

A IMPORTÂNCIA DO POSTULADO KOMPETENZ-KOMPETENZ E AS TEORIAS DE SUA RELATIVIZAÇÃO BASEADO NOS EFEITOS DE SUAS DIMENSÕES POSITIVA E NEGATIVA.

THE IMPORTANCE OF THE POSTULATED KOMPETENZ-KOMPETENZ AND THE THEORIES OF ITS RELATIZATION BASED ON THE EFFECTS OF ITS POSITIVE AND NEGATIVE DIMENSIONS.

Paulo Roberto Sales dos Reis¹

Cyntia Costa de Lima²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo geral analisar o postulado competência da competência e sua importância para o procedimento arbitral, visto que o mesmo se aquilata por ser a pedra de toque de todo o processo de jurisdição alternativa, aspira também correlacionar os efeitos da aplicação ou inaplicação de suas dimensões positivas e negativas, bem como analisar os efeitos de sua relativização pelo precedente em Recurso Especial criado pelo Superior Tribunal de Justiça. Em sua metodologia, o presente artigo fez uso do método hipotético-dedutivo pautado no historicismo crítico e teve sua síntese inspirada na ausência de consenso acerca da utilização do princípio ora mencionado, que por consequência lógica gera insegurança jurídica, ao passo que a ausência da uniformização da jurisprudência acerca do tema mitiga a independência do processo de arbitragem, transferindo ao juiz togado competência para analisar questões relativas a cláusula compromissória que em verdade deve ser do árbitro. O presente busca arrimo na literatura majoritária do tema, legislação do direito comparado, bem como as leis modelos.

ABSTRACT

This work has the general objective of analyzing the postulate competence of the competence and its importance for the arbitration procedure, since it is assessed because it is the cornerstone of the entire process of alternative jurisdiction, it also aspires to correlate the effects of the application or inapplication of its positive and negative dimensions, as well as to analyze the effects of its relativization by the precedent in Special Appeal created by the Superior Court of Justice. In its methodology, the present article made use of the hypothetical-deductive method based on critical historicism and its synthesis was inspired by the lack of

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden Educacional, Manaus, Amazonas, e-mail: psalesreis@hotmail.com

² Professora Orientadora: Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (2009); Mestrado em Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2012); Membro da Comissão de Meio Ambiente - Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Amazonas; Docente na Instituição de Ensino Superior Faculdade Martha Falcão Wyden Educacional, em Manaus, Amazonas, e-mail: cyntia.costa.lima@gmail.com

consensus about the use of the principle mentioned above, which logically generates legal uncertainty, while the absence of uniformity of the jurisprudence on the subject mitigates the independence of the arbitration process, transferring to the competent judge to examine issues related to the arbitration clause that must in fact be the arbitrator. The present research seeks the support in the majority literature of the theme, comparative law legislation, as well as the model laws.

1. Introdução

Arbitragem, consoante preleciona Carlos Alberto Carmona³, é mecanismo privado de solução de litígios, é o meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada. Deriva, portanto, da autonomia de vontade das partes “*qui pugnam*”, no ato em que pactuam, por meio do compromisso arbitral ou cláusula compromissória, a submissão ao procedimento em voga, dos litígios que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis que fortuitamente sucederem ao âmbito de determinada relação jurídica.

No caminhar dessa esteira, faz-se mister sobrelevar, de presto modo, uma conjuntura inolvidável para a história do procedimento arbitral, que sói de ser a falta de autonomia que cerceava a cláusula compromissória anterior ao advento a lei de Maciel – ou Lei de Arbitragem – em que tal pacto não era suficiente para que as partes fossem submetidas ao procedimento arbitral, dependiam de um posterior compromisso arbitral.

Essa mera promessa sem a força cogente que necessitava, servia de arrimo com veemente frequência à praticas dilatórias por parte daqueles aos quais oportuno era afastar o procedimento e para tanto, invocavam a nulidade do contrato como um todo, incluindo-se a cláusula arbitral, sob o manto do acessório seguir o principal, remetendo, via de consequência, a apreciação da lide ao Judiciário.

