18

Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil

*Eleonora C. Pitombo**

"O verdadeiro fundamento da regra de competência-competência está na relação que cada ordem jurídica estatal estabelece entre a autoridade jurisdicional de seus tribunais e a autoridade jurisdicional dos árbitros."

Bertrand Ancel[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. Autonomia e efeitos da convenção de arbitragem – fundamento, constitucionalidade e limites. 2.1 Da autonomia da cláusula compromissória. 2.2 Dos efeitos positivo e negativo da convenção arbitral – da atribuição de competência aos árbitros para se manifestarem sobre sua própria competência e impedimento de manifestação, *a priori*, do juízo estatal a esse respeito – *Kompetenz-Kompetenz*. 2.3 Do Fundamento da regra *Kompetenz-Kompetenz*. 2.4 Da constitucionalidade e limites da regra do *Kompetenz-Kompetenz*. 3. Jurisprudência e aplicação prática do princípio *Kompetenz-Kompetenz*. 4. Conclusão.

1 Introdução

Os efeitos atribuídos por determinada ordem jurídica à convenção de arbitragem – que dizem respeito à competência dos árbitros para decidirem sobre

* Advogada em São Paulo. Pós-graduada em Contencioso, Arbitragem e Modos Alternativos de Solução de Conflitos pela Universidade de Paris II – Panthéon-Assas.

[1] Excerto do relatório da palestra proferida por Bertrand Ancel no IV Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem, realizado em Curitiba em 14 de setembro de 2004 e publicado na *Revista Brasileira de Arbitragem*, volume 6, abr./maio/jun. 2005, Thomsom IOB e Cbar, p. 55.

sua própria competência e o impedimento, *a priori*, do juiz togado em apreciá-la – seus limites e conseqüências, é dos temas mais interessantes e importantes do direito arbitral e também dos mais controvertidos entre seus estudiosos.[2]

Internacionalmente reconhecido como *Kompetenz-Kompetenz*, mesmo que tal terminologia seja considerada inadequada por parte da doutrina internacional,[3] a atribuição dos efeitos, positivo e negativo,[4] à convenção de arbitragem constitui, a nosso ver, uma das molas propulsoras do desenvolvimento da arbitragem em certo Estado.

Isto porque, prestigia a autonomia da vontade das partes, evitando alegações infundadas de nulidade da convenção arbitral[5] com manobras procrastinatórias e até mesmo inviabilizadoras da arbitragem.

Como se buscará demonstrar neste artigo, a negação de aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, a possibilidade de o juízo togado vir a apreciar – antes e em detrimento dos árbitros – alegação de uma das partes quanto a pretensas nulidades da convenção de arbitragem seria atentar não somente contra a autonomia da vontade das partes (presumivelmente livre e licitamente manifestada), mas também contra a presunção de idoneidade da própria arbitragem, retirando daqueles que a elegeram toda a segurança jurídica.[6]

---

[2] A esse respeito Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman asseveraram: "*Le principe qui reconnaît aux arbitres compétence pour statuer sur leur propre compétence, dit principe de "compétence-compétence", est l'un des plus importants mais également l'un des plus délicats de l'arbitrage international. Il a donné lieu à de nombreuses controverses et à de profonds malentendus et, sous une apparance d'unanimité – la plupart des droits y faisant aujourd'hui référence continue de faire l'objet de divergences importantes entre les systèmes juridiques.*" (In: *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Editions Litec, 1996, p. 409).

[3] Nesse sentido, a opinião de Robert Briner que critica a utilização generalizada do *kompetenz-kompetenz* já que, na Alemanha, a expressão significa poder de decidir sobre sua própria competência em última instância e sem qualquer recurso; e/ou controle do Poder Judiciário. (In: **ICCA International Handbook on Commercial Arbitration**, 1991, p. 23 ss).

