



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS -DCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

SAULO VICTOR NEVES NASCIMENTO

**O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* E O TRIBUNAL ARBITRAL: À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

SANTA RITA

2022

SAULO VICTOR NEVES NASCIMENTO

**O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* E O TRIBUNAL ARBITRAL: À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ-CCJ) da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana Paula Correia De Albuquerque Da Costa

SANTA RITA

2022

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

N244p Nascimento, Saulo Victor Neves.

O princípio Kompetenz-Kompetenz e o Tribunal Arbitral: à luz da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça / Saulo Victor Neves Nascimento. - João Pessoa, 2022.

59 f.

Orientação: Ana Paula Correia De Albuquerque Da Costa.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Arbitragem. 2. Kompetenz-Kompetenz. 3. Competência. 4. Superior Tribunal de Justiça. 5. Jurisprudência. I. Costa, Ana Paula Correia De Albuquerque Da. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

SAULO VICTOR NEVES NASCIMENTO

**O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* E O TRIBUNAL ARBITRAL: À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ-CCJ) da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 13/06/2022

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Ana Paula Correia De Albuquerque Da Costa
Orientadora

Prof.^o Me. Igor de Lucena Mascarenhas
Avaliador

Marlon Shiguero Ushiro Ieiri
Avaliador

AGRADECIMENTOS

A Graduação no ensino superior é um momento ímpar, longo e inesquecível, utilizarei este espaço para demonstrar toda minha gratidão a todos aqueles que mais de perto deram sua contribuição e caminharam comigo ao longo dos anos nesta experiência.

Inicialmente e mais importante, gostaria de agradecer aos meus pais, **Alexandre Nascimento da Silva e Moisseth Neves Nascimento** que, através de muito esforço, tudo me deram e tudo me proveram, desde o meu nascimento até a minha formação superior me deram absolutamente todas as condições para que eu pudesse realizar meus sonhos e todos os meus projetos e objetivos. Continuarei sempre me esforçando para honrá-los e orgulhá-los cada vez mais por tudo que fizeram por mim.

Agradecer também às minhas queridas e amadas irmãs, **Celina e Helena**, que desde sempre e para sempre estarão ligadas a mim, numa recíproca relação de amor, carinho, inspiração, fraternidade e evolução, torço pelo sucesso delas tanto quanto sei que torcem pelo meu.

E estendo à toda a minha família, minhas **avós, avôs, tios e tias**, agradeço por terem sido a grande base para tudo aquilo que pude conquistar e que virei a conquistar.

A graduação também me proporcionou o amor, ao significado de receber e de dá-lo, me deu a minha companheira leal de vida que foi imprescindível em todos os momentos, da Van até Reykjavík, colecionamos memórias e, nas horas boas e nas ruins, o mais importante é que você sempre esteve lá, muito obrigado por tudo que me proporcionou, por apoiar os meus sonhos e sonhá-los junto comigo todos os dias, amo você **Giovanna**.

Agradecer também aos meus amigos que quase que religiosamente estiveram comigo em todos os finais de semana da graduação me ajudando sempre a espairar dos problemas da vida e sempre sendo muito mais do que simples amigos, **Arthur Almeida, João Arthur, Luana Dore, Luíza Ramalho e Petrus Alves**. Somos família (pode ser um pouco duro as vezes) e, jamais conseguirei agradecer à altura pela amizade de vocês e expressar o quão importante foram nessa fase da minha vida.

Agradeço ainda aos queridos amigos que fiz graças à Universidade, com quem pude firmar laços verdadeiros de irmandade, em momentos diferentes e por tempos

diferentes, e que podem contar comigo para o que for necessário, **Bruno Grangeiro, Igor Galiza, Laura Dantas, Luís Augusto, Pedro Paulo e Victor Macedo.**

À **Professora Ana Paula**, agradecimentos não só pela orientação deste trabalho, mas por ter me proporcionado quase todas as incríveis experiências que vivi na Universidade. Professora, nunca conseguirei expressar suficientemente a diferença que a criação do **NUMESC** fez em minha vida acadêmica, foi o projeto que permitiu a vivência de memórias que eternamente carregarei comigo e me fez despertar e evoluir verdadeiramente no estudo e na prática Direito, muito obrigado a você e a todos que o compuseram os grupos de que fiz parte (com os quais provavelmente cometo injustiça, mas seriam muitos para citar nominalmente).

Ao **Dr. Victor Ventura**, pelas orientações ímpares e pelo suporte e apoio em tudo que precisei na minha primeira experiência prática na Procuradoria Jurídica da SUDEMA e à **Roseli Cândido e Maíra Cândia**, pela incrível e inimaginável oportunidade que me deram no escritório Candido Costa & Cândia em São Paulo e, por servirem de inspiração e terem me ensinado tudo que sei sobre a prática jurídica, serei sempre grato.

Por fim, agradecer à Universidade Pública e de qualidade, e que continue sendo assim por muito tempo, sou privilegiado pois eternamente carregarei comigo o orgulho de ter o curso de Direito na Universidade Federal da Paraíba no currículo e em meu coração. Agradeço aos professores do Departamento de Ciências Jurídicas de Santa Rita que tanto contribuíram com conhecimento em minha jornada e em minha formação como bacharel e como pessoa.

Muito obrigado.

*“O otimista é um tolo. O pessimista, um
chato. Bom mesmo é ser um realista
esperançoso.*

- Ariano Suassuna

RESUMO

A arbitragem é uma das mais antigas formas de resolução de conflitos, entretanto, por muito tempo, enfrentou desconfiança e desconhecimento dos operadores do direito no Brasil, este cenário deu um grande passo para sua alteração com a promulgação da Lei nº 9.307 de 1996, que regulamentou o instituto no Brasil, trazendo consigo uma série de regras e princípios a serem respeitados pelo nosso ordenamento jurídico. Um destes princípios é o *Kompetenz-Kompetenz*, que determina ser o Tribunal Arbitral o juiz de sua própria competência, tendo legitimidade primordial para decidir sobre as questões relativas à existência, validade e eficácia da contratação da arbitragem e do contrato a que se refere. Impõe que, tendo as partes contratado a via arbitral para a solução de conflitos, seja a arbitragem instaurada e que o procedimento arbitral prossiga até o seu final, ressalvado o devido controle judicial após proferida a sentença arbitral. Com o tempo, tornou-se tão pacífico o prestígio ao princípio *Kompetenz-Kompetenz* que o STJ fixou sua utilização como regra na Edição nº 122 do Informativo Jurisprudência em Teses e, por outro lado, o STJ também estabeleceu as hipóteses de relativização do princípio, no qual o Poder Judiciário poderia decidir sobre existência, validade e eficácia da convenção arbitral sem que o Tribunal Arbitral se manifestasse. Destarte, apresentaremos os conceitos e elementos importantes da arbitragem e do *Kompetenz-Kompetenz* através dos conhecimentos doutrinários sobre os temas e, em seguida, analisaremos os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça a fim de compreender sob quais hipóteses se aplica o *Kompetenz-Kompetenz* como regra e em quais circunstâncias a sua relativização é possível, além de analisar se tal relativização pode prejudicar o crescimento do instituto da arbitragem no país, dando poder às medidas judiciais propostas visando interromper o regular andamento do procedimento arbitral ou impossibilitar sua instauração, as chamadas medidas 'antiarbitragem'.

Palavras-Chave: Arbitragem. *Kompetenz-Kompetenz*. Competência. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência.

ABSTRACT

Arbitration is one of the oldest forms of conflict resolution, however, for a long time, it faced distrust and unknowledge from the Brazil's legal operators, this scenario took a big step towards its alteration with the enactment of Lei nº 9.307 of 1996, which regulated the institute in Brazil, bringing with it rules and principles that must be respected by our legal system. One of these principles is the *Kompetenz-Kompetenz*, which determines that the Arbitration Court is the judge of his own competence, having primary legitimacy to decide on issues related to the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement and the contract to which it refers. It imposes that, once the parties have contracted the arbitration method for the solution of conflicts, the arbitration must be instituted and continue until its end, provided the due judicial control after the arbitral award. Over time, the prestige of the *Kompetenz-Kompetenz* became so peaceful that the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) established its use as a rule in Edition No. 122 of "Jurisprudence in thesis", otherwise, STJ also established the hypotheses of relativizing the principle, in which the Judiciary could decide on the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement without the Arbitration Court expressing itself. Thus, we'll present the Arbitration's and *Kompetenz-Kompetenz's* concepts and elements through doctrinal knowledge about it, then analyze the decisions of the Superior Court of Justice in order to understand what are the hypotheses to use the *Kompetenz-Kompetenz* as a rule and what circumstances its relativization is possible, besides analyzing whether such relativization can harm the institute in Brazil, giving power to the anti suit injunctions, judicial measures that aim to interrupting the regular progress of the arbitration procedure or making impossible its beginning.

Keywords: Arbitration. *Kompetenz-Kompetenz*. Competence. Brazilian Superior Court of Justice. Jurisprudence.

SÚMARIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ARBITRAGEM (CONCEITOS, ELEMENTOS E EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO).....	14
2.1	O QUE É ARBITRAGEM	14
2.2	EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL	16
2.3	O ÁRBITRO (TRIBUNAL ARBITRAL)	19
2.4	A CONVENÇÃO ARBITRAL.....	21
3	O PRINCÍPIO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>	25
3.1	INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> APLICADO À ARBITRAGEM.....	25
3.2	DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>	26
3.3	A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> APLICADO À ARBITRAGEM NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA	28
3.4	O PRINCÍPIO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> E A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM.....	29
4	A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	32
4.1	TESE Nº 3 DA EDIÇÃO 122 DO INFORMATIVO JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – A EMANCIPAÇÃO DO PRINCÍPIO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> COMO REGRA.....	33
4.1.1	Agravo Interno no Conflito de Competência nº 156.133 – BA (Estado da Bahia vs. DM Construtora de Obras Ltda.)	34
4.1.2	Reclamação nº 36.459 – DF (Ecometals Manganes Amapa Ltda. vs. Tribunal Regional Federal da 1ª Região).....	36
4.1.3	Conflito de Competência nº 150.830 – PA	38
4.1.4	Recurso Especial nº 1.678.667 – RJ (Vik-Sandvik do Brasil Desenhos Navais Ltda vs Vik-Sandvik do Brasil Engenharia Ltda.).....	41
4.1.5	Homologação de Decisão Estrangeira nº 120 – EX	44
4.1.6	Agravo Interno em Recurso Especial nº 425.955 (Germano Sukadolnik vs. Baru S/A Participações).....	46

4.2	TESE Nº 4 DA EDIÇÃO 122 DO INFORMATIVO JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>	47
4.2.1	Recurso Especial nº 1.602.076 – SP (Odontologia Noroeste Ltda. vs. GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda.).....	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
6	REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

A Arbitragem é uma das mais antigas formas de resolução de conflitos na área do Direito, apesar de ser uma área que recém fora regulada e consolidada na legislação brasileira (através da Lei nº 9.307/96), têm-se que a mesma encontra bases históricas desde os primórdios do ordenamento jurídico brasileiro, quando o mesmo ainda se encontrava sob denominação de Império. De lá pra cá, o instituto tem trilhado um longo caminho de consolidação no cenário nacional.

O Instituto foi evoluindo no Brasil até que chegássemos na edição da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Lei Brasileira de Arbitragem), que foi o principal passo para viabilização do uso do procedimento arbitral no país. Entretanto, como já é visto nos outros países, o instituto da Arbitragem ainda tem muito a crescer e adquirir a confiança da comunidade jurídica e da sociedade e a se desenvolver no âmbito da jurisprudência e da doutrina brasileira.

Um dos pontos em que houve uma notória evolução desde a promulgação da legislação arbitral pátria, é o da emancipação do *Kompetenz-Kompetenz*, que confere ao Tribunal Arbitral a legitimidade e a competência para julgar quanto à existência, validade e eficácia do Procedimento Arbitral.

O instituto é utilizado e garantido nos mais diversos regulamentos de processo civil e de arbitragem ao redor do mundo, entretanto teve de enfrentar diversos percalços no período recente após a Lei de Arbitragem ter entrado em vigência. A problemática nisso está no fato de que se o *Kompetenz-Kompetenz* não é tido pelo ordenamento jurídico como um princípio basilar, os procedimentos arbitrais passam a ser dotados de insegurança jurídica, visto que aqueles que se utilizam das medidas anti-arbitragem teriam vantagem sob a continuidade do procedimento.