Ciente do manifesto, o legislador aquilatou ser necessário uma regência especial com relação à respectiva disposição, era elementar conceder a eficácia plena a sua utilização. Desse modo, surgiu a Lei nº 9.307/1996, que inovou em seu Art. 8º

³ **CARMONA**, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9307/96. São Paulo. Malheiros, 1998, p.43

ao dotar a cláusula de autossuficiência; previu, para os casos de defeito da mesma, uma ação judicial específica para a sua correção e consagrou em seu Parágrafo Único, o **princípio kompetenz-kompetenz**, o qual além da guarida nacional é previsto na Lei modelo da UNCITRAL em seu Art. 162, no Regulamento de Arbitragem da CCI, no Art. 1.040 do “*Zivilprozessordnung*” Alemão e em diversas legislações estrangeiras.

Com propriedade, a elevação do princípio em voga para um estado legal transformou-o, por excelência, na pedra de toque de todo o sistema arbitral, sem dúvidas, está entre os postulados mais significantes por seu conceito, que define a jurisdição dos árbitros em nível prático, no qual sem a existência do mesmo, a possibilidade material do próprio processo arbitral estaria em risco e a arbitragem deixaria de ser a maneira preferida de resolver disputas entre a comunidade empresarial internacional.

Isso ocorre justamente em face ao fato de o próprio julgador arbitral ter por prerrogativa o poder de decidir sobre a jurisdição e analisar sua própria competência, até mesmo nos casos em que se declara incompetente frente à determinada demanda, tem a competência para fazê-lo. A priori parece ser antitético ou apenas uma assertiva dedutiva empiricamente, no entanto, mais fundo é ao que realmente parece.

Com maestria e brilhantismo, Sanders (2016) afirma que na falta de autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato⁴o principal, o árbitro que admite a nulidade do contrato principal deveria *ipso jure* negar a sua competência, de tal forma que não poderia decidir sobre o mérito da causa, nem pronunciar a nulidade constatada. Deparar-se-ia face a um impasse que só seria resolvido através de um novo processo perante o tribunal judicial. A autonomia da cláusula e o princípio *kompentz-kompentz* significa que mesmo verificada a invalidade do contrato, o árbitro não perde por este motivo a sua competência.

Isso faz com que aquele julgador seja competente para analisar questões relativas a existência, validade, eficácia da cláusula compromissória e sua competência. Em face disso, irradiam-se dois efeitos concernentes ao que se ensaia

⁴ SANDERS, Pieter, Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, La Haye, 1999, p. 33, apud VIDAL, Rodrigo César. A relativização do princípio Kompetenz-Kompentz pelo STJ. 2016, pag.10

neste que soem de ser os efeitos positivos e negativos do postulado competência da competência.

Por fim, o surgimento da arbitragem adveio de uma necessidade de maior celeridade em se obter um provimento à lide submetida a apreciação, muitas vezes essas lides ocorrem entre parceiros comerciais de longa data que não tem por pretensão a ruptura comercial, mas tão somente a resolução de um problema em específico. O já tão saturado Poder Judiciário, além de não ter a expertise necessária, falha também em ser tempestivo ao que se pretende.

Com o emergir desse procedimento alternativo, preferido por lides empresariais, procura-se cada vez mais garantir a sua autonomia, de modo a se obter maior segurança no seu proceder. O postulado competência com competência surge como uma blindagem jurídica a qualquer protelação de má fé e garante a independência do árbitro no desenvolver de seus trabalhos, muito embora não o faça de maneira plena.

2. Medidas Anti-arbitragem

Medidas anti-arbitragem ou “*anti-suit injunctions*” são termos utilizados para designar ações de ordem contra um processo, utilizadas com vistas a sancionar manobras de uma das partes ou censurar jurisdições que aleguem competência em litígio, em detrimento de jurisdição diversa comprovadamente competente, são práticas, em predominância, descontinuadas no direito pátrio que em sua grande maioria tinha por escopo atrapalhar o andamento de procedimento arbitral, procrastinar a solução do litígio, utilizar-se por motivos subjetivos da jurisdição estatal ou oferecer resistência à execução de sentença já proferida por árbitro.

Com efeito, observa-se com uma certa predominância nas exordiais de que tratam tais ações, as alegações ao arrazoado de nulidade da convenção arbitral ou eventual não possibilidade de arbitrar o conflito de interesses submetido à apreciação, conflitando com os postulados em voga, da autonomia da convenção de arbitragem e ao próprio *kompetenz-kompetenz*. Em muito desses pontos, a Lei de Maciel colocou um ponto final, ao prever expressamente a independência da cláusula compromissória de arbitragem.