[4] A simples, porém, eficiente definição desses efeitos trazida por Henri-Jacques Nougein, Yves Reinhard, Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier, André Boyer e Philippe Genin é esclarecedora: "*Ce principe produit em premier lieu um effet positif: l'arbitre peut se prononcer lui-même sur sa compétence lorsque cette dernière est contestée. [...] Quant à l'effet négatif de la règle de compétence-compétence, il interdit au juge étatique de connaître d'une action tendant à l'annulation d'une convention d'arbitrage, et la juridiction étatique doit plus généralement s'abstenir de recevoir toute contestation relative à la compétence du tribunal arbitral, tant que ce dernier ne s'est pas prononcé lui-même sur cette question.*" (In: *Guide Pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Paris, Lexis Nexis Litec, 2004, p. 129).

[5] Acerca da possibilidade da convenção da arbitragem estar verdadeiramente viciada, sustenta Bertrand Ancel, op. cit., p. 54, que estatisticamente é a hipótese mais improvável.

[6] A esse respeito o professor Edoardo Ricci asseverou: "*As teses restritivas acerca da competência e dos poderes dos árbitros, como as teses favoráveis às intervenções do Poder Judiciário na arbitragem, com a finalidade de controle, escondem, às vezes, implícita premissa ideológica: a idéia de certa superioridade da jurisdição estatal sobre a jurisdição privada, exercitada (com efeito equivalente, por força do art. 31 da Lei de arbitragem) pelos árbitros.*" (In: *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 66)

Felizmente a Lei nº 9.307/96, a exemplo dos países em que a arbitragem é instituto consolidado e desenvolvido,[7] adotou de forma irrestrita o princípio *Kompetenz-Kompetenz*,[8] ou seja, houve por bem atribuir aos árbitros a apreciação de sua própria competência – aí incluída a análise da arbitrabilidade objetiva e subjetiva do litígio – e de todas e quaisquer alegações de validade e eficácia tocantes à convenção de arbitragem.

A consagração do princípio *Kompetenz-Kompetenz* pela Lei Marco Maciel suscitou e ainda enseja debates entre doutrinadores sobre seu acerto, limites[9] e até mesmo constitucionalidade.[10]

No âmbito da jurisprudência nacional o debate acerca dos fundamentos de tal princípio foi travado de forma indireta[11] na oportunidade em que se discutiu a constitucionalidade dos dispositivos que tornaram vinculantes e obrigatórias a cláusula compromissória, afastando do Poder Judiciário a apreciação do litígio, nos termos do artigo 267, inciso VII do Código de Processo Civil.

Todavia, as discussões e decisões especificamente a respeito da aplicação e extensão do princípio *Kompetenz-Kompetenz* restam ainda tímidas em sede judicial nacional.

O presente estudo analisará as questões mais polêmicas sobre o princípio *Kompetenz-Kompetenz* discutidas pela doutrina e tribunais estrangeiros, assim como pela doutrina brasileira e por algumas das poucas decisões judiciais proferidas sobre o assunto no Brasil.

---

[7] Citamos a França como líder que adotou tal princípio tanto para as arbitragens nacionais como internacionais. Confiram-se os artigos 1.466 e 1.495, do Novo Código de Processo Civil francês.

[8] O artigo 8º da lei dispõe: "*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.***"

[9] Carlos Alberto Carmona sugere que a aplicação de tal princípio seja atenuada no caso de processos arbitral e judicial paralelos entre as mesmas partes, nos quais se disputem, entre outros, a validade e eficácia da convenção de arbitragem. Sua sugestão é a de que seja suspenso o procedimento arbitral até que haja decisão judicial a respeito da validade e eficácia da convenção de arbitragem, já que controle final caberá ao juízo togado. In: *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96,* 2. ed., São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 161). Ousamos discordar de tal sugestão, eis que, no nosso entendimento, contraria o disposto no parágrafo único do artigo 8º, da Lei de Arbitragem. Admitir a adoção da sugestão do ilustre professor seria o mesmo que admitir uma prejudicial apta a satisfazer o interesse protelatório de alguns em detrimento do direito de ação perante o juízo arbitral.

[10] Edoardo Ricci cita em sua obra op. cit., p. 52 a opinião de José de Albuquerque Rocha que sustenta tese de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 8º da Lei Brasileira de Arbitragem.