Tal situação foi vista aos montes num período em que a jurisprudência ainda não estava formada sobre o assunto, levando ao Superior Tribunal de Justiça um cenário desafiador: como garantir segurança jurídica e autonomia aos procedimentos arbitrais sem que isso venha a ferir os princípios da inafastabilidade da jurisdição e tantos outros garantidos pelo nosso ordenamento jurídico, e como formular a cooperação entre o Poder Arbitral e Poder Estatal diante das divergências quanto à competência.

Foram enfrentadas uma enormidade de casos e questionamentos até que em 2018, na Edição nº 122 do Informativo Jurisprudência em Teses (publicação periódica feita pela Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que apresenta um conjunto de teses que reflete o entendimento do Tribunal em diversas matérias), a Corte Superior Brasileira fixou enunciados a fim de garantir a prevalência do *Kompetenz-Kompetenz* no país, além de garantir a competência estatal para determinados casos específicos.

Nos julgados basilares para formação dos enunciados, o STJ entendeu que o *Kompetenz-Kompetenz* é um dos princípios basilares da arbitragem, e que se deve condenar as tentativas de alterar a realidade da competência do Tribunal Arbitral de decidir acerca de sua própria competência.

Essa prioridade à via arbitral não apenas se coaduna com os princípios que envolvem o instituto da arbitragem e com toda a sistemática introduzida pela Lei nº 9.703/96, que se procuram censurar atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também garante 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 da sentença arbitral.

Entretanto, há situações em que se entendeu como possível a decretação de nulidade da cláusula arbitral pelo Poder Estatal sem que isso seja apreciado anteriormente pelo árbitro, tratando-se de exceção ao *Kompetenz-Kompetenz*. Isto ocorreria quando estivéssemos diante de compromissos arbitrais patológicos. Sob os quais o Poder Judiciário pode, nos casos em que é identificado um compromisso arbitral "patológico", ou uma cláusula compromissória "vazia", isto é, claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Faz-se necessário, portanto, analisar aos julgados que embasaram ambas as teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça, no intuito de identificar em quais momentos o *Kompetenz-Kompetenz* deve ser seguido como regra e quais os requisitos para que um compromisso arbitral ou uma cláusula compromissória se enquadrem na exceção prevista (O que seria um compromisso arbitral patológico e uma cláusula compromissória vazia?) em que a validade de determinado procedimento arbitral não teria de passar pelo crivo do Árbitro ou do Tribunal Arbitral.

Desta forma, inicialmente iremos apresentar os conceitos primordiais de Arbitragem a fim de elucidar as questões básicas sobre o instituto que em seguida serão aprofundadas.

Na sequência, trataremos do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, seu conceito, seus equivalentes ao redor do mundo e seu processo de integração e aceitação no ordenamento jurídico pátrio.

E, por fim, analisaremos os julgados do Superior Tribunal de Justiça que aplicaram ou deixaram de aplicar o *Kompetenz-Kompetenz*, entender os fundamentos e razões para tal, no intuito de dissecar as hipóteses em que o princípio deve prevalecer e em quais casos é possível relativizá-lo.

2 ARBITRAGEM (CONCEITOS, ELEMENTOS E EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO)

Para melhor compreensão deste trabalho, em nosso primeiro capítulo trataremos de alguns dos conceitos e características inerentes à Arbitragem e ao seu Procedimento, os conceitos aplicáveis, as partes, a convenção e o árbitro ou Tribunal Arbitral julgador. Ademais, será ainda, abrangido o histórico envolvido no desenvolvimento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, que aos poucos foi se consolidando como um instrumento viável, célere e confiável de resolução de disputas.

2.1 O QUE É ARBITRAGEM

Neste sentido, a doutrinadora Rozane da Rosa Cachapuz (2000, p.22) classifica a arbitragem como:

Meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder de operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário. (CACHAPUZ, 2000, p. 22)

Já Carlos Alberto Carmona (2009, p.31), em uma das obras mais importantes para elucidação do procedimento arbitral brasileiro, conceitua a arbitragem como:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada,

decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA, 2009, p.31)

Compreende-se a partir dos conceitos trazidos por Carmona e Cachapuz que, em termos resumidos, a arbitragem trata-se de um método ‘heterocompositivo’ e adequado de resolução de conflitos, onde duas ou mais partes, num exercício de autonomia, elegem um terceiro não vinculado ao Poder Estatal, técnico e imparcial para julgar e decidir acerca de determinada lide de forma predominantemente confidencial e sigilosa.

Tânia Lobo Muniz (2006, p.40), entende a arbitragem como um processo fundado no acordo de vontade das partes que, conseqüentemente, atribuem ao árbitro a função de julgar definitivamente, substituindo e afastando a jurisdição estatal. A autora conceitua a arbitragem entendendo que ela é: “Um procedimento jurisdicional privado para a solução de conflitos, instituído com base contratual, mas de força legal, com procedimento, leis e juízes próprios estabelecidos pelas partes, e que subtrai o litígio da jurisdição estatal.”

É notório que em todas as conceituações, se dá uma grande ênfase na ausência de intervenção judiciária do Estado durante a resolução da controvérsia, fato que se dá primordialmente pela celeridade e pela tecnicidade do procedimento arbitral, sob o qual poderão as partes, livremente, nomear um terceiro de confiança (seja técnica, seja moral) para solucionar seu conflito.

Acerca da celeridade, Claudio Flinkestein (2020, p. 442) afirma que uma das maiores vantagens da arbitragem é justamente a maior velocidade da resolução de conflitos, e que, dada a prostração do sistema judicial, sufocado por incontáveis processos, os quais muitas vezes levam décadas para serem decididos, enquanto um caso de arbitragem pode ser resolvido, em média, em 16 meses.

As partes, ao optarem pela arbitragem, se deparam com duas possibilidades, ou nomeiam apenas um árbitro, ou formam um Tribunal composto por um grupo de árbitros que terão a responsabilidade de resolver o conflito. Este Tribunal pode ser constituído oportunamente apenas a partir da existência da controvérsia (caso em que temos a chamada ‘arbitragem ad hoc’), ou poder ser tal órgão previamente constituído, quando ainda inexistente uma controvérsia (chamada de arbitragem institucional).

2.2 EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Apesar de ainda estar em fase de amadurecimento, crescimento e aceitação no Brasil, o Instituto da Arbitragem é reconhecidamente existente no país desde a época colonial, através de um sistema legal promulgado, em 1603, pelo Rei Felipe II durante o domínio Espanhol em Portugal, as chamadas Ordenações Filipinas.

Desde então, várias leis do Império Português, bem como demais normas editadas pelo governo colonial brasileiro foram incorporadas a nosso ordenamento e permitiram o uso do procedimento arbitral como meio de resolução de litígios, afastando a jurisdição dos tribunais nacionais e coloniais.

Exemplo disto é a Constituição de 1824 (também conhecida como Constituição Imperial) que, em seu art. 160, previa a arbitragem independente no Brasil, e estabeleceu que as partes envolvidas num conflito poderiam nomear árbitros para proferir decisões que seriam executadas sem recurso, se assim fosse convencionado por elas:

Art. 160. Nas *civeis*, e nas *penaes* civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes

Mais à frente, o Código Civil de 1916 trouxe mais uma vez um artigo específico que permitia o estabelecimento do procedimento arbitral pelas pessoas que fossem capazes de contratar, para resolução de pendências tanto extrajudiciais, quanto judiciais:

Art. 1.307 As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais.

Vale menção também à Constituição Brasileira de 1934, que atribuiu competência privativa às instituições legislativas federais para disciplinar, por meio de Lei Complementar, a adoção da Arbitragem Comercial no país:

Art. 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, **da arbitragem comercial**, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo;

Entretanto, embora a Arbitragem já fosse um procedimento inserido no âmbito da legislação nacional, e de conhecimento de juristas e empresários brasileiros de longa data, a mesma não conseguiu se estabelecer de forma sólida como uma opção viável e preferível nos contratos aqui celebrados. Tal fato se dava principalmente em virtude do pensamento cultural difundido à época, e que ainda têm reflexos nos dias atuais, de falta de credibilidade e desconforto em ter uma intervenção privada nas questões consideradas exclusivas dos Tribunais ou de entidades vinculadas ao governo. Essa visão perdurou pela ditadura nos anos 60 e somente veio a melhorar nos governos brasileiros dos anos 90 (FLINKESTEIN, 2020, p. 428).

Exemplo mor desta falta de credibilidade e temor quanto ao procedimento arbitral, é a citação de Pontes de Miranda (1977, p. 344), um dos mais notáveis juristas brasileiros da história, que chegou a afirmar que o juízo arbitral era “primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver [...] os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”, e que a arbitragem se tratava de uma arma eficaz do capitalismo, que tinha como objetivos eliminar a concorrência e a segurança jurídica.

Tal qual Pontes de Miranda, muitos outros demonstravam alto grau de ceticismo acerca dos benefícios que a solução arbitral poderia trazer aos conflitos, preferiam acreditar que o instituto prestaria apenas para a proteção do capital e dos interesses estrangeiros em detrimento dos nacionais (CARMONA, 2009, p.2).

Este temor e repulsa era reflexo de uma sociedade que, por elementos culturais, cultivavam um temor em ter questões sensíveis decididas por um ente privado, de forma final, sem qualquer possibilidade de recurso ou revisão de mérito. Culminando em pouquíssimos registros de procedimentos arbitrais e, quando

ocorriam, se tinha uma notória má condução (FLINKESTEIN, 2020, p. 429), graças à ausência de legislação suficiente e adequada.

Mais à frente, na Constituição da República Federal do Brasil de 1988, especificamente no art. 114, §1º, o instituto da arbitragem apareceu pela primeira vez tal como é entendido e usado atualmente:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

Porém, tão somente em 1996, com a promulgação da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Lei Brasileira de Arbitragem) é que a arbitragem se tornou um instituto a ser seriamente discutido tanto no meio acadêmico quanto profissional, pois passou a ter uma regulamentação em território nacional séria e viável, fomentando uma prática hoje reconhecida internacionalmente.

Em 12 de dezembro de 2001, em decisão histórica para os entusiastas da jurisdição arbitral, fora declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da Arbitragem. O entendimento foi firmado pela Corte no julgamento de um processo de homologação de sentença estrangeira (SE nº 5.206).

O caso dizia respeito ao reconhecimento e execução de uma decisão arbitral estrangeira proferida na Espanha, por solicitação de uma parte estrangeira. O Excelso Pretório analisou os requisitos aplicáveis ao reconhecimento das decisões estrangeiras de acordo com a legislação brasileira e uma questão incidental de aferir se a lei de arbitragem brasileira foi promulgada conforme a Constituição.

O Supremo decidiu que a legislação não era inconstitucional, vez que não correspondia a nenhuma objeção quanto às partes levarem suas disputas para os tribunais estatais, um direito constitucional fundamental. Afirmou o STF que a lei permitia a utilização de uma opção alternativa para a resolução das disputas através de meios privados de decisão, por meio da autonomia da vontade das partes em assim proceder, uma eleição de via.

Outrossim, o conflito só seria arbitrável se tivesse por objeto um direito patrimonial disponível, não interferindo, portanto, com a competência exclusiva do Judiciário, expressa na Constituição, para processar e julgar conflitos para fins de

manutenção do interesse público, como os de natureza criminal, trabalhista e familiar, indisponíveis por determinação do Estado.

Válido ressaltar ainda, que à época, o Ministro Presidente do Excelso Pretório, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, afirmou que esperava que a decisão fosse um marco, que se desse maior confiança ao instituto da Arbitragem, tal qual já ocorria em diversos outros países, com uma maior utilização da Arbitragem em território nacional.

Mais à frente, em 2015, a Lei Brasileira de Arbitragem sofreu algumas modificações, reconhecendo-se a prática como aceita pelos tribunais pátrios e instituições domésticas, pareando-as com as leis mais modernas de Arbitragem pelo mundo.