Ocorre que, tendo em vista o atual panorama jurídico acerca da relativização do postulado em voga, surge a nebulosidade quanto as situações em que o será afastado por meio do poder judiciário, o qual tem se posicionado no sentido de afastar a jurisdição arbitral em casos de nulidades na cláusulas compromissórias apercebidas “*prima facie*”, possibilitando que jurisdições estatais intervenham na arbitragem por meio das ações em voga, suspendendo o procedimento e proibindo a instalação do instituto em eventual lide. Nesse sentido, preleciona Celso Jefferson⁵:

Como demonstrado neste pequeno estudo, as *anti-suit injunctions* têm como objetivo impedir que uma das partes de um litígio começasse ou continuasse com ações na justiça estatal em clara violação a uma cláusula compromissória contratual. Dentro do âmbito estudado da arbitragem, as “*anti-suit injunctions*” podem ser exaradas tanto a favor como contra daquela. A favor ocorre nos casos nos quais uma das partes ingressa com a ação em jurisdição estatal estrangeira, caso no qual o Tribunal Arbitral ou até mesmo um tribunal estatal proferirá uma “*anti-suit injunction*” para que a ação judicial em questão seja suspensa até que haja a prolação da aguardada sentença arbitral. O juiz estatal também pode proferir uma “*anti-suit injunction*” a favor da arbitragem então instalada, em todo momento que uma violação contratual for verificada. Nesses casos, as partes celebraram um contrato que possui uma cláusula compromissória, no entanto, uma das partes ao surgir o litígio procura a jurisdição estatal estrangeira de modo que seus interesses sejam atendidos, porém em total dissonância e desrespeito à cláusula arbitral.

3. Dimensões do Princípio Kompetenz-Kompetenz

3.1 Dimensão Positiva

A dimensão positiva a que nos referenciamos trata-se do efeito causado pelo postulado em estudo, em que precisamente consiste na atribuição do juiz arbitral em apreciar a validade da convenção que os deputa julgador. Significa que decidem sobre a sua própria competência.

Conforme ensinamentos de Emmanuel Gaillard⁶:

⁵ **PAGANELLI**, Celso Jefferson Messias. Anti-suit injunctions na mediação e arbitragem. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011.

⁶ **ANCEL**, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da competência-competência”. Revista brasileira de arbitragem, São Paulo, a. 2. n. 6. abr-jun. 2005, p. 52.

“O princípio permite [aos árbitros] decidir sobre qualquer ponto relacionado à existência, validade ou escopo de um compromisso arbitral, sem serem considerados culpados por examinarem tais aspectos ao tempo em que a competência, a qual ela mesma se funda no compromisso arbitral, ainda não tinha sido estabelecida. Adicionalmente, onde necessário, o princípio permite que árbitros se declarem incompetentes através de uma sentença arbitral, a qual não será considerada uma aberração”

Este efeito deriva da conjunção da autonomia da cláusula compromissória e do princípio em voga, de modo que é a pedra de toque para garantir a independência ora mencionada e a segurança jurídica do procedimento arbitral, ao passo que, por excelência, impede que a parte se valha de medidas antiarbitrais. É de todo interessante o fato do árbitro poder sanar dúvidas sobre sua própria competência, que em casos de provimento positivo, ou seja, nos casos de sua incompetência, podem declará-la com validade em sentença.

O mesmo não poderia acontecer sem o manto de tal dimensão, como ter por válido uma sentença prolatada por árbitro incompetente? Se não tem competência, não pode exarar manifestação terminativa no procedimento, pois o seria nulo de pleno direito. No entanto, por consequência lógica do efeito positivo, é possível a prolação de sentença por juiz arbitral incompetente.

O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL⁷ prediz de modo cristalino o efeito positivo do postulado em estudo em seu Art. 23. Contudo, falha ao passo que adota uma posição mais conservadora quando a dimensão negativa, a seguir:

“The arbitral tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null shall not entail automatically the invalidity of the arbitration clause. [...]”

3.2 Dimensão Negativa

⁷ “The UNCITRAL Arbitration Rules have become the most widely accepted procedure for ad hoc arbitrations”. VALDES, Juan Eduardo Figueroa. cit., p. 146.

A dimensão negativa do postulado “*compétence de la compétence*”, encontra arrimo em uma expressão controvertida do conceito⁸, se no efeito positivo há uma ampla aceitação e reconhecimento, o mesmo não ocorre com esta. “de sua função negativa, o princípio não se beneficia – ou ainda não – do grau de aceitação que desfruta sua função positiva”⁹.

