁷ o kompetenz-kompetenz.

A. Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória. A essência do princípio é a de que a validade de uma cláusula compromissória não está vinculada à validade do contrato, e vice-versa. Autonomia da cláusula compromissória é o princípio através do qual se reconhece que a cláusula arbitral é um contrato separado, independente e distinto do contrato em que está inserido²⁰⁸.

Como dito, o princípio tem guarida na legislação nacional, mas também em outras normas na arbitragem, como por exemplo, na Lei Modelo da UNCITRAL, em seu art. 16²⁰⁹ e também no Regulamento de Arbitragem

206 A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória.

207 Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

208 LEW, Julian D. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: 2003, Kluwer Law International. p. 102.

209 Artigo 16. Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência.

(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo

da CCI²¹⁰, das mais prestigiosas instituições arbitrais do mundo.

Como afirma PIETER SANDERS²¹¹, na falta de autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal, o árbitro que admite a nulidade do contrato principal deveria *ipso jure* negar a sua competência, de tal forma que não poderia decidir sobre o mérito da causa, nem pronunciar a nulidade constatada. Deparar-se-ia face a um impasse que só seria resolvido através de um novo processo perante o tribunal judicial. A autonomia significa que mesmo verificada a invalidade do contrato, o árbitro não perde por este motivo a sua competência.

Antes do seu reconhecimento, pela Lei de Arbitragem, uma parte com intenção de procrastinar o início da arbitragem, a ela poderia se opor alegando que o contrato principal seria nulo. Devido ao fato da cláusula compro-

do qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica *ipso jure* a nulidade da cláusula compromissória.

210 Art. 6(4)

9 Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará na incompetência do tribunal arbitral, caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O tribunal arbitral continuará sendo competente para determinar os respectivos direitos das partes e para decidir as suas demandas e pleitos, mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato.

211 SANDERS, Pieter, Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, La Haye, 1999, p. 33.

missória estar incluída no contrato principal, com a alegação de nulidade contratual geral, sustentava-se prejudicada também a cláusula arbitral. Em suma, as partes não estavam vinculadas à arbitragem, pois o acordo era suspeito, era, supostamente, uma avença inválida.

A mera alegação de invalidade do contrato principal dava às Cortes Estatais jurisdição para decidir se um contrato de arbitragem válido existia. A intervenção judicial atrasava a arbitragem e impedia o início da arbitragem. Tal prática, obviamente, produzia estratégias dilatórias. A teoria da autonomia foi introduzida para se opor a essas estratégias dilatórias.²¹²

Assim, com a consagração do princípio da autonomia da cláusula compromissória, a legislação pátria passou a dispor de regra que veda a mera alegação de nulidade como pressuposto de derrogação da competência do árbitro ao juízo estatal. Com ele, mesma que haja alegação de nulidade do contrato, será o árbitro competente para dirimir a questão.

B. Kompetenz-Kompetenz. Ao lado da autonomia da cláusula arbitral está o princípio do kompetenz-kompetenz. Este princípio garante ao árbitro, e consequentemente afasta do Poder Judiciário, a análise de questões relacionadas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

212 CARBONNEAU, 2000, p. 21 apud MARTINS, 2008

São princípios que se complementam na tarefa de combater as chamadas *anti suit injunctions* - ações anti-arbitragem que buscam retardar ou impedir o início ou o andamento de uma arbitragem. Enquanto o princípio do kompetenz-kompetenz dá poderes ao tribunal arbitral para decidir sobre sua própria jurisdição, o princípio da autonomia da cláusula compromissória garante que os árbitros decidam sobre o mérito.

É sobre este princípio, sua recepção pela jurisprudência e sua atual flexibilização que este artigo tratará.

3. A recepção do Kompetenz-Kompetenz

Sabe-se que o princípio do kompetenz-kompetenz é uma das pedras de toque da arbitragem, porquanto, como já dito, sua correta aplicação, atribui competência ao árbitro para decidir sobre sua própria competência.

Assim, como na autonomia da cláusula compromissória o princípio vem consagrado em inúmeras legislações.

No Direito francês, o artigo 1466º do Novo Código de Processo Civil²¹³ (NCPC); no Direito alemão, no artigo 1040º do *Zivilprozessordnung* alemão (ZPO)²¹⁴

213 Artigo 1466º NCPC: Se, perante o árbitro, uma das partes contestar no seu princípio ou na sua extensão o poder jurisdicional do árbitro, compete a este último decidir sobre a validade ou os limites da sua investidura.