[11] Clávio de Melo Valença Filho afirmou: "*O problema da eventual incompatibilidade entre os efeitos negativos da convenção de arbitragem e o princípio constitucional do monopólio judiciário da prestação jurisdicional se confunde com aquela categoria de argumentos genéricos contrários à constitucionalidade do próprio instituto arbitral.*" (In: *Poder Judiciário e Sentença Arbitral de Acordo com a Nova Jurisprudência Constitucional*, Curitiba, Juruá Editora, 2003, p. 60)

O intuito é demonstrar que a aplicação do mencionado instituto, tal como previsto em nossa legislação, representa importante pilar para consolidação da arbitragem como modo eficaz de solução de conflitos, inserindo o Brasil como *player* efetivo nas relações internacionais.[12]

2 Autonomia e efeitos da convenção de arbitragem – fundamento, constitucionalidade e limites

2.1 Da autonomia da cláusula compromissória

Os efeitos negativos e positivos da cláusula compromissória previstos no parágrafo único, do artigo 8º, da Lei Marco Maciel, estão intimamente relacionados com autonomia que lhe confere o *caput*[13] do mesmo artigo.

O legislador brasileiro, seguindo os passos das legislações modernas e das convenções internacionais sobre o tema, revestiu a cláusula compromissória de autonomia quanto ao contrato em que estiver inserida.

Isto quer dizer que as eventuais nulidades do contrato em que a cláusula compromissória tiver sido estipulada não a contaminam num primeiro momento, ou seja, mesmo diante da alegação de nulidade do contrato e da cláusula compromissória, o litígio deverá ser submetido à arbitragem, cabendo aos árbitros decidir acerca de tal pretendida nulidade.

E nem poderia ser diferente, pois, caso contrário, a arbitragem seria letra morta, eis que a grande maioria dos litígios fundamentam-se em questionamentos sobre a validade dos contratos.[14]

Pressupõe-se, como premissa dessa regra, que contrato e cláusula compromissória sejam acordos autônomos,[15] apenas instrumentalmente unificados, fazendo valer a vontade original das partes de submeter toda e qualquer questão

---

[12] Confiram-se os ensinamentos do prof. Edoardo Ricci, op. cit. p. 67 e 68. *"Consideremos a situação da empresa estrangeira, na ocasião de estipular contrato com empresa brasileira. É provável que seja aceita cláusula compromissória para arbitragem brasileira, seja porque os árbitros podem ser de qualquer nacionalidade, seja porque o Brasil dispõe de boa lei de arbitragem e de grandes juristas. Pergunta-se: estaríamos, contudo, seguros de que a arbitragem brasileira seria aceita com a mesma confiança, caso a avaliação da validade do contrato fosse tarefa do juiz estatal, ou o procedimento arbitral pudesse ser obstaculizado ou suspenso de maneira muito fácil? Receamos que não."*

[13] *"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."*

[14] A respeito do acerto da estipulação da autonomia da cláusula compromissória: THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: *Curso de direito processual civil*, 17. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, v. II, p. 364.

[15] Sobre o assunto, ensinou-nos Jacob Dolinger: *"Considera-se, normalmente, que as partes estipularam dois contratos, isto é, o contrato principal e um contrato à parte, que regula a controvérsia daí derivada. Portanto, surgindo controvérsia, seja ela relativa à nulidade ou menos, a autônoma convenção arbitral continua válida e deverá sobre a mesma pronunciar-se o árbitro."* (In: *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Editora Ltr, 1998, p. 66).

decorrente desse negócio jurídico – inclusive sua existência, validade e eficácia – à arbitragem.

A esse respeito, Carreira Alvim[16] assevera que, salvo a hipótese de causa de nulidade comum entre contrato e cláusula compromissória,[17] a nulidade ou invalidade do contrato não se estende à cláusula compromissória, já que o ato de vontade que lhe dá ensejo é diverso daquele que faz nascer o contrato.

Percebe-se, pois, que a autonomia da cláusula compromissória e os efeitos positivos da convenção arbitral possuem o mesmo objetivo: assegurar eficácia máxima ao acordo arbitral[18] e segurança jurídica àqueles que optam por solucionar seus conflitos pela via arbitral.