Com efeito, a dimensão negativa, por excelência, é controvertida, pois, se ora a positiva é relativa ao árbitro, aquela faz referência ao juízo estatal, e por ser oponível para tal, são profícuas as discussões sobre o conflito de competência entre ambos.

Ao passo que encalistra o juízo do estado, a dimensão negativa do competência da competência subscreve-se no liame entre a arbitragem e o poder judiciário, “parecendo afirmar uma autonomia, uma independência que não será somente aquela da convenção de arbitragem, mas que será de forma mais radical aquela da própria arbitragem”¹⁰

Em uma interpretação mais filosófica acerca da dimensão negativa, a doutrina dita que nesse ponto faz-se presente o grande paradoxo da arbitragem, de modo que “busca a cooperação das próprias autoridades públicas das quais deseja se libertar”¹¹

De importância fundamental, e bastante sucinta, a análise do professor Gaillard acerta o alvo:

“A questão é, com efeito, sobre o timing: na medida em que os tribunais [estatais] são competentes para rever a existência e validade da convenção arbitral e a decisão dos árbitros em relação a sua [própria] jurisdição, deveriam eles ser autorizados a decidir imediatamente sobre qualquer contestação à jurisdição dos árbitros mediante requerimento de uma parte, ou deveriam os árbitros ser autorizados a exercer primeiro o seu poder de decidir sobre sua própria jurisdição?”¹²

Traduz-se, portanto, na primazia da jurisdição arbitral em relação ao juízo estatal no saneamento e conhecimento de questões relativas a regularidade da

⁸ **GAILLARD**, Emmanuel. The negative effect of competence-competence, p. 259

⁹ Original: “Dans cette fonction négative, le principe ne bénéficie pas – ou pas encore – du degré d’acceptation dont il jouit dans sa fonction positive.” in: **GAILLARD**, Emmanuel. L’effet négatif de la compétence-compétence, Op. cit., p. 390.

¹⁰ **ANCEL**, Bertrand. Op. cit., p. 55.

¹¹ **PAULSSON**, Jan. Arbitration in three dimensions (January 13, 2010). LSE Legal Studies Working Paper n. 2/2010.

¹² **GAILLARD**, Emmanuel. The negative effect of competence-competence, p. 258

convenção de arbitragem. Em suma, a irradiação desse efeito faz com que o tribunal estadual se abstenha de apreciar e proferir manifestações em matéria de competência do árbitro enquanto este não o tiver feito.

Por fim, não significa a exclusividade da jurisdição, mas tão somente a expressão de preferencia do árbitro em detrimento do estado. Tão logo seja a análise por aquele, as cortes estatais poderão apreciar, em caso de provocação pelas partes, o feito, nos termos do Art. 33 da Lei de Arbitragem.

4. O Postulado “*Kompetenz-Kompetenz*” no âmbito do Direito Comparado.

Com efeito, aquilato por essencial analisar o espectro jurídico do tema em voga no direito comparado, com vistas a entender o caminhar evolutivo da independência do procedimento arbitral, que decorre predominantemente à cláusula *Kompetenz-kompetenz* e sua autonomia em face de jurisdições estatais.

4.1 Direito Francês

De início, o tratamento francês consagra de modo cristalino o seu caráter pró-arbitragem, legitimando de modo claro o princípio competência-competência em seu “*Nouveau Code de Procédure Civile*”, o qual leva em consideração o âmago do procedimento arbitral para reconhecer a “*function juridictionnelle*” exercida por aqueles investidos na competência de julgar a lide, o que se traduz em a jurisdição estatal declarar-se incompetente quando diante de um litígio formado em virtude de convenção de arbitragem, tal situação é prevista no Art. 1.458 do Cânone ora mencionado:

Art. 1.458 - A partir do momento em que um litígio pelo qual um tribunal arbitral é formado em virtude de uma convenção de arbitragem é levado diante da jurisdição estatal, esta deve declarar-se incompetente.