2.3 O ÁRBITRO (TRIBUNAL ARBITRAL)

As partes, por meio do exercício da autonomia privada, verdadeiramente dão vida à Arbitragem, mas quem têm a real função de colocar a arbitragem em movimento, desenvolver todo o procedimento e ser o responsável pelo ato de maior importância do procedimento, a sentença arbitral, é o Árbitro e/ou o Tribunal Arbitral.

Apesar de se tratar de um julgador privado, o Árbitro detém poder jurisdicional, entretanto, é uma figura muito distinta da do Juiz estatal togado, podendo-se enumerar as principais razões como as de que: (i) O árbitro é contratado pelas partes e, portanto, está sujeito a uma lógica de mercado, onde precisa constantemente se aprimorar diante de uma concorrência, já o juiz é funcionário do Estado, dotado de estabilidade; (ii) O árbitro é escolhido por características pessoais, seja pela confiança moral das partes, seja por sua alta especificidade em determinado assunto, já o juiz é sorteado para as causas em irá exercer o papel de julgador; e (iii) O árbitro é investido de poderes para a causa específica, e somente poderá exercer esse poderes sobre as partes que pactuaram o método arbitral, já a investidura do juiz precede à causa e independe de quais causas ele julgará, ele sempre estará revestido dela (ELIAS, 2018, p.120)

Ademais, é ainda possível que as partes estabeleçam outros requisitos a serem satisfeitos pelos indivíduos que assumirão o papel de Árbitros. É o que permite o art. 13 da Lei Brasileira de Arbitragem, em seu §3º, ao facultar as partes estabelecerem o

processo de escolha dos árbitros, o que inclui, implicitamente, a escolha dos atributos que o Árbitro deva ter. Pode-se, por exemplo, estabelecer que ele deva exercer determinada atividade profissional, tenha certa idade ou tenha específica experiência acadêmica (ELIAS, 2018, p.122)

Necessário lembrar que, por muitas vezes, as partes inclusive delegam para que a função de escolha do Árbitro seja feita de maneira indireta, onde através da cláusula compromissória definem unicamente a instituição que tomará conta de todo o procedimento arbitral, cabendo à esta instituição nomear os árbitros, ou designar uma lista de nomes vinculados àquela instituição, dentre os quais poderão escolher as partes.

Neste caso, caberá aos interessados verificar se os integrantes da lista fornecida por aquela instituição correspondem às características almejadas e esperadas em termos de especialidade, renome e idoneidade (CARMONA, 2009, p. 234)

Acerca dos requisitos legais para a investidura no cargo de Árbitro, a capacidade exigida para quem pretende exercer a função de julgador privado é aquela prevista pelo Código Civil, desta forma são excluídos tanto os relativamente incapazes (Maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; ébrios habituais e viciados em tóxico; aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos) e os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (os menores de dezesseis anos).

Seguindo a tradição do Direito Processual Civil Brasileiro, as partes devem nomear ou árbitro único, ou Tribunal Arbitral em número ímpar, a fim de evitar qualquer possibilidade de empate na decisão, a lei brasileira neste tema permite alta autonomia para as partes de escolherem entre as duas hipóteses, além de não limitar de nenhuma forma a quantidade de árbitros escolhidos. Entretanto, segundo Carlos Alberto Carmona (2009, p. 232), a experiência tem mostrado ser comum a escolha de um Tribunal Arbitral com três integrantes.

Quanto à imparcialidade, o Árbitro não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social que o liguem a alguma das partes. O que se espera é que o julgador privado seja autônomo e livre, não tenha quaisquer laços com uma das partes, sejam estes espirituais, financeiros ou políticos. É vedado portanto, que atue como Árbitro, aquele que dependa econômica ou financeiramente de alguma

das partes, se excluindo, por óbvio, empregados e prestadores de serviço de modo geral (CARMONA, 2009, p. 242).

Ligado a isto, não se pode confundir com o dever de imparcialidade, o dever de revelação do Árbitro, que serve para garantir ciência às partes quanto à todas as circunstâncias que, aos olhos do julgador, possam vir a gerar dúvidas quanto à sua imparcialidade.

Estando justamente aí a diferença para o dever de imparcialidade na arbitragem, pois esta é dotada de função processual, de permitir que as partes efetivamente influenciem na decisão final do procedimento, enquanto o dever de revelação é dotado de uma função contratual (ELIAS, 2018, p. 156).

Permite, destarte, que as partes conheçam os fatos que, ao próprio juízo do julgador, podem vir a desqualificá-lo para aquele procedimento. Não significando (diferentemente do dever de imparcialidade), que ao revelá-las, estará impedido de atuar, ficando tal decisão à critério das partes (ELIAS, 2018, p. 124).

Acerca de seus poderes e competência, a Lei Brasileira de Arbitragem permite que as partes invistam os Árbitros dos poderes-deveres de conhecer as questões de fato e de direito e de proferir sentença. Além disso, a legislação brasileira positivou, através do art. 18 da Lei Brasileira de Arbitragem, a natureza jurídica da figura do árbitro como verdadeiro juiz de fato e de direito. Porém, embora detenha competência para conhecer e decidir, necessário frisar que o Árbitro é dotado de poderes executivos.

Ou seja, não pode promover os atos de invasão patrimonial típicos da execução, que serão devidamente cumpridos pelo Juiz Estatal após a prolação da sentença arbitral mediante ação de cumprimento de sentença, dado que a sentença arbitral é um título executivo extrajudicial.

2.4 A CONVENÇÃO ARBITRAL

A Lei Brasileira de Arbitragem revolucionou todo o âmbito arbitral no país ao dar a merecida e devida importância à cláusula compromissória. Ressaltando-se que antes de sua vigência, não bastava a existência de uma cláusula compromissória para

que se desse início ao procedimento arbitral, era preciso, obrigatoriamente, da feitura de um compromisso arbitral posterior ao início do conflito (CARMONA, 2009, p.4).

Atualmente, uma vez feita a escolha das partes de submeter um conflito à arbitragem, e verificada a existência de convenção de arbitragem, tal instituto torna-se obrigatório e o conflito deverá ser, obrigatoriamente, submetido ao Tribunal Arbitral, sendo incompetente o Poder Judiciário. Esta convenção é necessária para submissão de um conflito à disputa arbitral, nos termos do art. 3º da Lei Brasileira de Arbitragem. Possuindo duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Cláusula compromissória é definida pela legislação arbitral brasileira como sendo uma convenção por meio da qual as partes, em um contrato, se comprometem a submeter as possíveis disputas daquele contrato à via arbitral. Uma verdadeira determinação *in abstracto* dos meios escolhidos pelas partes para resolver os litígios futuros originados por aquele contrato.

Já o compromisso arbitral é definido pela legislação pátria como sendo um acordo através do qual as partes submetem um litígio à arbitragem de um ou mais assuntos, sendo eles judiciais ou extrajudiciais. Se diferencia da cláusula pois, no compromisso arbitral, a controvérsia já foi instaurada e as partes celebram o acordo, identificando em termos concretos os elementos da controvérsia e estabelecendo quem será nomeado como Árbitro, bem como os procedimentos e prazos a serem futuramente seguidos.

Tornando-se natural que, em virtude do critério temporal, as cláusulas compromissórias, por serem elaboradas conjuntamente em contrato, permitindo que as partes gozem de harmonia recíproca, sejam, desde sempre, o tipo mais usual de convenção de arbitragem. Onde, num tempo em que não possuíam eficácia, conforme visto acima, era possível constatar um grande número de procedimentos arbitrais que sequer chegaram a ter início (MIURA, VIDAL, 2016, p.7).

Nesse cenário, com a chegada da Lei Brasileira de Arbitragem, em 1996, foram trazidos e definidos três elementos que sustentam a devida eficácia da cláusula compromissória no ordenamento jurídico brasileiro: (i) a autossuficiência; (ii) prevendo para os casos de defeito da cláusula, a garantia de uma ação judicial específica para a correção dos defeitos e; (iii) a consagração dos princípios da autonomia da cláusula compromissória e do *Kompetenz-Kompetenz* (MIURA, VIDAL, 2016, p.7).

Através desses elementos, foi atribuída à cláusula compromissória a aptidão de, por si só, afastar totalmente recursos ao Poder Judiciário e dar início desde o

momento da instauração do conflito ao procedimento arbitral. Entretanto, é necessário que todos os elementos descritos estejam presentes, formulando o que se pode chamar de uma cláusula compromissória 'cheia' (APRIGLIANO, 2012, p. 177).

Acerca do primeiro elemento, a autossuficiência, significa dizer que, desde 1996, com a promulgação da Lei Brasileira de Arbitragem, a cláusula compromissória tem condições de levar as partes para o procedimento arbitral, sem a necessidade de qualquer ratificação acordada por meio de compromisso arbitral, ou seja, este deixou de ser imprescindível para realização da arbitragem.

Ressalvando que, nem todas as cláusulas compromissórias deterão este elemento, sendo somente aquelas que se reportem as regras de alguma instituição arbitral (normalmente as câmaras) ou, quando as partes estabelecerem na própria cláusula a devida forma para instituição do procedimento arbitral. Logo, para que seja autossuficiente, a cláusula deve conter a forma por meio da qual se dará a escolha dos árbitros, assim sendo possível denominá-las cheias ou completas (MIURA, VIDAL, 2016, pp. 7-8).

Tal fato inevitavelmente leva à dúvida do que ocorre com a cláusula que não é redigida sob estes termos. Bom, neste caso, estaremos diante das chamadas cláusulas vazias ou patológicas, que impossibilitam a nomeação de árbitros e conseqüentemente prejudicam por completo o início de qualquer procedimento arbitral. E, justamente para estes casos, o legislador implementou o segundo elemento de eficácia da cláusula compromissória (MIURA, VIDAL, 2016, p.8).

Trata-se de uma ação judicial, semelhante a uma execução de obrigação de fazer, na qual a parte interessada em dar prosseguimento à Arbitragem, diante de uma cláusula vazia ou patológica, acionará o Poder Judiciário Estatal a fim de compelir a parte que se nega a consertar o defeito presente na cláusula, a firmar um compromisso arbitral judicial. Caso aquele obtenha sucesso, a cláusula, mesmo defeituosa, terá plena eficácia.

Aprofundando-se no conceito de cláusulas compromissórias vazias, Ricardo Aprigliano (2012, p. 183) as conceitua como aquelas que não contém os elementos aptos para a instauração da arbitragem desde logo, possuindo assim, eficácia limitada.

Exemplo deste tipo de cláusula ocorre quando as partes se limitam a meramente afirmar que 'os eventos decorrentes de determinado contrato serão resolvidos pela arbitragem', carecendo de especificação e complementação.

Gerando, no momento em que é necessária a utilização da cláusula, uma série de problemas.

Carlos Alberto Carmona (2009, p.114) menciona que essas cláusulas, por terem redação incompleta, esdruxula ou contraditória, não permitem sequer que o Tribunal Arbitral seja constituído.

Ademais, os problemas advindos de cláusulas com esses defeitos podem vir a custar muito tempo e dinheiro para as partes signatárias da mesma, fazendo com que a Arbitragem perca a sua essência de procedimento célere e eficaz. Evidenciando assim a necessidade de que a cláusula seja bem escrita e tenha parâmetros bem definidos, se evitando o fenômeno da judicialização do procedimento arbitral.

Acerca do elemento relativo à consagração dos princípios da autonomia da cláusula compromissória, importante ressaltar que ainda que o contrato em que esteja inserida possua vícios insanáveis e esteja dotado de nulidade, conforme eficácia e autonomia concedidas pela Lei Brasileira de Arbitragem, a cláusula continuará plenamente válida e produzindo seus efeitos normalmente. Já, especificamente, sobre o elemento do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, será abordado em capítulo próprio, visto ser o objeto principal desta monografia.

3 O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Conforme demonstrado no capítulo anterior, vez que seja feita a escolha das partes de submeter os conflitos de um determinado contrato ou relação ao procedimento arbitral, e verificada a existência de convenção arbitral, seja por meio de cláusula compromissória, seja por meio de compromisso arbitral, tal instituto se torna obrigatório e aquele conflito somente poderá ser submetido ao Tribunal Arbitral, não detendo o Poder Judiciário Estatal de competência para julgá-lo.

Onde, nas hipóteses de dúvidas quanto à validade da convenção arbitral e quanto à competência do Tribunal, caberá aos julgadores da via arbitral decidirem sobre sua própria competência.