2.2 *Dos efeitos positivo e negativo da convenção arbitral – da atribuição de competência aos árbitros para se manifestarem sobre sua própria competência e impedimento de manifestação, a priori, do juízo estatal a esse respeito* – Kompetenz-Kompetenz

O parágrafo único, do artigo 8º, da Lei nº 9.307/96, atribuiu aos árbitros o poder de apreciar as questões relativas à validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, a exemplo da maioria das leis de arbitragem do mundo e das convenções internacionais.[19]

Ensina Selma Lemes que também o artigo 20 da Lei corrobora a aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, ao estipular que a parte que pretender arguir nulidade, invalidade ou ineficiência da convenção de arbitragem deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição de arbitragem.[20]

Caberá, portanto, aos árbitros apreciar todos os requisitos ensejadores de sua competência, tais como: capacidade daqueles que assinaram o contrato e a convenção arbitral, validade da manifestação de vontade e sua forma[21] e arbitrabilidade objetiva do litígio.[22]

---

16 In: *Tratado Geral da Arbitragem Interno*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 350.

17 Como, por exemplo, incapacidade do agente ou vício na manifestação de vontade.

18 Sobre o assunto, o interessante artigo de DIMOLITSA, Antonias. In: *Revue de l'Arbitrage*, 1998 nº 2, p. 305 a 358.

19 Tais leis seguiram os ditamos da Lei Modelo UNCITRAL que consagrou nos artigos 8.2 e 16 tal princípio. Esse princípio também é previsto nas Convenções de Washington e Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961.

20 "Os princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem". In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, p. 105.

21 Na hipótese, por exemplo, dos contratos de adesão, caberá aos árbitros se certificarem de que a cláusula compromissória obedeceu ao requisito do parágrafo 2º do artigo 4º.

22 O artigo 1º da Lei estipula os limites da arbitrabilidade objetiva e subjetiva: "art. 1º. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Dessas disposições, decorre também o efeito negativo da convenção de arbitragem que consiste na interdição do Poder Judiciário em apreciar as questões atinentes à validade e eficácia da convenção arbitral. O efeito negativo é aquele que faz com que o efeito positivo seja oponível ao juiz togado, impondo a este abster-se de conhecer e julgar a questão antes da sua apreciação pelo árbitro.[23]

Todavia, como é sabido, o efeito negativo muitas vezes é mal visto e rejeitado pelo Poder Judiciário dos países cujos ordenamentos lhe acolhem.

Isto porque, os juízes togados tendem a desconfiar da competência, capacidade e até mesmo idoneidade dos árbitros para julgarem sobre essas questões que consideram como sendo de ordem pública e, portanto, de sua exclusiva competência.

Percebe-se, desse modo, uma "tentação"[24] dos juízes togados de ignorarem o efeito negativo decorrente da convenção arbitral e de se manifestarem quando o questionamento atine à validade e eficácia da convenção arbitral, ainda que seja para decidir favoravelmente à convenção arbitral e determinar a instituição da arbitragem.

Pedro Batista Martins ressalta a impropriedade da indevida interferência do Poder Judiciário no âmbito das chamadas *anti-suit injunctions*,[25] diante da clareza da disposição legal em sentido contrário.

Passa-se a analisar o fundamento dos efeitos decorrentes da convenção arbitral, para, em seguida, debater sobre sua constitucionalidade e limites para, ao final, buscar comprovar o desacerto dessa "reserva de competência" do Poder Judiciário que ainda é defendida por alguns.

2.3 *Do Fundamento da regra* Kompetenz-Kompetenz

Qual seria o fundamento dos efeitos, positivo e negativo, da convenção de arbitragem?

Como bem esclarece o saudoso professor Philippe Fouchard,[26] nem a convenção de arbitragem nem o princípio do *pacta sunt servanda* constituem os fundamentos do poder conferido ao árbitro de estipular sobre sua própria competência.