A partir do momento em que um litígio pelo qual um tribunal arbitral é formado em virtude de uma convenção de arbitragem é levado diante da jurisdição estatal, esta deve declarar-se incompetente. Se o tribunal ainda não estiver

formado, a jurisdição deverá da mesma forma declarar-se incompetente a menos que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula.¹³

É latente o tratamento favorável dado pela legislação francesa ao princípio da competência, apontando para a congeminação da jurisdição estatal em um regime extra estatal. A seguir, a literalidade do Art. 1.466 do mesmo diploma processual francês:

Art. 1466 - Se, perante o árbitro, uma das partes contestar no seu princípio ou na sua extensão o poder jurisdicional do árbitro, compete a este último decidir sobre a validade ou os limites da sua investidura.¹⁴

4.2 Direito Alemão

O “*Zivilprozessordnung*”, Direito Processual Alemão traz a previsão em seu Art. 1.040, que prediz:

“O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, inclusive sobre qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória integrada num contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato¹⁵.”

Fica claro que na abordagem germânica é reconhecido o poder do árbitro para decidir acerca de sua competência, aferindo-se para tanto, uma previsão expressa de sua dimensão positiva. No entanto, a contraparte negativa não encontra arrimo nessa legislação, que em termos práticos, permite a intervenção do juízo estatal a qualquer tempo, antes mesmo de haver uma prolação de sentença arbitral.

¹³ **Nouveau Code de Procédure Civile** francês, art. 1458: “*Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer compétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.[...]*”

¹⁴ **Nouveau Code de Procédure Civile** francês, art. 1.466: “La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.”

¹⁵ Redação original: Zivilprozessordnung, §1.040: Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. Hierbei ist eine Schiedsklausel als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln.

Park¹⁶, apud Stocco (2014), ao analisar o código em voga, elucida com brilhantismo:

“No cenário atual, o judiciário alemão não apenas recuperou a prerrogativa de ter a última palavra sobre a competência do tribunal arbitral, mas também conservou a possibilidade (bastante evidente) de ter a primeira palavra”

Esse cenário representa para o procedimento arbitral um retrocesso para essa nação, pois nem sempre gozou desta afronta à segurança do meio de solução privados de conflitos, sobreveio com a reforma do código, em 1998, influenciada pela lei-modelo e a Convenção de Nova Iorque. Anterior ao feito, o regime em vigor era o caráter absoluto da autonomia das partes, uma festa escolhido o afastamento do juízo estatal, o mesmo prevalecia.

4.3 Direito Português

Direito Português, no artigo 21º, nº 1 da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, sobre a Arbitragem Voluntária, (LAV), consagra o princípio da competência-competência nos seguintes termos:

“O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção¹⁷”.

4.4 Convenção de Nova Iorque

É inegável que a Convenção de Nova Iorque¹⁸, de 1958 cooperou⁶² com a arbitragem internacional no sentido de prover mecanismos uniformes para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

¹⁶ **PARK**, William W. The arbitrator's jurisdiction to determine jurisdiction. Kluwer Law International, 2007. P. 96.

¹⁷ Lei n.º 31/86, de 29 de agosto, artigo 21º, nº 1.

¹⁸ **GAILLARD**, “The development of international arbitration Law has unquestionably benefited from the vast acceptance of the 1958 New York Convention”. in: GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence, p. 257

O Tratado consigna a previsão do princípio da competência da competência em seu Art. 2º:

“O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável¹⁹.”

Cabe aqui breve menção ao que observou o professor Carmona²⁰ sobre a redação do dispositivo, quanto à forma da convenção arbitral:

“O tratado adotou o conceito de convenção arbitral ao estabelecer que basta um acordo escrito pelo qual as partes se obriguem a submeter à arbitragem todas ou algumas das controvérsias surgidas ou que venham a surgir entre elas relativamente a uma relação jurídica definida, contratual ou não, concernente a matéria arbitrável, para que o juiz togado de qualquer dos Estados contratantes dê-se por incompetente para solucionar a disputa. A regra formal que o Tratado de Nova Iorque estabelece para a convenção de arbitragem reside apenas na necessidade de ser o compromisso ou a cláusula celebrada por escrito: significa isso que os contratantes podem estabelecer validamente a obrigação de se submeter à arbitragem um litígio (atual ou futuro) através da troca de telegramas ou por via epistolar, sendo despendida a assinatura de instrumento contratual pelos contratantes.”