214 Artigo 1040º ZPO. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, inclusive sobre qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória integrada num contrato é considerada como uma convenção

de 1998; no Direito inglês, o *Arbitration Act*²¹⁵ de 1996, através do seu artigo 30º, n.º 1; no Direito belga ²¹⁶, no seu artigo 1697º; no Direito português, no artigo 21º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, sobre a Arbitragem Voluntária, (LAV), consagra o princípio da competência-competência nos seguintes termos:

“O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção”.

Assim, todo órgão jurisdicional (partimos da premissa que o processo arbitral é manifestação de jurisdição) tem uma competência mínima que lhe é atribuída para decidir questões correlatas a sua própria competência.

Do princípio kompetenz-kompetenz irradiam dois efeitos na arbitragem. O positivo que, como dito acima, per-

distinta das outras cláusulas do contrato.

215 Artigo 30º ARBITRATION ACT (Competence of tribunal to rule on its jurisdiction)

1. Salvo convenção contrária das partes, o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, para apreciar:

- a) se existe uma convenção de arbitragem válida;
- b) se o tribunal foi regularmente constituído, e
- c) sobre se as questões submetidas à arbitragem são de acordo com a convenção arbitral

216 Artigo 1697º CPJ:

“1. “a competência para decidir sobre a sua própria competência e, para esse efeito, apreciar a validade da convenção de arbitragem”.

mite ao árbitro decidir sobre sua própria competência e o negativo que implica no fato do árbitro não ser o único a dizer sobre sua jurisdição, mas, sim, o primeiro a decidir, cabendo ao Judiciário, eventualmente, a revisão da decisão.²¹⁷

O efeito positivo do princípio da competência-competência consiste, precisamente, na atribuição de competência ao árbitro para decidir sobre a sua própria competência para julgar o litígio ou o dissídio. Deste ponto de vista, os diversos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais supra referidos reconhecem tal efeito positivo, mas nem todos consagram o seu efeito negativo.

O efeito negativo do princípio da competência-competência traduz-se na primazia que têm os árbitros em relação à jurisdição estadual no conhecimento de questões relativas à validade, eficácia ou aplicabilidade da convenção de arbitragem. Por outras palavras, o efeito negativo do princípio da competência-competência proíbe ao tribunal judicial, ao qual uma parte tenha recorrido, quer para apreciação da competência do tribunal arbitral, quer para decisão do mérito da causa, apesar da existência de uma convenção de arbitragem, de decidir sobre as questões relativas à existência ou à validade desta, antes de o tribunal arbitral pronunciar-se sobre tais questões.

Significa dizer que o árbitro, segundo referido princípio, tem competência para apreciar a existência, valida-

217 BERALDO. Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014. p, 193.

de e eficácia da clausula compromissória em um primeiro momento. Não significa exclusividade, o árbitro não será o único, mas o primeiro a se manifestar sobre a questão, cabendo as Cortes Estatais a análise do tema, em caso de provocação, caso uma das partes promova a demanda de que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem.

A Lei 9.307/96 em seu art. 20, parágrafo 2, indica à parte, que não teve seu pleito de invalidade da convenção de arbitragem acolhida pelo Tribunal Arbitral, o caminho do art. 33, para se buscar tal reconhecimento.

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

(...)

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

Como dito anteriormente, a boa compreensão e aplicação do princípio vem servindo, ao longo dos anos pós Lei de Arbitragem, para bem organizar a competência de árbitros e magistrados.

Evidentemente que nos primeiros anos da legislação arbitral, o kompetenz-kompetenz não era muito

bem compreendido pelas Cortes Estatais. As chamadas *anti suit injunctions* eram muito comuns em nosso Poder Judiciário, beneficiando as partes que contestavam a jurisdição do árbitro, muitas vezes com fins apenas protelatórios.²¹⁸

Mas o princípio ficou conhecido e logo a jurisprudência brasileira se posicionou no sentido de respeitar os limites da competência-competência, de maneira a prever que ao árbitro caberá, em um primeiro momento, a análise sobre a validade, eficácia e existência da convenção de arbitragem, podendo, contudo, o Poder Judiciário discorrer sobre o assunto em momento posterior.²¹⁹