Tal força do procedimento arbitral é decorrência direta do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, também conhecido como princípio da competência-competência, que estabelece que caberá ao Árbitro decidir sobre a sua própria competência nos conflitos submetidos à via arbitral (MARTINS, 2008, p.137). Trata-se, portanto, de uma das verdadeiras pedras de toque da Arbitragem.

3.1 INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* APLICADO À ARBITRAGEM

Inicialmente, importante elucidar que o referido princípio possui dois efeitos, um positivo e um negativo, seu efeito positivo confere ao Tribunal Arbitral a jurisdição para decidir sobre qualquer objeção relativa à sua própria jurisdição, enquanto o efeito negativo retira a jurisdição do Poder Judiciário para decidir sobre essas objeções.

Sobre esses efeitos, Pedro Batista Martins (2008, p. 137) aduz que:

A eficácia positiva encerra a aptidão do árbitro para decidir sobre sua própria jurisdição. Traduz, em si, a função jurisdicional do árbitro. Já a eficácia negativa diz com o momento em que essa competência é exercida. É o árbitro “o primeiro juiz a dizer sobre a sua jurisdição”. O efeito negativo afasta, de plano, qualquer intervenção judicial que se pretenda para dirimir as questões

acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que estiver contemplada. (MARTINS, 2008, p. 137)

Já tratando-se especificamente do efeito negativo da arbitragem sob a tutela do princípio *Kompetenz-Kompetenz* aplicado ao processo arbitral, o doutrinador e ex-Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região José Eduardo Carreira Alvim (2000, pp. 149-150), nos leciona que:

O caráter jurisdicional da arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, explica a impossibilidade de as partes se socorrerem desta, mesmo quando já tenham optado por aquela. Se ambas as atividades têm natureza jurisdicional, não causa espécie que, elegendo uma, não possam valer da outra, porquanto, em qualquer hipótese se trata de jurisdição, só que uma delas exercida diretamente pelo Estado, e a outra, por particulares, mas com seu consentimento. Com o propósito de impedir esse *bis in idem*, atua o efeito negativo da arbitragem. (CARREIRA ALVIM, 2000, pp. 149-150)

Neste sentido, pode-se entender que o ordenamento jurídico brasileiro, ao conferir o referido caráter jurisdicional à arbitragem, acolheu inteiramente ao *Kompetenz-Kompetenz* como um meio de assegurar a eficácia e efetividade da arbitragem, correndo dentro dos corretos limites, sem que implicasse em descumprimento de qualquer ditame ou preceito constitucional, tampouco em ofensa à ordem pública (PITOMBO, 2007, p. 332) ou à segurança jurídica. Ocorre que, conforme será visto a seguir, haja quem discorde de tal afirmação.

3.2 DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Eleonora Coelho Pitombo (2007, pp. 332-333), em obra tratando dos efeitos gerados pela convenção de arbitragem e a adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil, nos elucida acerca da divergência doutrinária relativa à constitucionalidade do *Kompetenz-Kompetenz*, conforme trazido por ela, uma parte

da doutrina, citado como um dos representantes José de Albuquerque Rocha, defende que o princípio seria inconstitucional.

Tal convicção se daria pelos seguintes motivos: (i) Atribuição de competência para o Tribunal Arbitral decidir sobre matéria de ordem pública, neste caso, relativo à direitos indisponíveis; (ii) tira do Poder Judiciário a competência e o dever de apreciar lesão e ameaça de direito e, (iii) iria contra o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, visto que conforme já afirmado nos capítulos anteriores, a sentença arbitral trata-se de decisão irrecorrível.

Outro posicionamento doutrinário, neste caso citado como defensor o professor Álvaro Villaça Azevedo, salvaguarda que não há de se falar em inconstitucionalidade, dado que existe, ainda que limitado, uma interferência do Poder Judiciário em vários momentos durante o procedimento arbitral, fato este que resguardaria o princípio *Kompetenz-Kompetenz* de qualquer insubordinação à Carta Magna Brasileira.

O mesmo se refere às situações em que o Poder Judiciário é autorizado à interferir na arbitragem, podendo-se citar, como exemplos: (i) quando há vício na sentença arbitral que a torne nula ou que justifique sua anulação (hipótese positivada nos artigos 32 e 33 da Lei Brasileira de Arbitragem); (ii) quando a convenção de arbitragem é defeituosa (como no caso das cláusulas vazias vistas anteriormente), e por isso, não é passiva de execução; (iii) situações em que existe uma relevância e urgência no pedido e o tribunal arbitral sequer fora constituído, não podendo a parte esperar por todos os trâmites de formação do mesmo e, (iv) quando uma das partes do litígio resiste à utilização da via arbitral.

Acerca dessas situações, defendeu o Professor Joel Dias de Figueira Júnior (1999, p. 193) que o referido artigo 32, inciso I da Lei Brasileira de Arbitragem seria a única hipótese em que caberia ao judiciário intervir na arbitragem:

Não caberá ao Estado-Juiz decidir acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que contenha cláusula compromissória, 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 (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 193).

Entretanto, a doutrina majoritária, defende a constitucionalidade do *Kompetenz-Kompetenz*, não devido às intervenções estatais, mas sim em virtude do motivo que torna toda a Lei Brasileira de Arbitragem constitucional.

Em suma, o referido motivo seria o de que inequivocadamente no ordenamento jurídico brasileiro “as partes podem livremente renunciar à jurisdição estatal, dado que o direito de ação perante o juízo judicial é renunciável, tanto quanto são os direitos disponíveis” (PITOMBO, 2007, p. 333).

Tal doutrina é inclusive acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados, conforme veremos nos capítulos adiante, que analisarão os diversos momentos em que fora contestada a competência do Tribunal Arbitral para analisar acerca de sua própria competência.

3.3 A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* APLICADO À ARBITRAGEM NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

A natureza jurídica do princípio é a de que se trata de uma espécie (juntamente com as regras) do gênero ‘norma’ e que tem como principal tarefa a de orientar o regramento jurídico em sentido determinado. No caso do *Kompetenz-Kompetenz*, o referido princípio tem como principal função a de combater as chamadas *anti suit injunctions* (ou ações anti-arbitragem), que buscam retardar ou até mesmo impedir o início de uma arbitragem ou o andamento da mesma (MIRUA, VIDAL, 2016, p.12).

Desta forma, com o advento do *Kompetenz-Kompetenz*, dá-se ao árbitro maior poder e se retira da parte grande parte das aberturas que poderia ter para travar o procedimento arbitral, apenas com a garantia ao Tribunal Arbitral de que o mesmo decidirá sobre sua própria jurisdição.

Pela sua importância e pela capacidade que detém de garantir a celeridade da via arbitral, o referido princípio é adotado pelos mais diversos ordenamentos jurídicos do planeta. Sempre no intuito de proteger a autonomia da cláusula compromissória e de prover segurança jurídica àqueles que optarem por se submeter à arbitragem de que, as controvérsias acerca do método adequado de resolução de controvérsias serão resolvidas pela forma que acordaram.

Um dos berços do *Kompetenz-Kompetenz*, inclusive citado por doutrinadores como sendo a grande inspiração do Brasil para a positivação do princípio (PITOMBO, 2007, p. 334) é o Direito Francês, que prevê em seu *Code de procédure civile*, no *Livre IV: L'arbitrage*, mais especificamente no artigo 1465, que se uma das partes contestar, perante o árbitro acerca da extensão do poder jurisdicional deste, ele será o único competente a decidir sobre a validade ou os limites de sua própria investidura.

Já o Direito Alemão, traz em seu *Zivilprozessordnung*, no artigo 1040, que cabe ao tribunal arbitral decidir sobre a sua própria competência, incluídas quaisquer exceções relativas à existência ou à validade da convenção arbitral.

O Direito Inglês, num documento dotado da nomenclatura de *Arbitration Act*, advindo de 1996, também traz a previsão em seu artigo 30 que, salvo nos casos em que as partes expressamente acordarem o contrário, caberá ao Tribunal Arbitral decidir sobre a sua própria competência para apreciar especificamente: (i) se existe uma convenção arbitral válida; (ii) se aquele tribunal foi devidamente e regulamente constituído, e (iii) se as questões postas em discussão na arbitragem estão de acordo com o escopo definido na convenção arbitral.

Já o Direito Português, também prevê a utilização do que conhecemos como *Kompetenz-Kompetenz*, através de dispositivo legal previsto na Lei nº 31 de 1986 (ou Lei de Arbitragem Voluntária), que prevê em seu artigo 21 que caberá ao Tribunal Arbitral pronunciar-se sobre sua própria competência, ainda que seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção arbitral.

Nota-se que o princípio está presente em alguns dos mais influentes sistemas processuais do planeta, evidenciando o acerto trazido pela Lei de Arbitragem ao trazer o mesmo para o ordenamento jurídico nacional.

3.4 O PRINCÍPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ E A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM

Conforme já adiantado, no Direito Brasileiro, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* foi positivado através do parágrafo único do art. 8º da Lei Brasileira de Arbitragem, que prevê em seu inteiro teor:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

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

Debruçando-se sobre o artigo em evidência, o autor Luiz Antônio Scavone Júnior (2010, p. 87) define este dispositivo legal da seguinte forma:

O significado do dispositivo, portanto, indica que qualquer alegação de nulidade do contrato ou da cláusula arbitral, diante de sua existência e seguindo o espírito da lei, deve ser dirimida pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário. A lei pretendeu, neste sentido, "fechar uma brecha" que permitiria às partes, sempre que alegassem a nulidade da cláusula arbitral ou do contrato, ignorar o pacto de arbitragem e acessar o Poder Judiciário para dirimir o conflito. Em resumo, ainda que o conflito verse sobre a nulidade do próprio contrato ou da cláusula arbitral, a controvérsia deverá ser decidida inicialmente pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário. (SCAVONE JUNIOR, 2010, p.87)

Desta forma, nota-se que o legislador brasileiro seguiu o exemplo dos países já citados, onde a arbitragem é um instituto consolidado e já desenvolvido, adotando de forma irrestrita o princípio, ao atribuir aos árbitros a apreciação de sua própria competência. Sobre isso, disserta o Professor Arnoldo Wald: (2014, p. 509).

Conclui-se, portanto, que, de acordo com o direito brasileiro, as autoridades judiciárias podem tão-somente apreciar a validade, existência, aplicabilidade ou efetividade da convenção de arbitragem em momento posterior aos árbitros. Nem mesmo o exame *prima facie* seria pois passível de ser realizado no Brasil pelo Judiciário a não ser no caso de nulidade ostensiva ou manifesta, devendo ser aguardada a decisão prévia dos árbitros. (WALD, 2014, p.509)

Selma Lemes (1999, p. 105) entende ainda que, outro artigo na Lei Brasileira de Arbitragem prevê implicitamente a utilização do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, trata-se do artigo 20, que estipula em seu *caput*:

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. (LEMES, 1999, p. 105)

No mesmo dispositivo legal, a legislação pátria indica à parte que não tiver o seu pleito de invalidade acolhido pelo Tribunal Arbitral, o caminho previsto pelo artigo 33 para se buscar tal reconhecimento. Deixando claro que a arbitragem deve prosseguir, sem contudo, retirar da parte o direito de protestar junto ao Poder Judiciário competente as questões negadas pelo Tribunal Arbitral acerca de sua própria competência e da validade daquele procedimento.

Com isso, nos primeiros anos de vigência da legislação arbitral brasileira, o Kompetenz-Kompetenz não era bem compreendido pelas Cortes Estatais. E assim, as chamadas medidas anti-arbitragem (ou *anti suit injunctions*) acabaram por se tornar muito comuns no nosso Poder Judiciário, beneficiando àquela parte que contestava a jurisdição do árbitro, muitas vezes apenas com fins meramente protelatórios.

Mas logo o princípio ficou conhecido e a jurisprudência brasileira passou a se posicionar cada vez mais frequentemente no sentido de respeitar os limites do competência-competência, de maneira a prever que ao árbitro caberá, em um primeiro momento, a análise sobre a validade, eficácia e existência da convenção arbitral, ressalvando-se a competência do Poder Judiciário em algumas situações.