5. Teorias de relativização do Princípio “Competência da Competência”

A jurisprudência pátria, consoante já demonstrado, consolidou o entendimento que o árbitro dispõe de primazia para analisar questões afetas a validade, existência e eficácia da cláusula compromissória. No entanto, casos específicos merecem atenção especial, tratam-se daqueles em que o postulado em estudo possa causar prejuízo às partes, decorrente, principalmente de patologia inequívoca naquela cláusula. E se, *prima facie*, pudesse a jurisdição estatal constatar tal nulidade, qual a providência correta a ser feita? É necessária a remissão do procedimento ao juiz arbitral em respeito ao princípio da competência ou poderá, de ofício declarar a nulidade do feito?

¹⁹ Convenção de Nova Iorque de 1958, Artigo 2º.

²⁰ **CARMONA**, Carlos Alberto. Op. cit., p. 98.

A cláusula compromissória patológica é aquela em que não foram atendidos os requisitos de validade formal para sua efetiva celebração, como exemplo, o artigo 4º, §2º da Lei de Maciel estipula que:

“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.”

Trata-se, portanto, de uma preleção legal de caráter cogente, requisito *sine qua non*, indispensável para a efetiva adequação do instrumento. É cristalino, portanto, que a sua ausência nulifica a cláusula como um todo, é latente, clara, inquestionável, que prescinde de dilação probatória para sua constatação, é *prima facie*.

Dessa forma, surgem as teorias que buscam responder o questionamento ora indagado. A previsão legal e de majoritária adoção aponta no sentido da primazia do árbitro, denegar os efeitos negativos de sua competência, em caráter subsidiário, ou seja, o juiz arbitral deverá analisar as lides concernentes a existência, validade e eficácia da cláusula, devendo dar prosseguimento no procedimento arbitral. Havendo irresignação pela parte oposta, após o feito, e acionado o juízo estatal, este poderá apreciá-lo. Veja que não há exclusividade da jurisdição privada, apenas sua preferência na análise do feito.

A segunda proposta é a de que o juiz arbitral continua por ser a autoridade a examinar preliminarmente as indagações suscitadas pelo conveniente quanto as patologias, acontece que tão logo haja a resolução deste ponto específico, poderá o juízo estatal intervir e analisar o feito, podendo, para tanto e se entender por necessário, suspender o andamento do processo até o encerramento das dúvidas quanto a legalidade do compromisso ora firmado.

Na linha de seguimento, há a corrente, exceção da doutrina, que defende a intervenção imediata da jurisdição pública tão logo quanto seja a constatação da situação ora narrada, que sói de ser, a patologia *prima facie*, em que não há necessidade de dilação probatória, ante a irregularidade a saltar os olhos que o despraz.

Por fim, assinalam os defensores desta tese, que o estado poderá apreciar a validade da convenção de arbitragem mesmo antes do árbitro se pronunciar.

É cristalino que a segunda e última teorias qualificam-se como temerosas ao tempo que reptam e denegam a latente independência do árbitro ao decidir sobre sua própria competência, a derrogação absoluta de competência do árbitro ao permitir o juízo estatal que analise o feito de modo a desprestigiar o postulado Kompetenz-kompetenz é permitir a abertura para o retorno das medidas protelatórias, em que basta suscitar a invalidade da cláusula perante a justiça para que todo o procedimento seja suspenso.

Nesse sentido, a preleção de Miura (2016):

“A segunda e a última proposta, embora sugeridas por pesos pesados da doutrina arbitralista, nos parece, não podem prosperar. Primeiro porque permitir que a parte recorra ao Judiciário para se insurgir contra decisão do árbitro sobre a validade da convenção de arbitragem antes de uma sentença, significaria a supressão da competência do árbitro, ao passo que poderia ele, até a prolação da sentença, mudar de ideia sobre sua decisão (salvo nos casos de uma sentença parcial de jurisdição). Segundo, porque a busca ao Judiciário antes de uma sentença arbitral poderia resultar em decisões conflitantes que trariam incertezas quanto a eventual cumprimento. Terceiro, porque contraria a sistemática prevista no art. 20, parágrafo 2 da Lei 9.307/96. E por último, ainda que se entenda sensata a decisão de suspender a arbitragem até que o Judiciário decidisse sobre o tema, significaria a possibilidade de utilização da medida com intuito protelatório. À parte recalcitrante bastaria alegar uma invalidade perante o Judiciário para conseguir suspender a arbitragem, justamente aquilo que o kompetenz-kompetenz tem o objetivo de evitar²¹.”

