

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME FRANCO STOCCO

**ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ***

CURITIBA  
2014

GUILHERME FRANCO STOCCO

**ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito do Curso de Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Talamini.

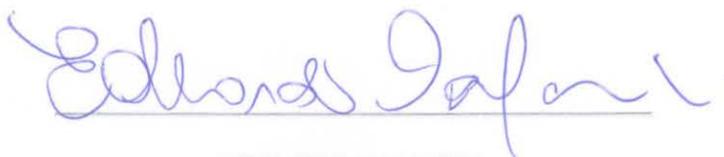
CURITIBA  
2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME FRANCO STOCCO

**Arbitragem e o princípio Kompetenz-kompetenz**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



*EDUARDO TALAMINI*  
Orientador

---

Coorientador



*PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN*  
Primeiro Membro



*CÉSAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA*  
Segundo Membro

*Dedico este trabalho aos meus familiares:  
Edgard (pai), Maria Ivone (mãe) e Ana Maria (madrinha).*

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e acima de tudo, agradeço a Deus por agir em todas as coisas.

Aos meus familiares, Edgard, Maria Ivone e Ana, por toda a dedicação e cuidado em cada passo do meu crescimento e desenvolvimento. É um privilégio ter o seu amor e carinho.

Agradeço a paciência e apoio dispensado pelas amadas Jéssica e Isabela, em especial na reta final deste trabalho. O amor de vocês me inspira e motiva em todos os momentos.

Registro também meu sincero agradecimento ao professor Eduardo Talamini, por quem eu já nutria profundo respeito e admiração antes mesmo de ter a satisfação de ser seu orientando, ao que agora somo o sentimento de gratidão pela generosa e paciente condução deste trabalho.

Sem qualquer exagero, expresso minha elevada estima aos colegas de faculdade (e preciosos amigos) Ernani Vidal Filho, Guilherme Eiras e Lucas Marques: não chegaria até aqui sem vocês.

Mauro Muniz, Gustavo Yendo, Anne Glienke e Marcus Saldanha: sem vocês, eu não teria caminhado na direção certa.

Durval Magosso, Rafael Magosso e Simone Martins: vocês foram fundamentais para o meu crescimento pessoal e profissional, e agradeço a Deus pelo privilégio de caminhar com vocês.

Aos que não foram nominados, mas prestaram seu valioso apoio, amizade e orações: muito obrigado!

## RESUMO

STOCCO, Guilherme Franco. Arbitragem e o princípio Kompetenz-Kompetenz. 2014, 58 fls. Monografia de Graduação. Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

A proposta do presente estudo é analisar a origem e evolução do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, especificamente no que se refere a sua aplicação como um dos fundamentos da arbitragem. Primeiramente, serão abordados aspectos gerais do termo, inclusive a sua “nacionalização” pela doutrina arbitral, passando de imediato à sua “bipartição” entre dimensão positiva e dimensão negativa e a consequente divisão de posicionamentos doutrinários, institucionais e normativos em relação ao seu aspecto negativo, com especial ênfase para os textos da “lei-modelo” da UNCITRAL e Convenção de Nova Iorque de 1958. Na sequência, apresenta-se breve estudo de direito comparado sobre as acepções domésticas do princípio em países como Estados Unidos, França, Inglaterra, Alemanha, Suíça e, finalmente o Brasil. Em seu último segmento, o estudo terá especial enfoque no exame da Lei Brasileira de Arbitragem (LBA), seguido de breve análise jurisprudencial com base em julgado brasileiro selecionado especialmente para a proposta deste trabalho.

Palavras-Chave: competência-competência. *Kompetenz-kompetenz*. Arbitragem. Autonomia da convenção de arbitragem. Lei Brasileira de Arbitragem.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the origin and evolution of the *Kompetenz-Kompetenz* principle and its application as one of the arbitration foundations. The dissertation initially focuses on the general aspects of the term, including its “nationalization” by the arbitration doctrine, moving forward towards the “bipartition” between the positive and negative dimensions of the principle, and the subsequent division of doctrinal, institutional and normative positions relating to its negative aspect, focusing in the “model law” text of the UNCITRAL and the New York Convention of 1958. Thereafter, a brief comparative law study regarding the meaning of the competence-competence in the United States, France, Germany, Switzerland and, finally, Brazil, will be presented. Lastly, the study will focus on the examination of the Brazilian Arbitration Act (BAA), followed by a brief jurisprudential examination based on decision rendered by Brazilian courts.