Essas situações se tornaram ainda mais claras com a efetivação dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça através de seu sistema de informativos denominado de “Jurisprudência em Teses”, mais precisamente na Edição 122, que teve como temática as decisões da corte acerca dos procedimentos arbitrais. Garantindo assim, maior uniformização das decisões de nossos Tribunais e maior segurança jurídica às partes que optarem por utilizar da via arbitral no território brasileiro.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme já introduzido, nos primórdios da Lei Brasileira de Arbitragem, pela falta de conhecimento das Cortes Estatais em relação ao tema, e mais especificamente em relação aos princípios que permeiam a Arbitragem, as medidas antiarbitragem se mostraram um método eficaz de postergação dos conflitos e de evitar a instauração do conflito pela via arbitral.

Entretanto, com o decorrer dos tempos, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, órgão responsável pela uniformização e interpretação das normas infraconstitucionais, passou a se colocar cada vez mais contundentemente no sentido de conferir à arbitragem maior poder e autonomia.

Uma das grandes demonstrações deste poder foi apresentada na edição nº 122 do Informativo Virtual “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça, instrumento utilizado pelo órgão para publicizar e suas decisões mais importantes, onde, com base em um grande número de julgados, fora fixado na Tese nº 3 que:

A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Destarte, houve a estabilização jurisprudencial da validade e eficácia do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, como sendo a regra a ser seguida para os casos em que existam dúvidas quanto à adequação do princípio arbitral à escada ponteana¹.

Entretanto, a “regra das regras” presentes no ordenamento jurídico brasileiro é a da relativização destas quando estivermos diante de algumas situações específicas no caso concreto, podendo estas serem, ou não, previstas por Lei, as famosas

¹ A Escada Ponteana é a terminologia dada a uma tradicional teoria desenvolvida pelo jurista Pontes de Miranda, com o propósito de estruturar um programa formativo do negócio jurídico. O termo “escada ponteana” alude a uma escada onde cada etapa de formatação do negócio jurídico é representada por um degrau, em que requisitos (existência, validade e eficácia) devem ser obedecidos e verificados para que se possa passar para o próximo degrau. Vez que forem alcançadas e cumpridas as etapas de formação, o negócio jurídico estaria apto a produzir seus efeitos.

exceções (quando não, as exceções costumam ser definidas pela jurisprudência pátria).

Com o Kompetenz-Kompetenz não foi diferente, visto que por algumas vezes o STJ o relativizou, decidindo que se a nulidade da cláusula compromissória for extremamente cristalina, será possível ao Poder Judiciário Estatal declarar a sua nulidade/invalidade mesmo sem que este pedido tenha sido formulado, antes dele, ao próprio árbitro. Sendo fixada na Tese nº 4 do Informativo Jurisprudência em Teses o seguinte enunciado:

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

Destarte, iremos pormenorizadamente analisar os julgados que embasaram ambas as asserções, destrinchando os argumentos para tal e quais são as hipóteses em que o Kompetenz-Kompetenz deve ser aplicado e quais as possibilidades de sua relativização, definidas por nossa Corte Superior.

4.1 TESE Nº 3 DA EDIÇÃO 122 DO INFORMATIVO JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – A EMANCIPAÇÃO DO PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* COMO REGRA.

Conforme outrora aduzido, o instituto da arbitragem ainda encontra muita contestação no cenário nacional, com inúmeras tentativas de afastamento deste nos julgamentos concretos, por diversas vezes as partes fixam cláusula compromissória, mas, ao se depararem com um conflito possivelmente desfavorável, procuram de todas as formas obstar o procedimento arbitral, seja por acreditarem terem mais chances pela via estatal, seja muitas vezes por motivos meramente protelatórios.

Essas são as denominadas *anti suit injunctions* (ou medidas anti-arbitragem) e, por muito tempo a jurisprudência pátria, por falta de precedentes ou ainda pela

necessidade de maturação do instituto arbitral no ordenamento jurídico, deixou com que essas referidas medidas prevalecessem, indo contra os objetivos do legislador brasileiro ao promulgar a Lei Brasileira de Arbitragem de dar maior autonomia e usabilidade à esse instituto.

Entretanto, com o tempo, e com a emancipação e maior entendimento acerca da aplicação do *Kompetenz-Kompetenz*, este cenário passou a mudar. E a jurisprudência brasileira passou a priorizar a competência dos árbitros para decidirem sob sua própria competência como uma verdadeira regra.

4.1.1 Agravo Interno no Conflito de Competência nº 156.133 – BA (Estado da Bahia vs. DM Construtora de Obras Ltda.)

No Agravo Interno em sede de Conflito de Competência nº 156.133, decidido em 22 de agosto de 2018, o Estado da Bahia agravou decisão do Ministro Gurgel de Faria no qual o ministro havia reconhecido o Conflito de Competência para declarar a competência do Tribunal Arbitral no caso.

O Estado da Bahia afirmava que havia uma ausência de consentimento em relação à instauração da arbitragem, e que o contrato limitaria às questões a serem discutidas pela via arbitral, no qual aquele conflito, supostamente não se enquadraria na seara de competência definida pelas partes em convenção de arbitragem.

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça entende que, cabe ao órgão superior, julgar os conflitos de competência de quaisquer tribunais, dessa forma, visto que é pacífico na jurisprudência do tribunal o fato de que a arbitragem tem natureza jurisdicional, é cabível no STJ a existência de Conflito de Competência entre juízo estatal e a câmara arbitral, em trecho retirado de precedente utilizado pelo voto do Ministro Gurgel de Faria, o STJ fixou: “a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral”.

Ademais, em seu voto vencedor, o Ministro introduz o mérito do conflito, ao qual se trataria de definição dos limites da competência da via arbitral previamente fixadas no contrato.

Desta forma, fora extraído e entendido pelo Ministro que se trataria de um conflito consistente em identificar qual o juízo a que compete a decisão acerca da existência, validade e eficácia da convenção arbitral, na modalidade cláusula compromissória, constante no negócio jurídico firmado entre autarquia pertencente ao Estado da Bahia e a construtora.

Uma peculiaridade neste precedente é o de que o procedimento arbitral já havia sido instaurado pela construtora, no qual o Tribunal Arbitral se posicionou no sentido de ser ele o órgão competente para decidir se aquele conflito estava abarcado pela cláusula compromissória firmada entre as partes. Segue o referido posicionamento da Corte Arbitral:

Para decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória, conforme dispõe o art. 8º, parág. único da Lei n. 9.307, de 1996, ressalvado o direito das partes, mediante ação própria, de postular a anulação da decisão do Tribunal Arbitral que contrariar seu entendimento

O Estado da Bahia entrou com representação no juízo estatal, que determinou, em sede liminar, que o procedimento arbitral deveria ser suspenso, pois haveria ausência de consentimento da autarquia do Estado da Bahia para a instauração da arbitragem e o contrato não contemplaria o litígio sob o qual a construtora havia aberto o procedimento.

O Juízo Estatal ainda delimitou o alcance da cláusula compromissória, fazendo-a não incidir sobre os conflitos relacionados àquele litígio. Destarte, a construtora acionou procedimento de Conflito de Competência perante o STJ.

O Ministro Gurgel de Faria foi sucinto em seu voto, apenas levantando que conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, devem ser seguidos, nesses casos, o já citado art. 8º, parágrafo único da Lei Brasileira de Arbitragem, “em virtude da regra do competência-competência” que confere ao árbitro e somente a ele cabe decidir sobre a sua própria competência.

Destarte, o juízo estatal claramente extrapolou sua competência ao delimitar a cláusula compromissória e a suspender o processo arbitral em trâmite por suposta ausência de validade deste, cabendo ao árbitro tal decisão. Pois, a jurisdição arbitral

precede a jurisdição estatal, cabendo somente a ela deliberar sobre os limites de suas atribuições, antes de qualquer outro órgão julgador.

4.1.2 Reclamação nº 36.459 – DF (Ecometals Manganês Amapá Ltda. vs. Tribunal Regional Federal da 1ª Região)

Na referida reclamação, instituto utilizado no ordenamento jurídico brasileiro que tem como principal intuito o de assegurar a competência dos nossos Tribunais em relação aos seus precedentes. A empresa Ecometals do Amapá apresentou perante o Superior Tribunal de Justiça o remédio contra decisão proferida no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Resumidamente, o cerne do conflito estaria na propriedade dos minérios de manganês, presentes na região do município de Serra do Navio no Estado do Amapá, no qual a empresa ICOMI, por meio de contrato de *joint venture*, havia criado a Ecometals Manganês do Amapá, no intuito de que a mesma tivesse a propriedade dos minérios de manganês.

O processo de criação da *Joint Venture* e todas as disputas judiciais envolvendo o contrato foram muito bem resumidas pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino no trecho a seguir:

Segundo consta dos autos, em dezembro de 2007, a ALTO TOCANTINS MINERAÇÃO LTDA, controladora da INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MINÉRIOS S.A - ICOMI (sucessora de TOCANTINS MINERAÇÃO S.A), e a ECOMETALS LIMITED, empresa de origem inglesa, acordaram por constituir, a partir de um contrato de JOINT VENTURE, uma nova sociedade, a qual foi denominada de ECOMETALS MANGANÊS DO AMAPÁ LTDA., e para a qual foi transferida a propriedade do minério de manganês já lavrado e reconhecido judicialmente em demanda proposta em face do Estado do Amapá e União (Processo n. 2005.31.00.000418-9 - 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Macapá/AP - e-STJ, fls. 79/100), como de propriedade da ICOMI. Em grau de recurso, a sentença que reconheceu a propriedade foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.263.134/AP) e Supremo Tribunal Federal (RExt 805.382-AP).

Conforme se aduz no trecho, em decisão anterior, o Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento de que a ICOMI estaria liminarmente obrigada a cumprir o contrato firmado com a Ecometals, a quem pertenceria a propriedade dos minérios de manganês e, que essa decisão liminar somente poderia ser analisada, mantida, revogada ou alterada perante submissão de pleito envolvendo o contrato em sede de Corte Arbitral, conforme estipulado pelas partes no próprio contrato.

Visto que, no dispositivo contratual, ficou ajustada convenção de arbitragem, na modalidade cláusula compromissória que elegia a via arbitral para dirimir os conflitos decorrentes daquele negócio jurídico e convencionando a realização do procedimento arbitral em Londres, na Inglaterra, por árbitro indicado pelo Instituto dos Árbitros Licenciados do Reino Unido.

Ocorre que o TRF1 concedeu medida liminar para permitir que o minério acordado no contrato pudesse ser acessado e comercializado pela ICOMI, solicitava ainda medida liminar de urgência no caso, pois o minério já se encontraria na Companhia de Docas à espera de um navio contratado pela ICOMI para embarcar o minério com destino à um país asiático.

Este resumo é somente a 'ponta do iceberg' das inúmeras disputas judiciais que envolveram este conflito e que são muito bem resumidas no inteiro teor da decisão, aqui focamos apenas no que fora considerado relevante para as pretensões deste trabalho. Inclusive, fora afirmado pelo próprio Ministro Relator que todo o imbróglio envolvendo o conflito do contrato de *joint venture* poderia ter sido inteiramente evitado se as partes, desde o início, tivessem optado por buscar, conforme estabelecido no contrato, a via arbitral.

Aduz ainda que realmente é necessário saber se o acordo de joint venture é ou não válido, se poderia ou não ter sido firmado nas condições ali colocadas, ou até mesmo se o tema é de debate em corte brasileira ou estrangeira, mas que, entretanto, todas essas questões deveriam ter sido submetidas inicialmente ao juízo arbitral.

Pegando assim, o gancho para definir que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende, invariavelmente que a previsão contratual de cláusula compromissória enseja, por si só, o reconhecimento da competência do juízo arbitral para preceder o juízo estatal nas questões relativas à existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem.

Dessa forma, o Ministro encerrou seu voto optando por uma espécie de conselho as partes, visto que não cabia ao STJ, em sede de reclamação determinar

que as partes procurassem o juízo arbitral, utilizando-se o Ministro do princípio *Kompetenz-Kompetez* como uma forma de “conselho” às partes quanto aos precedentes da Corte Superior.

Destarte, fora cassada, por unanimidade, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região e retomados os termos anteriormente fixados pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão proferido pela 3ª turma, que definiu que a propriedade dos minérios de manganês era da Ecometals e, que essa decisão liminar somente poderia ser analisada, mantida, revogada ou alterada perante submissão de pleito envolvendo o contrato em sede de Corte Arbitral, conforme estipulado pelas partes no próprio contrato.