---

23 ANCEL Bertrand, op. cit., p. 55.

24 Para empregar o vocábulo utilizado por Laurent Lévy no Relatório do Seminário do Institut Pour L'Arbitrage International (IAI) de 21 de novembro de 2003 – A utilização das anti-suit injunctions na arbitragem internacional. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, nº 2, maio-agosto de 2004, Editora Revista dos Tribunais.

25 "Cláusula Compromissória". In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, p. 219.

26 Op. cit., p. 413 e 414.

Isto porque o princípio *Kompetenz-Kompetenz* permite ao tribunal arbitral exercer sua missão, mesmo diante de alegações de nulidade da convenção e do contrato, podendo acabar por proferir uma decisão que constate, de fato, a existência de tais nulidades e reconheça sua incompetência. Como o contrato e a convenção poderiam ser o sustentáculo desse princípio, na hipótese de sua declaração de inexistência e nulidade com efeitos *ex tunc*?

Ainda segundo FOUCHARD,[27] o fundamento do *Kompetenz-Kompetenz* situa-se no direito de arbitragem da sede da arbitragem ou no direito de arbitragem dos Estados suscetíveis de reconhecer uma decisão proferida por árbitros sobre sua própria competência.

Dessa forma, se determinado Estado atribui natureza jurisdicional à arbitragem, certamente reconhecerá os efeitos, positivo e negativo, da convenção de arbitragem.

A esse respeito, bem asseverou Carreira Alvim:[28] "*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 a mesma natureza jurisdicional, não causa espécie que, elegendo uma, não possam se valer da outra, porquanto, em qualquer hipótese trata-se de jurisdição, só que uma delas exercida diretamente pelo Estado, e a outra, por particulares, mas com o seu consentimento. Com o propósito de impedir esse* bis in idem, *atua o efeito negativo da arbitragem.*"

Assim, o Brasil, ao conferir caráter jurisdicional à arbitragem,[29] acolheu a regra do *Kompetenz-Kompetenz* como meio de assegurar a efetividade da arbitragem.

A nosso ver, muito bem andou o legislador, principalmente porque, como será visto adiante, a aplicação dessa regra, dentro de corretos limites, não implica em descumprimento a nenhum ditame constitucional, muito menos ofensa à ordem pública.

2.4 *Da constitucionalidade e limites da regra* Kompetenz-Kompetenz

Parte da doutrina[30] sustenta que a regra *Kompetenz-Kompetenz* seria inconstitucional, eis que: (a) atribuiria competência aos árbitros para decidir sobre matérias de ordem pública (validade e eficácia da convenção de arbitragem), portan-

---

[27] Op. cit., p. 414.

[28] Op. cit., p. 149 e 150.

[29] "Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo." Sobre a natureza jurídica da arbitragem, vide FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, 2ª edição, 1999, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 151 a 157.

[30] ROCHA, José de Albuquerque. "Lei de arbitragem: reflexões críticas". Genesis. *Revista de Direito Processual Civil* 7/33, jan. – mar. 1998 – Apud RICCI, Edoardo Ricci, op. cit. p 52.

to, relativas a direitos indisponíveis; (b) subtrairia do Poder Judiciário apreciação de lesão e ameaça de direito; e (c) violaria o princípio constitucional da ampla defesa, eis que irrecorrível a decisão dos árbitros.

Outra parte dos doutrinadores[31] assenta que não haveria que se falar em inconstitucionalidade, posto que haveria controle e interferência do Poder Judiciário em diversos momentos do procedimento arbitral,[32] fato este que elidiria toda e qualquer violação ao inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

A doutrina majoritária, entretanto, defende que referida regra é constitucional pelos mesmos motivos que o são os demais dispositivos da Lei de Arbitragem (especialmente aqueles que conferiram força vinculante à cláusula compromissória), motivos esses acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal[33] quais sejam: as partes podem livremente renunciar à jurisdição estatal, já que o direito de ação perante o juízo judicial é renunciável, tanto quanto o são os direitos disponíveis.[34]

Adota-se tal doutrina, por se entender que a constitucionalidade do princípio *Kompetenz-Kompetenz* emana exatamente da faculdade das partes de elegerem um juízo privado para solução de seus conflitos e de se submeterem às conseqüências de tal escolha: a exclusão da intervenção de outro juízo, salvo em casos taxativos previstos na lei e que não implicam, em nenhuma hipótese, deslocamento de competência para apreciação do mérito do litígio.