Keywords: competence-competence. *Kompetenz-kompetenz*. Arbitration. Autonomy of arbitration agreement. Brazilian Arbitration Act.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 KOMPETENZ-KOMPETENZ</b> .....	<b>10</b>
2.1 ORIGEM E SIGNIFICADO(S) DO TERMO .....	10
2.2 EFEITO POSITIVO E EFEITO NEGATIVO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM .....	13
2.2 DIMENSÃO POSITIVA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA.....	14
2.3 DIMENSÃO NEGATIVA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA .....	15
2.3.1 Normas institucionais.....	17
2.3.2 Dimensões positiva e negativa da competência-competência na lei-modelo da UNCITRAL.....	20
2.3.3 Previsão normativa na Convenção de Nova Iorque .....	23
2.3.4 Análise prima facie.....	25
<b>3 ABORDAGEM NO DIREITO COMPARADO</b> .....	<b>28</b>
3.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA .....	28
3.2 ALEMANHA .....	29
3.3 SUÍÇA.....	30
3.4 FRANÇA.....	31
<b>4 O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA NO BRASIL</b> .....	<b>33</b>
4.1 NORMAS COGENTES .....	33
4.1.1 LBA – Princípio da Autonomia da cláusula compromissória.....	33
4.1.2 LBA – Dimensão positiva da competência-competência.....	34
4.1.3 CPC, art. 267, VII – Dimensão negativa da convenção de arbitragem. ....	36
4.1.4 Convenção de Nova Iorque.....	37
<b>5 ANTI-SUIT INJUNCTIONS</b> .....	<b>39</b>
<b>6 EXPOSIÇÃO JURISPRUDENCIAL: CGTEE v. KfW</b> .....	<b>43</b>
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Enquanto ensinava à multidão, pregando a mensagem do Reino de Deus e falando sobre o que não era considerado daquele tempo e deste mundo, um dentre os presentes interpelou Jesus Cristo, exclamando: *“Mestre, dize a meu irmão que divida a herança comigo.”* Respondeu Jesus: *“Homem, quem me designou juiz ou árbitro entre vocês?”*<sup>1</sup>.

À guisa de introdução ao objeto do presente trabalho, propõe-se um exercício de imaginação a partir da passagem bíblica apresentada supra, acrescentando ao diálogo o personagem referido, porém ausente, “irmão”. Parta-se, ainda, do pressuposto de que Jesus Cristo, para efeitos desse exercício, não poderia ser juiz estatal<sup>2</sup>, restando, por dedução, a hipótese de atuação como árbitro privado.

Estivesse o terceiro personagem – “irmão” – presente na narrativa, imagine-se (anacronicamente) que respondera ao Cristo: *“Mestre, ninguém o designou árbitro entre mim e meu irmão, pois não firmei compromisso arbitral para a partilha dos bens”*<sup>3</sup>.

Continuando o exercício imaginativo, a esta altura bastante elasticado, consideremos hipótese em que o “irmão” ignorasse a pergunta de Jesus Cristo,

---

<sup>1</sup> BÍBLIA. NT Lucas. Português. **Bíblia Sagrada**. Nova Versão Internacional. São Paulo: Editora Vida, 2003. Cap. 12. Vers. 13-14.

<sup>2</sup> Fosse juiz estatal, não teria levantado questionamento sobre quem o designou para a causa, pois a sua vinculação seria apurada de acordo com regras preexistentes no ordenamento jurídico, em homenagem ao princípio do “Juiz Natural”. Não poderia indicar outro para o deslinde da avença, conforme limitação do princípio processual da “Indelegabilidade” e, finalmente, far-se-ia substituto das partes para a resolução do conflito, conforme preconiza o princípio da “Substitutividade”. Para referências apuradas sobre jurisdição, seu conceito e características essenciais, ver: WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v.1, p. 91-114.

<sup>3</sup> De acordo com os ensinamentos do Professor Francisco Cahali: “Na sucessão legítima, ou seja, sem testamento, se os herdeiros são menores, ou incapazes, há indisponibilidade de direitos, e assim, o processo necessariamente será judicial. Sendo os herdeiros maiores e capazes, permite-se a partilha amigável, em processo judicial ou por escritura pública [...]. Neste contexto, tratando-se de direito patrimonial disponível, os herdeiros, se em conflito a respeito da partilha, podem encomendar a divisão litigiosa ao juízo arbitral. A origem da arbitragem será necessariamente por compromisso arbitral, a ser firmado por todos os herdeiros.” (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, p. 375.

dirigindo-se diretamente ao *Sinédrio judaico*, buscando, através da tutela estatal, manter para si a totalidade da herança recebida.