4.1.3 Conflito de Competência nº 150.830 – PA

No referido Conflito de Competência, determinada empresa (Agra Empreendimentos Imobiliários S.S) em conjunto com outros suscitantes, apontou o Juízo Comum da Vara Cível e Empresarial de Belém e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá - CAM/CCBC para a lide.

A discussão estaria pautada na definição de à quem caberia a competência para decidir os embargos à execução e embargos de terceiro em Ação de Execução de Título Extrajudicial. Se caberia ao Juízo Estatal ou ao Tribunal Arbitral eleito pelas partes em contrato, dada a natureza processual do conflito. Importante ainda ressaltar que estavam abertos paralelamente, os processos judicial e arbitral.

Neste caso, a parte suscitante defendia que embora a execução devesse ser feita no Poder Judiciário, caberia ao Poder Arbitral apreciar as defesas dos Executados e de terceiros signatários, pois tratava-se de matéria de conhecimento e submetida àquela via procedimental.

Ou seja, diferentemente dos outros precedentes aqui analisados, neste, a parte suscitante defendia a resolução do conflito via Poder Arbitral, aduzindo que caso os Embargos não fossem apresentados junto ao Poder Arbitral, o procedimento ficaria completamente esvaziado em sua utilidade. Causando risco de danos irreparáveis ou de difícil reparação por via inadequada que poderia ensejar um deslinde judicial interminável.

Válido ainda externar o posicionamento do Ministério Público neste caso, que defendeu o não conhecimento do conflito de competência, pois para que houvesse legitimidade no conflito, seria necessário que o Tribunal Arbitral produzisse decisão reconhecendo sua própria competência para conhecer a matéria. Tese que não fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Visto que, para o STJ, no caso em análise, o procedimento arbitral se inicia desde o momento do requerimento de instauração da arbitragem, o que somente pode ser feito perante o Presidente da CAM-CCBC (pelo regulamento da Câmara transcrito abaixo), que detém até a efetiva instauração da arbitragem do Poder Jurisdicional absoluto, não sendo necessária que este declare expressamente sua competência para que a mesma seja passível de Conflito de Competência.

Portanto, foram entendidos “insubsistentes os fundamentos apontados no parecer do Ministério Público Federal, segundo os quais não se poderia reconhecer a caracterização do conflito de competência, pois o Tribunal Arbitral não se encontraria, [...], instaurado”

4.5 Antes de constituído o Tribunal Arbitral, o Presidente do CAM-CCBC examinará as objeções sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem que possam ser resolvidas de pronto, independentemente de produção de provas, assim como examinará pedidos relacionadas à conexão de demandas, nos termos do artigo 4.20. Em ambos os casos, o Tribunal Arbitral, após constituído, decidirá sobre sua jurisdição, confirmando ou modificando a decisão anteriormente prolatada.

Oportuno inclusive transcrever trecho da cláusula compromissória arbitral prevista no contrato entre as partes participantes no conflito, que inclusive continha previsão de que eventuais Embargos à Execução e medidas liminares seriam submetidas à Arbitragem, e não ao Poder Estatal:

Cláusula 27. As partes concordam que todas as questões relativas à interpretação e ao cumprimento das obrigações previstas neste instrumento que tenham natureza de processo de conhecimento (inclusive eventuais Embargos à Execução, medidas liminares ou de antecipação de tutela), que não possam ser solucionadas amigavelmente pelas Partes dentro de um prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, serão submetidas à Arbitragem, de acordo com as regras de Conciliação e Arbitragem do Centro de Arbitragem

e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (a "Câmara"), em procedimento a ser administrado pela Câmara.

Ademais, um terceiro signatário do Contrato, buscava através das vias judiciais sua exclusão do procedimento arbitral, fato sobre o qual já havia se posicionado a CAM-CCBC no sentido de que a terceira deveria prosseguir no procedimento arbitral, até que houvesse deliberação do Tribunal Arbitral acerca de sua permanência ou não. Segue trecho de decisão da Câmara acerca do tema.

11. Considerando o alegado pelas partes, resta claro que a análise sobre o pedido de exclusão de Leal Moreira Engenharia Ltda. deste procedimento exigirá uma análise aprofundada de mérito, ultrapassando os poderes conferidos ao Presidente pelo artigo 4.5 do Regulamento do CAM-CCBC. 12. Assim, considerando os fundamentos apresentados, este procedimento deverá prosseguir com a Leal Moreira Engenharia Ltda.(terceira), sem prejuízo de que os árbitros confirmem ou modifiquem essa decisão tão logo o Tribunal Arbitral seja constituído.

Fato específico deste caso, é o de que o contrato em que se inseria a cláusula compromissória arbitral já possuía por si só valores parcialmente executáveis, que segundo o Superior Tribunal de Justiça não necessitariam de uma sentença arbitral. Dado que se já possuísse os atributos de exequibilidade exigidos pela lei, poderia ser executado sem a necessidade de um laudo arbitral para que lhe confira executividade.

Ocorre que, o Juízo Estatal (competente para ação de execução), não possuía competência para dirimir os temas próprios dos embargos, visto que as partes consignaram que isso deveria ser solucionado pela instância arbitral.

Logo, ainda que possível o processamento da execução pelo Juízo Comum da Vara de Belém, cabe ao Tribunal Arbitral dirimir quaisquer controvérsias relativas à existência, constituição ou extinção do crédito, entre outras questões relacionadas ao contrato, opção esta que foi livremente prevista pelos contratantes ao estipularem a cláusula compromissória arbitral, ao Juízo estatal caberá, portanto, aguardar a definição, pelo Tribunal arbitral, de tais matérias, obrigatoriamente.

Acerca disso, fora citada a seguinte decisão da Ministra Nancy Andrichi em medida cautelar:

Tendo em vista a competência da câmara arbitral, não é cabível a oposição, pela devedora, de embargos à execução do débito apurado em contrato. Tais embargos teriam o mesmo objeto do procedimento arbitral, e o juízo da execução não seria competente para conhecer das questões neles versadas. - A câmara arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* que informa o procedimento arbitral.

Neste julgado foram ainda extraídas importantes lições acerca de como deve funcionar o paralelismo de ação de execução proposta no Poder Judiciário Estatal e da ação que verse sobre o débito no Tribunal Arbitral.

Visto que, ainda que não haja óbices para que seja proposta a ação de execução, a mesma não deve ter prosseguimento em aspectos que deveriam ser apreciados pela via arbitral, caracterizando assim a prejudicialidade externa entre ambos os procedimentos. Pois o procedimento arbitral produziria efeitos diretos na ação de execução.

Por fim, fora reconhecida a competência do Juízo Arbitral para obstar o prosseguimento da ação de execução enquanto não definida a discussão lá posta, em respeito ao princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

Entendemos tal decisão como extremamente relevante, dado que não só garantiu a competência legalmente prevista ao Tribunal Arbitral, como reconheceu o poder do instituto de não só extinguir processos judiciais sem resolução de mérito, como também o de suspende-los enquanto o processo prioritário (a arbitragem) não têm sentença prolatada.

4.1.4 Recurso Especial nº 1.678.667 – RJ (Vik-Sandvik do Brasil Desenhos Navais Ltda vs Vik-Sandvik do Brasil Engenharia Ltda.)

O Recurso Especial, de relatoria do Ministro Raul Araújo, interposto pela Vik-Sandvik do Brasil Desenhos Navais Ltda. contra a Vik-Sandvik do Brasil Engenharia Ltda. buscava o reconhecimento do Tribunal Arbitral para julgar ação de perdas e danos cumulada com pedido de indenização por danos morais.

No caso em análise, os recorridos ingressaram com ação ordinária no juízo estatal, suscitando que a recorrente haveria atuado no intuito de esvaziar a empresa

Vik-Sandvik do Brasil Engenharia Ltda., dado que, após a venda da recorrente que era sócia da recorrida junto à outros 3 sócios, a mesma ao não conseguir adquirir as quotas destes últimos, passou a atuar para sabotar a empresa, fazendo “de tudo para inviabilizar as atividades da primeira autora, como, por exemplo, as obrigações trabalhistas, fiscais e parafiscais deixaram de ser pagas”.

Não suficiente, os recorridos alegavam ainda que o representante da recorrente havia abandonado a administração da empresa, deixando assim a sociedade acéfala, com vários problemas causados pela própria que teria “abandonado”.

Ocorre que, para reaver tais direitos, estes últimos se valeram de ação ordinária perante o juízo comum, ainda que houvesse cláusula compromissória arbitral no contrato firmado entre as partes. Postularam em juízo estatal que: “Fosse a ré condenada ao ressarcimento: a) de todos os danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) causados à primeira autora e aos demais três demandantes, a serem apurados em perícia; b) dos danos morais infligidos aos autores.”.

Ocorre entretanto, que a Recorrente (ré na ação ordinária) alegou a existência de cláusula arbitral, mas o juízo de primeiro grau rejeitou esta preliminar, sob o argumento de que “sobrepõe-se à convenção do juízo arbitral o princípio da inafastabilidade da jurisdição, [...], a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

A recorrente interpôs Agravo de Instrumento junto ao TJRJ, entretanto, apesar deste último reconhecer a força da cláusula compromissória arbitral, afirmou que a mesma havia sido renunciada tacitamente em virtude de Ação Possessória proposta pela recorrente contra a recorrida. E que por naquela hipótese não ter suscitado a competência arbitral, teria, portanto, renunciado à via arbitral.

O Egrégio Tribunal, na ocasião, entendeu que a cláusula compromissória arbitral alcança "todas as disputas, controvérsias ou reivindicações de qualquer tipo que surjam", não se restringindo somente às demandas relativas ao contrato social, e, portanto, ao manejar ação de reintegração de posse contra os recorridos, a recorrente renunciou tacitamente à cláusula compromissória, razão pelo qual não pode mais invocar a existência da referida cláusula em benefício próprio posteriormente, vejamos:

Alegam os agravados que a recorrente teria renunciado tacitamente a esse compromisso de arbitragem, ao intentar demanda judicial em face da primeira agravada. Essa narrativa é corroborada pelas provas carreadas, pois se verifica que a agravante, em 25.11.2010, intentou ação de reintegração de posse em face da primeira agravada, [...]. Registre-se que nessa demanda não foi suscitada incompetência do Poder Judiciário. A cláusula compromissória não pode ser utilizada apenas quando for ou não conveniente para as partes. [...]. Não pode o compromisso arbitral permanecer sendo utilizado apenas em determinadas circunstâncias, de acordo com o interesse das partes. Trata-se de disposição obrigatória, sendo certo que sua não utilização importa em renúncia tácita.

Desta forma, a recorrente buscou o Superior Tribunal de Justiça para rever a decisão do Tribunal, alegando que seria da competência do Tribunal Arbitral julgar a lide interposta em ação ordinária, e que não teria ocorrido renúncia à via arbitral em razão da ação de reintegração de posse.

Desta forma, entendeu o STJ que as circunstâncias demonstradas no caso em tela não configurariam o chamado *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório da parte) pois se tratava do ajuizamento de uma única demanda, de cunho possessório.

Sendo isso relevante, pois, no entendimento da Corte Superior, a cláusula arbitral não pode ser interpretada fora do contexto em que está inserida, logo, vez que as partes pactuaram a mesma para todos os conflitos “relacionados ao presente contrato”, a mesma não poderia abranger elementos que não estivessem relacionados com o contrato, não podendo ser livremente estendida a toda e qualquer disputa que surgisse entre aqueles sócios, fora das suas relações sociais.

Inclusive sendo este o caso da ação possessória, que extrapola a seara societária e tem origem em outra relação contratual, em nada se confundindo com o contrato onde fora prevista a cláusula compromissória arbitral.

Além disso, a ação de reintegração de posse tem um caráter especial, pois tem cunho eminentemente executório, cabendo ao Estado e somente a ele, por deter o monopólio da força, fazer cumprir e executar a ordem, de modo que embora pudesse até se cogitar uma ação possessória na Arbitral, o Tribunal Arbitral não detém o poder para executar as medidas coercitivas necessárias em ações dessa natureza.