Cada ordem jurídica pode estabelecer medidas e formas distintas de intervenção (ou de ausência de intervenção) do juízo estatal na arbitragem, como um todo e particularmente no que tange ao controle do julgamento dos árbitros quanto aos requisitos da convenção arbitral.

A Lei Brasileira de Arbitragem optou por adotar modelo em que a interferência judicial ocorra apenas *a posteriori*, no âmbito da ação de nulidade, nos termos do seu artigo 32, inciso I.[35]

---

[31] Defendendo essa posição: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Arbitragem*, 1998, Revista dos Tribunais 753.

[32] Como, por exemplo, no momento da instauração do procedimento arbitral com apreciação da ação do artigo 7º, provimento jurisdicional dado no âmbito da ação de anulação do artigo 32, dentre outros.

[33] Vide voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, no âmbito do julgamento da Sentença Estrangeira nº 5.206-7 ocorrido em 12.12.2001, no qual se concluiu pela constitucionalidade da cláusula compromissória e de seus efeitos, tal como estabelecido pela Lei 9.307/96.

[34] Edoardo Ricci sustenta tese inovadora de que o inciso XXV, do artigo 5º da Constituição Federal, não é contrário à solução de controvérsias sem a participação do Estado, mesmo quando as matérias envolvam direitos indisponíveis e a única condição para que isso ocorra é que o ato final seja impugnável por ação judicial. Op. cit., p. 58 e 59.

[35] "Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso. [...]" Apesar de constar apenas o compromisso, entendemos que a convenção de arbitragem deverá ser analisada nessa oportunidade.

Assim, o modelo seguido pela Lei 9.307/96 foi o da "prioridade dos árbitros no tempo".

Como nos ensina Antonias Dimolitsa, não obstante a prioridade dos árbitros pareça ser logicamente inerente ao princípio *Kompetenz-Kompetenz*, ela não é aceita por grande parte das legislações nacionais,[36] as quais acabam por conferir aos juízes togados poderes para apreciar os requisitos de admissibilidade da convenção de arbitragem antes, durante ou depois de encerrado o procedimento arbitral.[37]

De acordo com o sistema da prioridade seguido pelo Brasil, a exemplo da França, caberá ao juízo estatal diferir sua análise para o momento em que a sentença arbitral tiver sido proferida, podendo desconsiderar a convenção de arbitragem somente em casos excepcionalíssimos nos quais o seu vício seja patente ou possa ser verificado *prima facie* ou sem maior profundidade cognitiva.[38]

Não há, todavia, na doutrina nacional ou internacional contornos muito claros do que possa ser considerado como vício manifesto, neste exame preliminar do juízo togado.

Carlos Alberto Carmona possui interpretação diversa e cita hipóteses em que o juízo togado deverá se manifestar sobre a convenção de arbitragem em detrimento dos árbitros: (i) ação artigo 7º da lei, (ii) caso de arguição de exceção de convenção arbitral, nos termos do artigo 301, IX e 267 VII do Código de Processo Civil; e (iii) ajuizamento de ação judicial e arbitral paralelas.[39]

Deve-se divergir de tal posicionamento, pois, a análise do juiz, nas hipóteses mencionadas por Carmona, deverá se restringir a requisitos formais e superficiais de existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, sob pena de se comprometer a regra *Kompetenz-Kompetenz* prevista na Lei Marco Maciel, assim como a prioridade de apreciação dos árbitros, como fora originalmente a vontade das partes.

---

36 Tanto o Protocolo de Genebra, assim como a Convenção de Nova Iorque permitem ao juízo togado de não respeitar o efeito negativo da convenção arbitral.

37 Confira-se: "*La priorité dans le temps de l'exercice de la compétence-compétence, bien qu'elle semble rationellement inhérente au principe, est bien loin d´être généralement acceptée par les ordres juridiques nationaux.*" Op. cit. p. 7. Exemplo de países em que tal prioridade não é aceita: Inglaterra, Bélgica e Estados Unidos da América do Norte.