4. As teorias da relativização do Kompetenz-Kompetenz

Ainda que a Jurisprudência pátria tenha firmado posição, sempre temos os casos específicos, aqueles em que a aplicação do kompetenz-kompetenz possa gerar, de alguma forma, um prejuízo às partes. E se o Juiz Estatal, antes de instaurada a arbitragem, se deparar com uma cláusula compromissória evidentemente nula? Somente por respeito

218 TJDF. 3ª Turma Cível. Apelação cível n.º 1999.01.1.083360-3. Desembargador Vasquez Cruxên. Julgado em 05 de março de 2.001)

219 STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 371993/RJ. 3ª Turma. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14/10/2014. DJe 06/11/2014. STJ. Conflito De Competência 2016/0145422-2. Data de Julgamento 23/11/2016. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/11/2016. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze.

ao princípio mandará as partes para uma arbitragem, sabedor de que logo, ou não tão logo, voltarão para o Poder Judiciário para a discussão de mérito?

É o caso da cláusula compromissória nula por não atender um dos requisitos de validade formal, quando o vício resta evidente, como por exemplo o não atendimento ao requisito previsto no Art. 4, § 2, da Lei. Ou, ainda, quando da cláusula compromissória em contrato de consumo que estabeleça a arbitragem de forma compulsória, contrariando previsão do art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor. Nulidades que não dependem de prova, mas que estão a saltar os olhos.

Por estes casos, algumas discussões acerca do kompetenz-kompetenz surgiram ao longo dos tempos, lançando a comunidade jurídica algumas propostas. Vale lembrar que a primeira é aquela majoritária em nosso Tribunais pátrios, de que o árbitro tem a primazia, restando ao Poder Judiciário eventual análise sobre o tema quando for provocado em sede de pedido de anulação da sentença arbitral, ou seja, apenas quando findo o procedimento arbitral. A segunda proposta é a de que o árbitro tem a primazia, mas tão logo haja a decisão, o Poder Judiciário já estaria autorizado a se pronunciar sobre o tema, não precisando aguardar o encerramento da arbitragem²²⁰,

220 Nesse sentido: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem*: In Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2 ed. Paulo B. Casella (coord.). Sao Paulo: LTr, 1999, p. 313. BERALDO. Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da Lei nº

podendo inclusive, determinar a suspensão da arbitragem enquanto o Poder Judiciário decide a questão²²¹. A terceira, que é considerada uma exceção à primeira, quando a invalidade, *prima facie*, se mostrar presente na convenção de arbitragem, ou seja, de fácil constatação, sem que haja necessidade de dilação probatória, estaria o Poder Judiciário autorizado a se manifestar.²²² E uma última que defende a competência do Poder Judiciário de analisar a (in)validade da convenção de arbitragem, mesmo antes do árbitro se pronunciar²²³.

A segunda e a última proposta, embora sugeridas por pesos pesados da doutrina arbitralista, nos parece, não podem prosperar. Primeiro porque permitir que a parte recorra ao Judiciário para se insurgir contra deci-

9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014. p, 193

221 Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 176

222 Nesse sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 190-193. LESSA NETO, João Luiz. *A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo*. Revista Brasileira de Arbitragem. CBar & IOB, Volume XII, Issue 48, 2015. p. 32-33. WALD. Arnoldo. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

223 TEPEDINO. Gustavo. *Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisprudência estatal*: in Arbitragem no Brasil Aspectos jurídicos relevantes. 1 ed. Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 158-161. WALD. Arnoldo. O Regime da Cláusula Compromissória na Jurisprudência Recente. In: Aspectos atuais da arbitragem. 1 ed. Adriana Noemi Pucci (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27.

são do árbitro sobre a validade da convenção de arbitragem antes de uma sentença, significaria a supressão da competência do árbitro, ao passo que poderia ele, até a prolação da sentença, mudar de ideia sobre sua decisão (salvo nos casos de uma sentença parcial de jurisdição). Segundo, porque a busca ao Judiciário antes de uma sentença arbitral poderia resultar em decisões conflitantes que trariam incertezas quanto a eventual cumprimento. Terceiro, porque contraria a sistemática prevista no art. 20, parágrafo 2 da Lei 9.307/96. E por último, ainda que se entenda sensata a decisão de suspender a arbitragem até que o Judiciário decidisse sobre o tema, significaria a possibilidade de utilização da medida com intuito protelatório. À parte recalcitrante bastaria alegar uma invalidade perante o Judiciário para conseguir suspender a arbitragem, justamente aquilo que o kompetenz-kompetenz tem o objetivo de evitar.