De forma que de qualquer maneira, acabaria cabendo ao juiz de direito estatal o cumprimento das ordens expedidas pela via arbitral, conforme muito bem aduzido por Leonardo de Faria Beraldo (2014, p. 380).

Um exemplo de medida coercitiva que pode ser decidida pelo árbitro, porém, não por ele executada, é o mandado de despejo, de reintegração ou de imissão de posse. Assim, caso a parte contra a qual se decidiu descumprir a ordem processual do árbitro, no sentido de desocupar o imóvel, caberá a este solicitar ao juiz togado que cumpra tal decisão. (BERALDO, 2014, p. 380)

Além disso, para o STJ, vez que seja externada expressamente a vontade das partes, de fixar em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição ou renúncia deve vir através de igual declaração expressa das partes, não sendo suficiente, para tal, uma mera alusão a atos ou a acordos que não tem o condão de afastar a convenção das partes.

Destarte, excluída a hipótese de renúncia à cláusula compromissória, o Ministro Raul Araújo segue no sentido de que, acerca da competência deve-se considerar o art. 8º, parágrafo único da Lei Brasileira de Arbitragem, já citado neste trabalho.

De forma que “a pactuação de cláusula compromissória implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, o processo deve ser extinto, sem resolução de mérito”. Pois seguindo o *Kompetenz-Kompetenz*, caberá ao Tribunal Arbitral decidir sobre todas as questões que venham a ser aduzidas pelas partes acerca do contrato pactuado.

4.1.5 Homologação de Decisão Estrangeira nº 120 – EX

A referida Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, fora interposta no STJ pela empresa Levi Strauss de Espana S.A, sendo requerida a empresa Ganadeira Brasil, sentença que definiu a proibição desta última de comercializar os produtos da marca LEVI'S, pertencentes à primeira.

O STJ deixa claro que nessas hipóteses, apenas cabe à corte verificar os requisitos imprescindíveis para a homologação da sentença sendo estes: “(i) haver sido proferida a sentença por autoridade competente; (ii) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; e (iii) ter transitado em julgado”

Ocorre que neste caso, a parte Requerida suscitou irresignação com o procedimento arbitral, sustentando que a referida sentença não deveria ser homologada pela Corte Superior do Brasil por três motivos: (i) Terceiros estranhos

teriam participado do procedimento; (ii) o árbitro escolhido seria suspeito e teria de exercer o dever de revelação, o que não o fez e (iii) teriam sido utilizadas provas nulas.

Ocorre que no entendimento da Ministra Nancy Andrighi (voto vencedor), não cabe ao STJ reanalisar essas questões, que demandariam uma reanálise do mérito da demanda, fato este que não é de competência do STJ, dada a convenção arbitral firmada entre as partes.

Outrossim, ressaltou que todas as questões referentes à validade, eficácia e existência da cláusula compromissória somente podem ser apreciadas pelos próprios árbitros (*Kompetenz-Kompetenz*) e não pelo STJ na atual fase processual.

Logo, fugiria da competência do Superior Tribunal de Justiça analisar as questões referentes à entrada de terceiros no procedimento, além das questões de revelação do árbitro e das provas. Pois, ainda que não se empregasse o *Kompetenz-Kompetenz*, as partes optaram por submeter tanto ao contrato objeto da ação, quanto à arbitragem as leis vigentes do Estado da Califórnia, além das Regras de Arbitragem Comercial da Associação Americana de Arbitragem e da Lei de Arbitragem Federal dos EUA, não havendo de forma alguma como se analisar a questão, como pretende a requerida, com base na legislação brasileira.

Entendeu que: “não é dado ao STJ, por meio da presente via procedimental, imiscuir-se nessas questões, na medida em que extrapolam os limites estreitos de cognoscibilidade demarcados pelos artigos 37, 38 e 39 da Lei 9.307/96 e 216-C, 216-D e 216-F do RISTJ”.

Além disso, ainda fora verificado no caso, o trânsito em julgado da sentença arbitral, sem que houvesse notícia de qualquer impugnação por parte da Requerida. Não havendo qualquer possibilidade de o árbitro voltar a julgar seu mérito, competindo-lhe, tão somente, corrigir erros de datilografia, tipográficos ou computacionais.

Portanto, não haveria qualquer hipótese de violação à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana ou à ordem pública. E, também estariam verificados os requisitos de respeito ao contraditório e à ampla defesa, legalidade dos atos processuais, respeito aos direitos fundamentais humanos, adequação aos bons costumes.

Válido citar o voto divergente do Ministro Herman Benjamin, que compreendeu que haviam demonstrados fatos suficientes para fosse posta em dúvida a imparcialidade do árbitro indicado para resolver a lide. Visto que o mesmo era

professor da Universidade que recebia grande parte de seus recursos da empresa requerente, e dirigente de instituição que têm fortes ligações com a família dona da empresa requerente.

Tendo sido voto vencido pelo indeferimento da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira.

4.1.6 Agravo Interno em Recurso Especial nº 425.955 (Germano Sukadolnik vs. Baru S/A Participações)

O Agravo Interno em questão, buscava reconhecer a exequibilidade em juízo estatal de contrato que possuía cláusula compromissória, alegando a parte recorrente que o STJ possui precedente no sentido de que, nos casos de certeza, liquidez e exigibilidade, pode-se executar judicialmente contrato, ainda que contenha cláusula compromissória.

A tese fixada pelo STJ (e que inclusive foi utilizada em julgado anteriormente analisado por este trabalho) nesse sentido é a seguinte: “a existência de cláusula compromissória não constituiria óbice à execução de título extrajudicial, desde que preenchidos os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.”.

Ocorre entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a hipótese em tela não se amoldava ao precedente arguido, que versava sobre contrato que possuía cláusula de confissão e dívida, não havendo qualquer similitude de cláusula assim no contrato em discussão no Agravo Interno.

Desta forma, a cláusula compromissória prevista no contrato atrai absolutamente a arbitragem para a solução das controvérsias resultantes de qualquer disputa ou reivindicação decorrente do contrato, o que impossibilita, a princípio, que as partes recorram ao Poder Judiciário para solucionar contenda relativa ao seu cumprimento.

Neste sentido, aduziu o Ministro Relator (que foi acompanhado unanimemente pelos membros da Corte):

Vige na jurisdição privada o princípio basilar do *Kompetenz-Kompetenz*, consagrado nos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, que estabelece ser o próprio árbitro quem decide, com prioridade em relação ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória.

Logo, a pretensão da recorrente de litigar acerca do descumprimento do contrato e da revisão contratual ante onerosidade excessiva, deve ser discutida por meio do procedimento arbitral, e não pelo juiz togado estatal, em respeito ao *Kompetenz-Kompetenz*, pacificado pelo STJ nessas hipóteses em uma série de precedentes.

4.2 TESE Nº 4 DA EDIÇÃO 122 DO INFORMATIVO JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*.

Poucos são os direitos e as regras absolutas no Direito Brasileiro, e a Arbitragem e o *Kompetenz-Kompetenz* não fugiram disso, por mais que a tendência majoritária das nossas Cortes seja a de respeitar a competência do Árbitro para julgar a sua própria competência antes de qualquer outro, ainda assim há a exceção para a regra.

Trata-se de entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, de nas situações em que a nulidade da cláusula compromissória for muito evidente, será possível ao Poder Judiciário declarar a sua invalidade mesmo sem que este pedido tenha sido formulado, em primeiro lugar, ao próprio árbitro. Para o STJ, aquelas cláusulas vazias ou os compromissos arbitrais patológicos não necessitam de passar pelo crivo do Tribunal Arbitral para que tenham sua nulidade reconhecida.

E isso é produto de uma série de discussões jurídicas acerca do *Kompetenz-Kompetenz* que surgiram ao longo dos tempos, de modo que a comunidade jurídica, o que culminou na formulação de algumas propostas, na primeira delas, e que se tornou majoritária nos tribunais pátrios é a da primazia do poder arbitral, cabendo

somente ao Poder Judiciário analisar quando for provocado em sede de pedido de anulação de sentença (MIURA, VIDAL, 2016, p.17).

Conforme analisado no tópico anterior, esta primeira proposta vem sendo seguida reiteradamente seguida pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados, corroborando com a estabilização e segurança jurídica ao Tribunal Arbitral e à instituição da Arbitragem em si.

Já a segunda proposta seria a de que o Tribunal Arbitral, ainda que possuidor de primazia de competência, vez que houvesse qualquer decisão, o Poder Judiciário já estaria apto a se pronunciar sobre o tema, sem a necessidade de se aguardar o encerramento do procedimento arbitral, podendo inclusive suspender o procedimento arbitral. (MIURA, VIDAL, 2016, p.17).

Nos parece que esta proposta não se adequa aos objetivos do procedimento arbitral e à forma com que o procedimento foi introduzido no país, visto que contribui unilateralmente para as medidas 'antiarbitragem' já aqui citadas, no qual a suspensão da arbitragem geraria uma postergação indefinida do procedimento até que o Poder Judiciário se pronunciasse, fugindo dos princípios norteadores do instituto, principalmente a celeridade e a autonomia.

Já a terceira proposta, vem como uma exceção à primeira, de modo que quando a invalidade se mostrar presente na convenção de arbitragem, e for cristalina, de fácil constatação e dispensando a dilação probatória, já poderia o Poder Judiciário analisar a validade (ou a falta de), antes do Tribunal Arbitral se pronunciar (MIURA, VIDAL, 2016, p. 18).

Ora, desde muito tempo os principais sistemas arbitrais do planeta vêm dando sinais de que o *Kompetenz-Kompetenz* não é absoluto, prova disso é o art. II, item 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958², que dispõe da seguinte redação:

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,

² Firmada em 10 de junho de 1958, a Convenção de Nova Iorque foi um importante marco para a aplicação da Arbitragem ao redor do mundo, fixando uma série de normas relativas ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais.

a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

A referida Convenção foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, demonstrando que ainda que se priorizasse a competência do Tribunal Arbitral, isto não poderia afastar toda e qualquer possibilidade das partes buscarem o Poder Judiciário em nenhuma situação até que fosse prolatada sentença arbitral.

Ora, imagine se as partes tivessem de despender dinheiro com custas da câmara, salário dos árbitros, honorários dos advogados, para, no fim, ser decretada a nulidade da cláusula compromissória sendo que a mesma já era cristalina e notória antes do início do procedimento arbitral. É nítido que isso somente atrapalharia a parte de boa-fé de reaver o seu direito.

Desta forma, alguns doutrinadores entendem ser possível a análise *prima facie* da convenção de arbitragem. Sobre esta análise nos leciona Maíra de Melo Vieira (2005, p. 374) que:

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que se está em presença de situação similar (muito embora distinta) à análise *prima facie* da convenção de arbitragem (que pode se dar pelo Poder Judiciário ou pela instituição administradora do procedimento arbitral, conforme o caso). Esta também pode levar, em alguns casos, se não à inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência, quando reste absolutamente evidente e inequívoca, ainda que mediante mera análise *perfunctória* (“*prima facie*”), a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem no caso concreto. (VIEIRA, 2005, p. 374)

Situação assim foi julgada pelo STJ, no qual o Tribunal reiterou ser adepto à primeira proposta, reconhecendo o *Kompetenz-Kompetenz* e sua importância. Entretanto, reconheceu situação exceção, onde, quando a invalidade possa ser detectada de maneira imediata e sem a necessidade de dilação probatória, a corte entendeu que poderia desde já analisar a validade da convenção arbitral.

4.2.1 Recurso Especial nº 1.602.076 – SP (Odontologia Noroeste Ltda. vs. GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda.)

Notório portanto, que a relativização do Kompetenz-Kompetenz sempre foi uma ativa discussão do cenário arbitral ao redor do mundo e não fora inaugurado pelo STJ neste julgado, ocorre que o mesmo trata-se de importante precedente para o nosso ordenamento jurídico, pois deverá vir a ser utilizado por diversos advogados que buscarão esquivar do procedimento arbitral a partir da tese fixada pela Corte Superior.