38 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 162. No mesmo sentido, Yves Derains afirmou no IV International Commercial Arbitration Conference in Latin America: the ICC Perspective ocorrido dos dias 6 a 8 de novembro de 2005 em Miami que na França o juízo só poderá desconsiderar a convenção de arbitragem se o seu vício for tão grave que possa ser verificado de pronto.

39 Nesta hipótese ele sugere que haja a suspensão do procedimento arbitral até que seja proferida decisão pelo juízo togado sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Como anteriormente exposto, discordamos desse posicionamento, eis que, caso acatado, prestigiaria manobras procrastinatórias e atentaria contra a segurança jurídica da arbitragem.

Sem se falar que abrir essas exceções seria prestigiar a perpetração de manobras procrastinatórias da parte recalcitrante que buscaria sempre ajuizar medidas judiciais paralelas à arbitragem com o fim de suspendê-la ou de levar ao conhecimento do juízo togado questões que optou submeter ao juízo arbitral.

Corroborando o entendimento ora manifestado, é a lição de Joel Dias Figueira Júnior: "*Não caberá ao Estado-Juiz decidir acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que contenha a 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.*"[40]

Esclarecidas as questões relativas à constitucionalidade e limites dos efeitos da convenção de arbitragem, cumpre estudar a jurisprudência e sua aplicação prática no Brasil.

3 Jurisprudência e aplicação prática do princípio *Kompetenz-Kompetenz*

Considerando-se que a arbitragem é instituto que apenas recentemente[41] tem alcançado desenvolvimento expressivo no Brasil, as decisões acerca de questões mais complexas e controvertidas do direito arbitral ainda restam reduzidas e, de certa maneira, tímidas.

Não obstante, as notícias são boas: o Judiciário está acompanhando as evoluções do instituto, proferindo decisões que, em sua maioria, refletem bom conhecimento sobre a matéria numa importante contribuição ao desenvolvimento da arbitragem.

Quanto ao reconhecimento e aplicação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, não foram encontradas muitas decisões que o tenham diretamente acatado.

A maior parte das decisões reconhece e aplica parcialmente o princípio, ou seja, admite a força obrigatória da convenção de arbitragem, mas acaba por entrar na análise sobre sua validade.[42]

Alguns acreditam que tal análise *a priori* seria vantajosa como medida de economia processual, vez que caberá, de toda forma, ao Judiciário, ao final,[43]

---

40 Op. cit. p. 193.

41 Principalmente após o julgamento da SE 5.206 pelo Supremo Tribunal Federal em 2001 no qual a arbitragem fora considerada constitucional.

42 Nesse sentido, por exemplo, a decisão: TAMG – AC 393.297-8 – 5ª Camara Rel. Mariné da Cunha – 15.05.2003, cujo trecho se transcreve: "*Estando a vontade das partes manifestada na cláusula compromissória, permitir o suprimento judicial da mesma seria admitir a invalidação da vontade bilateral dos litigantes, o que, data venia,* ***só é admissível nas hipóteses de cláusulas abusivas ou ilegais, o que não se revela no caso.***" (grifos nossos)

43 Quando da apreciação da ação de nulidade da sentença arbitral, nos termos do inciso I do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

apreciar a validade da convenção. Imagina-se que tenha sido esse o espírito das decisões que logo analisaram a validade da convenção de arbitragem.

Como já mencionado em capítulos anteriores, discordamos de tal opinião, eis que acreditamos que a admissão dessa premissa seria conceder métodos procrastinatórios para partes de má-fé que se valeriam da morosidade do Judiciário para inviabilizar o desenvolvimento do procedimento arbitral.

Todavia, encontramos algumas decisões, cujas ementas são transcritas abaixo, que acolheram de forma adequada o princípio tal como previsto na Lei de Arbitragem.