A melhor solução parece ser mesmo a da jurisprudência pátria, que bem reconhece os efeitos positivo e negativo do kompetenz-kompetenz. O árbitro tem primazia para analisar questões que envolvam a validade, existência e eficácia de uma convenção de arbitragem, podendo o Poder Judiciário ser acionado, após a sentença, quando de pedido de sua anulação. Admitindo ainda a sua exceção, nos casos em que o Poder Judiciário verifica, *prima facie*, esta invalidade.

5. A relativização Kompetenz-Kompetenz aplicada pelo STJ

Este foi o entendimento trazido pelo acórdão em comento. Reconhece o kompetenz-kompetenz e sua importância para o desenvolvimento e segurança jurídica da arbitragem. Mas traz a possibilidade de sua exceção, nos casos em que a invalidade possa ser detectada de forma superficial, sem a necessidade de dilação probatória.

Vale destacar trecho pertinente do corpo do acórdão:

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

Como dito em linhas anteriores o árbitro possui primazia sobre os juízos de valores que possam ser instados a fazer os juízes estatais, vez que atraia para si a competência para resolver questões relacionadas à convenção de arbitragem, inclusive de existência, validade e eficácia, forte no teor do artigo 8º e parágrafo da Lei de Arbitragem.

Fato é que o princípio não é de caráter absoluto. Prova disso é que o art. II, item 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002, assim 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 e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

Esta posição já foi defendida nos idos de 2003: Emmanuel Gaillard, no III Congresso Internacional de Arbitragem Comercial, proferiu palestra sob o tema “O acordo de arbitragem na Convenção de Nova York”, na qual já defendia que juiz estatal poderia declarar a nulidade de convenção arbitral quando se desse conta da ilegalidade que se apresentasse *prima facie* reconhecível²²⁴.

CARLOS ALBERTO CARMONA²²⁵ prosseguindo com análise do pensamento do Professor Gaillard ilustra que:

“...poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito à questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contraentes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral”.

224 In CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 177

225 Idem, p.177

Ou seja, a tese da relativização do kompetenz-kompetenz não é de hoje, nem nasceu com a decisão ora comentada pelo STJ, mas nele encontrou precedente importante, em uma jurisprudência que se assentava até então no absolutismo do princípio.

A grande preocupação da comunidade jurídica arbitral é a de que este precedente signifique um retrocesso na compreensão e aplicação do princípio pela jurisprudência brasileira. Certo é que advogados se basearão na decisão para voltar a utilizar prática, até então, descontinuada das chamadas *anti suit injunctions*. As ações judiciais que visam o reconhecimento de uma nulidade da cláusula compromissória, talvez não tão aparente, não tão *prima facie* reconhecida, podem aparecer nos Tribunais pátrios com frequência maior. E a chance de que em alguns casos, mesmo sem fundamento, estas demandas anti arbitragem alcancem seus objetivos, e atrapalhem o início ou o prosseguimento de um procedimento arbitral, aumentam.

A grande preocupação vem também com a grande dúvida: de que maneira os Magistrados entenderão este precedente? Qual a interpretação que darão ao *prima facie*?

Se entenderem que a exceção ao Kompetenz-Kompetenz, reconhecida e proclamada pelo referido acórdão, só deve ser aplicada nos casos em que a invalidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral seja flagrante, ostensiva, manifesta, teratológica, óbvia, indiscutível²²⁶ e

226 BERVALDO. Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da

cuja dilação probatória seja totalmente desnecessária, os estragos serão minimizados. Caso contrário, corre-se o risco de andarmos para trás, aumentando a insegurança jurídica em torno da arbitragem.

Referências bibliográficas

ALVES, Rafael Francisco. A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem: In Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2 ed. Paulo B. Casella (coord.). Sao Paulo: LTr, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2019.

GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009

JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. Manual de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. 2009

Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014. p, 193.

LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*. CBAr & IOB, Volume XII, Issue 48, 2015. p. 32-33.

LEW, Julian D. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: 2003, Kluwer Law International

SANDERS, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, La Haye, 1999

TEPEDINO. Gustavo. *Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisprudência estatal*: in *Arbitragem no Brasil Aspectos jurídicos relevantes*. 1 ed. Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008

WALD. Arnaldo. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.