Ao analisar o processo em sede de Recurso Especial, têm-se a busca pela decretação da anulabilidade de contrato de franquia (que continha cláusula compromissória) por parte da recorrente. A Ministra Nancy Andrighi sintetizou muito bem os fatos a serem analisados no caso como sendo:

(i) Entender se as normas do CDC são aplicáveis a um contrato de franquia, pois, caso se aplicassem, ensejaria a aplicação do art. 51, VII do CDC, que veda e diz ser nula cláusula contratual que determina a utilização compulsória da arbitragem. Podendo assim, por força do referido Código, culminar na decisão de nulidade da cláusula arbitral, ensejando a competência do Poder Judiciário.

(ii) Se os contratos de franquia estariam sujeitos ao disposto na Lei Brasileira de Arbitragem, que preveem que em um contrato de adesão, a cláusula compromissória só teria eficácia nos casos de concordância ou iniciativa da parte aderente. Ou seja, entender se contratos de franquia se caracterizam como contratos de adesão.

(iii) Se havia a possibilidade do Poder Judiciário analisar a validade do compromisso arbitral em função do *Kompetenz-Kompetenz*, pois, dada a análise dos precedentes anteriores, ainda que houvesse discussão quanto á anulabilidade ou nulidade da cláusula compromissória, caberia ao Tribunal Arbitral decidir sobre.

Quanto à questão da aplicação ou não do CDC, entendeu-se, por meio de precedentes do STJ, que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos de franquia, pois entende-se que não há uma relação de consumo tutelada pelo Código, e sim um fomento econômico, com intuito de estimular atividades empresariais.

Entende-se, portanto, que em contratos de franquia não há uma relação de consumo, afastando assim, tanto o CDC, quanto seu artigo que poderia servir de base

para decretação de nulidade da cláusula arbitral mediante a utilização compulsória do instituto.

Já quanto ao entendimento, ou não, de incidência da Lei Brasileira de Arbitragem nos contratos de franquia, importante conhecermos os termos do art. 4º, §2º da Lei, vejamos:

Art. 4º (...) § 2º 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.

Logo, imprescindível que o STJ entenda se os contratos de franquia se encaixam na definição de contrato de adesão, visto que aí sim poder-se-ia ter uma discussão sobre a aplicação do artigo que anularia a cláusula caso o entendimento do STJ fosse positivo.

Para a formação de tal entendimento, a Ministra Nancy Andrichi se debruçou sob os ensinamentos de Carlos Alberto Carmona quanto à definição de contratos de adesão e na intenção do legislador ao inserir o dispositivo legal quanto à nulidade da convenção arbitral nesses casos.

Carmona define contrato de adesão como sendo aquele que é caracterizado pela desigualdade entre as partes, tratando-se de uma imposição. Logo, esse tipo de contrato pressupõe uma superioridade econômica por parte de um dos contratantes, e que este fixe unilateralmente as cláusulas, somente podendo o contratante mais “fraco” consentir ou não com estas, sendo a oferta “predeterminada, uniforme e rígida” (CARMONA, 2009, p. 106).

E que, a função do dispositivo da Lei Brasileira de Arbitragem relativo aos contratos de adesão, tem como função a de favorecer o contratante economicamente mais frágil, buscando assim evitar a imposição da arbitragem, fato que não coadunaria com um dos princípios basilares do instituto, que é autonomia de vontade das partes.

A partir do entendimento de Carmona, portanto, entendeu a Ministra e chancelou o Tribunal Superior, que o “contrato de franquia ou franchising é inegavelmente um contrato de adesão”. Sendo inadequado limitar os contratos de adesão apenas às relações consumeristas.

E que, ao se deparar com Lei Brasileira de Arbitragem, nota-se que além de estabelecer como regra o respeito à convenção arbitral, a legislação também criou formas de proteção ao aderente de contrato de adesão de discutir e se proteger de cláusulas que lhe forem impostas.

Portanto, o STJ fixou entendimento de que todos os contratos de adesão devem observar o disposto no art. 4º, §2º da Lei 9.307 de 1996. Tal entendimento portanto, no caso concreto, ensejaria uma nulidade da cláusula compromissória ali discutida, sendo necessário ao STJ decidir, por último, se ele mesmo teria competência para declarar tal nulidade, ou se somente caberia ao Tribunal Arbitral decidir, aplicando-se o *Kompetenz-Kompetenz*.

Neste ponto, entendeu o Tribunal que o princípio é passível de modulações, usando muito como base as doutrinas que ensejaram as propostas vistas anteriormente para a relativização do *Kompetenz-Kompetenz*, entendendo que neste caso seria possível aplicar a nulidade identificada *prima facie* pelo Poder Judiciário.

Logo, vendo-se diante de uma cláusula compromissória estabelecida unilateralmente em contrato de adesão, portanto celebrada em desrespeito às normas brasileira de arbitragem, e tendo-se em vista a hipótese de modulação dos efeitos do princípio *Kompetenz-Kompetenz* diante de cláusulas notoriamente nulas, o Superior Tribunal de Justiça entendeu como sendo possível que o mesmo decretasse a nulidade antes do Tribunal Arbitral se manifestar.

Deixando claro, entretanto que: “Como regra geral, a jurisprudência desta Corte Superior indica a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral.”. Asseverando a Ministra Nancy Andrichi em seu voto que trata-se de princípio indispensável para o fortalecimento da arbitragem no país.

Entretanto, entende a Ministra que a própria modulação do princípio as vezes é necessária para que ele seja mais bem acomodado em situações “limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral”. Logo, nos casos em que por meio de análise *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, claramente ilegal, pode-se declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Em nosso entendimento, acerta o STJ ao, entretanto, é necessário que se delimite de maneira taxativa as hipóteses de modulação do *Kompetenz-Kompetenz*, a fim de que se evite uma nova onda generalizada de ações buscando a relativização

do princípio com base neste julgado, que conforme vimos, demonstrou infração nítida e clara ao texto legal da Lei Brasileira de Arbitragem, não havendo espaço sequer para discussões quanto à violação ou não.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Arbitragem tem tido um árduo e longo caminho em busca de sua estabilização no cenário brasileiro, conforme visto no primeiro capítulo, o instituto sempre passou por muita discriminação e desconfiança até mesmo daqueles mais influentes e conhecedores do Direito no país.

Entretanto, inegável a contribuição dada pela promulgação da Lei Brasileira de Arbitragem, que conferiu aos Tribunais maior fundamentação na defesa dos princípios basilares arbitrais. Sendo um dos mais fundamentais, o *Kompetenz-Kompetenz*.

A fundamentalidade deste princípio se dá em sua função de guardião de diversos princípios inerentes à arbitragens e necessários para que se crie um ambiente passível de prosperar para o instituto, exemplos disso são o poder do árbitro, o respeito a autonomia da vontade das partes e da convenção arbitral, além de toda segurança jurídica.

A formação dos precedentes aqui analisados demonstra uma enormidade de casos de contestação a utilização da via arbitral, ao passo que muitos destes se utilizam de subterfúgios frágeis e com intuitos meramente protelatórios, tendo, recentemente agido muito bem o Superior Tribunal de Justiça ao determinar o *Kompetenz-Kompetenz* como regra e, ainda que já tendo entendimento sobre determinado assunto ou lide, opta corretamente por designá-los para sua resolução na Arbitragem.

Entretanto, o STJ, respeitando o posicionamento de diversos doutrinadores e a própria Convenção de Nova Iorque, admite a tese de o princípio não ser absoluto (e nem deve ser), atribuindo ao Poder Judiciário uma faculdade (e não uma obrigatoriedade) de julgar *prima facie* aquelas cláusulas que têm sua nulidade, invalidade e ineficácia cristalinas.

Por outro lado, nasce uma grande preocupação da comunidade jurídica arbitral de que estes precedentes signifiquem um retrocesso na compreensão e aplicação do princípio pela jurisprudência brasileira. É inequívoco que os advogados se utilizarão da tese para voltar a utilizar prática desestimulada pelo *Kompetenz-Kompetenz* das medidas 'antiarbitragem'. As ações judiciais que visam o reconhecimento de uma nulidade da cláusula compromissória, não tão cristalinas podem aparecer nos Tribunais pátrios com frequência maior.

A grande preocupação vem também com a grande dúvida: de que maneira os Magistrados entenderão este precedente?

Pois, importante alertar para o fato de que o “jurisprudência em teses” do STJ não vincula os tribunais inferiores, cabendo a estes também respeitarem a competência do instituto da arbitragem e do Tribunal Arbitral, evitando inclusive os incontáveis casos de conflito de competência levados à Corte Superior, que ensejaram a necessidade de se pacificar o entendimento nestes conflitos. Dando maior efetividade ao princípio da autonomia da vontade das partes e da celeridade processual, basilares do direito processual brasileiro.

Ademais, torna-se imprescindível que o STJ continue a ressaltar sempre a prioridade que vêm dando à aplicação do *Kompetenz-Kompetenz* à grande maioria dos casos e que seja enfático nas hipóteses de relativização destes como sendo situações extremamente específicas e de invalidades, nulidades e ineficácias explícitas.

Neste sentido, importantíssimo ressaltar o correto posicionamento de Arthur Mitsuo Miura e de Rodrigo Nasser Vidal (2016, p.22), que afirmam que só deve-se aplicar a modulação do *Kompetenz-Kompetenz* nas hipóteses em que a invalidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral seja taxativamente: “flagrante, ostensiva, manifesta, teratológica, óbvia, indiscutível e cuja dilação probatória seja totalmente desnecessária”.

Caso contrário, corre-se o risco de voltarmos aos tempos nebulosos da arbitragem no Brasil, aumentando a insegurança jurídica, a desconfiança geral e o desuso em torno do instituto.

6 REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula Compromissória: Aspectos Contratuais, In: Revista do Advogado: Contratos, ano XXXII, Edição nº 116, Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo. 2016.

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

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 425955 – MG. Agravante: GERMANO SUKADOLNIK E OUTROS, Agravado: BARU S/A PARTICIPAÇÕES E OUTROS. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 25 de fevereiro de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência 156.133 – BA. Agravante: Estado da Bahia, Agravado: DM Construtora de Obras LTDA. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 22 de agosto de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 150.830 – PA. Suscitante: AGRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A, Suscitado: CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL CANADÁ - CAM/CCBC c/c JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA CÍVEL E EMPRESARIAL DE BELÉM – PA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 10 de outubro de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira 120 - EX. Requerente: Levi Strauss de Espana SA, Requerido: GANADERIA BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACESSORIOS DE MODA LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 18 de dezembro de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses - nº 122/ ns. 3 e 4. Brasília, DF, 05 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Reclamação 36.459 – DF. Reclamante: ECOMETALS MANGANES DO AMAPA LTDA, Reclamado: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de setembro de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.602.076 – SP. Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda., Recorrido: GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 15 de setembro de 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.678.667 – RJ. Recorrente: VIK-SANDVIK DO BRASIL DESENHOS NAVAIS LTDA, Recorrido: VIK-SANDVIK DO BRASIL ENGENHARIA LTDA. Relator: Ministro Raul Araújo, 06 de novembro de 2018.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de jan. de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei 9.307/96, São Paulo: Editora de Direito, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tratado geral da arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Informativo Comentado 622-STJ. Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/informativo-comentado-622-stj.html>>. Acesso em: 11 abr. 2022

ELIAS, Carlos. O Árbitro, In: Curso de Arbitragem/Daniel Levy, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FINKELSTEIN, Claudio. Arbitragem no Brasil: Evolução Histórica, In: Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VI, n. X, 1º sem. Porto, Portugal: Editorial Juruá. 2020.

LEMES, Selma. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem, In: Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

MIURA, Artur Mitsuo; VIDAL, Rodrigo Cesar Nasser. A Relativização do Princípio Kompetenz-Kompetenz pelo STJ: Um breve comentário ao julgamento do Recurso Especial 1.602.076/SP, In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Edição 02, Paraná. 2016.

MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

PITOMBO, Eleonora Coelho. Os Efeitos da Convenção de Arbitragem In: Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XV, Ed. Forense, 1977.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de Arbitragem. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

STF declara que Lei da Arbitragem é constitucional. Consultor Jurídico, 2001. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional#:~:text=Por%20sete%20votos%20a%20quatro,STF%20nos%20%C3%BAltimos%20quatro%20anos.> Acesso em: 15 mar. 2022

VIEIRA, Maíra de Melo. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT. In Arnaldo Wald (Coord.). Revista de arbitragem e mediação. v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005.

WALD, Arnaldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado, Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, v. 5, São Paulo, RT, 2014.