> Agravo de Instrumento nº 237.442-4/5-00, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des.Elliot Akel, j. em 20.08.2002. "*Arbitragem. Suspensão do procedimento instaurado. Controle judicial da via eleita que deve ser realizado através de demanda própria. Impossibilidade da concessão de medida estranha ao objeto da presente ação. Providência almejada que, ademais, pode ser postulada no órgão perante o qual se processa a arbitragem. Recurso improvido.*"
>
> Agravo de Instrumento nº 1999.00.2.001609-5, 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Des. Vera Andrighi. "*Juízo arbitral. Cláusula Compromissória. Havendo convenção das partes para solução dos eventuais conflitos através de arbitragem, e em sendo as mesmas capazes e o direito disponível, exclui-se a participação do Poder Judiciário na solução de qualquer controvérsia.*"
>
> Safe Consulting Ltda. e Outros × Safenet Tecnologia em Informática Ltda. Ação Declaratória nº 2004.209.003666-3, 2ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca – RJ, j. em 14.06.2005. Extinção do processo sem julgamento do mérito face à existência de convenção de arbitragem. Trecho interessante: "*De fato, após análise dos autos, verifica-se que há cláusula compromissória inserta no contrato de prestação de serviços profissionais objeto da presente ação. Em nosso ordenamento jurídico, o instituto da arbitragem é regulado pela Lei nº 9.307/96. De acordo com esse diploma legal,* ***ao árbitro escolhido pelas partes compete primeiramente se pronunciar sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (parágrafo único do artigo 8º). Sendo assim, não cabe ao Poder Judiciário se pronunciar sobre tal questão antes de prolatada sentença arbitral.*** *Na verdade, segundo a Lei de Arbitragem, cabe ao Judiciário, posteriormente, apreciar tal tema somente após a prolação da sentença arbitral, se provocado por meio de ação própria verificar e, eventualmente, decretar a sua nulidade (artigo 32 c/c 33).*"

Espera-se, pois, que, com o passar do tempo, nosso Judiciário compreenda, na linha das decisões acima transcritas, que o princípio *Kompetenz-Kompetenz* deve ser aplicado da forma como previsto na Lei 9.307/96, para que seja atingi-

do o objetivo almejado pelo legislador: a concessão da maior eficácia possível à arbitragem no Brasil.

4 Conclusão

Conclui-se, do exposto, que dentre as diversas medidas adotadas pela lei brasileira para conferir eficácia máxima à convenção de arbitragem e conseqüentemente à própria arbitragem, destacam-se os efeitos conferidos à convenção de arbitragem, internacionalmente conhecidos como *Kompetenz-Kompetenz*.

Merece, portanto, aplausos o legislador brasileiro que colocou o Brasil entre os países em que o instituto é sólido e desenvolvido.

Espera-se, apenas, que os preconceitos eventualmente remanescentes quanto à aplicação plena de tal princípio se dissipem e dêem lugar à ampla utilização da arbitragem em nosso país.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ANCEL, Bertrand. "O Controle de Validade da Convenção de Arbitragem: O Efeito Negativo da Competência-Competência". In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano II, v. 6, abr./maio/jun. 2005, Thomsom IOB e Cbar.

ANCEL, Pascal; BOYER, André; GENIN, Philippe; NOUGEIN, Henri-Jacques; REINHARD, Yves; RIVIER, Marie-Claire. *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*. Paris: Litec, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRINER, Robert. In: *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, 1991.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

_____; MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIMOLITSA, Antonias. *Revue de l'Arbitrage*, nº 2, 1998.

DOLINGER, Jacob. *Comentários à Lei de Arbitragem. São Paulo:* Editora Ltr, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FILHO, Clávio de Melo Valença. Poder judiciário e sentença arbitral de acordo com a nova *jurisprudência constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

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

LÉVY, Laurent. "A utilização das anti-suit injunctions na arbitragem internacional". In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 1, nº 2, Editora Revista dos Tribunais, maio/ago. 2004.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira – Oito anos de reflexão – Questões polêmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. "Lei de arbitragem: reflexões críticas". In: *Revista de Direito Processual Civil*, nº 7/33, jan./mar. 1998, Genesis.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 2, 1998.