A relativização do postulado, bem como a expressão material de seus efeitos, pode ser vista no julgamento do Recurso Especial nº 1.602.076 pelo Superior Tribunal de Justiça, a seguir, em ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE

²¹ MIURA, Mitsuo. A relativização do princípio kompetenz-kompetenz pelo STJ: um breve comentário ao julgamento do Recurso Especial nº 1.602.076/SP

DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.
2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às Regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.
3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR Edição 02 - Dezembro de 2016 como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.
4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. (Grifo nosso)
5. Recurso especial conhecido e provido²²

6. Considerações finais

A melhor solução nos parece ser a que reconhece a dualidade dimensional do postulado, de modo a conceder o exame prévio de questões relacionadas a questões acerca da validade, existência e eficácia da convenção ao árbitro que, por excelência, o compete, podendo, em decorrência da inafastabilidade do poder judiciário, a apreciação pelo mesmo, após a sentença, em sede recursal.

Apesar de ser a atual interpretação do Superior Tribunal de Justiça, não aquilatamos por adequado o exame “*prima facie*” pelo poder judiciário, a análise prévia deve se ater ao árbitro, isso garante independência ao procedimento arbitral e afasta a incidência de ações antiarbitrais.

²² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1602076 / SP. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/09/2016. Julgado em 15/09/2016)

Há que se falar, por oportuno, que o princípio competência da competência não é absoluto, e essa assertiva se materializa no caso em voga quando se denota da ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Nova Iorque de 1958, que assim dispõe:

“O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

Com efeito, esse posicionamento não é de defesa inédita na doutrina, já que em meados de 2003 foi proferida por Emmanuel Gaillard, no III Congresso Internacional de Arbitragem Comercial, que assentia quanto a possibilidade de o juiz togado declarar a nulidade de convenção quando do reconhecimento *prima facie* de alguma nulidade. Carmona, no caminho da esteira daquele, preleciona que:

“...poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitra que diga respeito à questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contraentes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral²³”.

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

É nebuloso e preocupante a interpretação a ser dada pelos juízes togados ao conceito de *prima facie*, em decorrência desse precedente, qual a interpretação que irá se aperfeiçoar em face desse julgamento? Miura faz uma ponderação acerca disso:

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

²³ **CARMONA**, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2019.

flagrante, ostensiva, manifesta, teratológica, óbvia, cuja dilação probatória seja totalmente desnecessária, os estragos serão minimizados²⁴.”

Se outro for o entendimento, será latente o retrocesso ao procedimento arbitral, que terá por mitigada uma parcela de sua independência, via de consequência, majorando a insegurança jurídica.

²⁴ **MIURA**, Mitsuo, op. Cit. p. 22

7. Referências Bibliográficas

ALEMANHA. Zivilprozessordnung. Disponível em: http://www.gesetzeim-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

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

ANCEL, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da “competência-competência”. Revista brasileira de arbitragem, São Paulo, a. 2. n. 6. abr-jun. 2005.

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

BOISSESSON, Mathieu de. As anti-suit injunction e o princípio da competência-competência. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, a. 2, n. 7, out-dez, 2005.

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

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013: mediação e conciliação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

FOUCHARD, Phillipe; **GAILLARD,** Emmanuel; **GOLDMAN,** Berthold. Traité de l'arbitrage commercial international. Paris, Litec, 1996.

GAILLARD, Emmanuel. L'effet négatif de la compétence-compétence, in Etudes de procédure et d'arbitrage em l'honneur de Jean-François Poudret. Lausanne: Univ. Lausanne, 1999.

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

PARK, William W. The arbitrator's jurisdiction to determine jurisdiction. Kluwer Law International, 2007.

PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions (January 13, 2010). LSE Legal Studies Working Paper n. 2/2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1536093>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

SANDERS, Pieter, Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, La Haye, 1999, p. 33, apud VIDAL, Rodrigo César. A relativização do princípio Kompetenz-Kompetenz pelo STJ. 2016, pag.10

TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 13.

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

UNCITRAL. Arbitration Rules. As revised in 2010. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rulesrevised-2010-e.pdf>. Acesso em: 23 de setembro de 2018

WALD, Arnaldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, a. 6. n. 22, out-dez. 2003. In: MARTINS, Pedro Batista. Poder Judiciário. Princípio da autonomia da cláusula compromissória. 58 Princípio da competência-competência. Convenção de Nova Iorque. Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória. Determinação da lei aplicável ao conflito. Julgamento pelo Tribunal Arbitral. Parecer. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, a. 2. n. 7. out-dez. 2005.