À luz dos princípios contemporâneos que norteiam a arbitragem, pode-se afirmar que, na primeira hipótese, o “irmão”, ao apresentar suas contrarrazões perante o próprio Cristo, estaria observando a forma clássica do princípio *Kompetenz-kompetenz*<sup>4</sup>. Por seu turno, na segunda hipótese, recorrendo diretamente ao judiciário judaico, o “irmão” estaria suprimindo a competência de Cristo, ferindo de morte a preferência temporal do árbitro.

Este estudo se propõe a analisar a origem, evolução e aplicação contemporânea da competência-competência, levando em consideração sua dualidade de dimensões – positiva e negativa – bem como a pluralidade nas abordagens de diferentes ordenamentos jurídicos, nominalmente os sistemas estadunidense, alemão, suíço, francês e, finalmente, brasileiro.

Passará, ainda, por breve análise da competência-competência no texto da “lei-modelo” da UNCITRAL<sup>5</sup>, além dos dispositivos normativos vigentes no Brasil, especificamente a Convenção de Nova Iorque, o art. 267, VII, do Código de Processo Civil e a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

Finalmente, será enfrentado o inevitável questionamento sobre a forma como o princípio tem sido aplicado em decisões judiciais no Brasil, tendo como base a exposição do caso *CGTEE versus KfW*.

---

<sup>4</sup> Adia-se a definição do termo para o capítulo seguinte do trabalho, *infra*.

<sup>5</sup> Disponível em: < [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

## 2 KOMPETENZ-KOMPETENZ

### 2.1 ORIGEM E SIGNIFICADO(S) DO TERMO

“Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo”<sup>6</sup>. Associando as fronteiras de linguagem e pensamento, como sugere Wittgenstein, torna-se difícil rejeitar uma expressão estrangeira quando esta vem denominar um novo objeto, concepção ou ideia.

Variando de acordo com as circunstâncias, no lugar do “estrangeirismo”<sup>7</sup>, o que ocorre é a “nacionalização”, a mutação das expressões, inclusive em sua forma escrita<sup>8</sup>, como em “*Kompetenz-Kompetenz*” (alemão), “*compétence-compétence*” (francês), “*competence-competence*” (inglês) e, finalmente, “competência-competência”<sup>9</sup>.

Contudo, o problema reside não na alteração da forma escrita, mas do significado atribuído ao termo, especialmente no âmbito legal, dada a importância conferida à linguagem<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> No original: “*Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt*”, atribuída ao filósofo austríaco Ludwig WITTGENSTEIN, conforme citado em: PARK, William W. **The arbitrator’s jurisdiction to determine jurisdiction**. Kluwer Law International, 2007, p. 3. Disponível em: [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12409326410520/jurisdiction\\_to\\_determine\\_jurisdiction\\_w\\_w\\_park.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12409326410520/jurisdiction_to_determine_jurisdiction_w_w_park.pdf). Acesso em: 30 de outubro de 2014.

<sup>7</sup> Como, por exemplo, “ler um *e-mail* através do *tablet*, usando o *wi-fi* do *shopping center* para se conectar à *internet*”. Por seu turno, na “nacionalização”, o programa seria, por exemplo, “estudar à noite, sob a luz do *abajur*, degustando *uísque* enquanto se lê a Convenção de *Nova Iorque*”.

<sup>8</sup> NASCIMENTO, Edmundo Dantés. **Linguagem forense**: a língua portuguesa aplicada à linguagem do foro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

<sup>9</sup> “Competência-competência’ é a expressão ‘abrasileirada’, hoje já consagrada pela doutrina pátria, originalmente traduzida do alemão *Kompetenz-Kompetenz* [...] Juristas de outros países também usam o termo em seu próprio idioma, como os franceses, que se referem à *compétence-compétence* (ver, exemplificativamente: FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Traité de l’arbitrage commercial international**. Paris, Litec, 1996, p. 409 *et al*). Em língua inglesa, da mesma forma, emprega-se o termo traduzido, ou seja, *competence-competence* (ver GARNETT, Richard; GABRIEL, Henry; WAINCYMER, Jeff, e EPSTEIN, Judd. **A practical guide to international commercial arbitration**. New York: Oceana Publications, 2000, p. 65).” *in*: FONSECA, Rodrigo Garcia da. **O princípio da competência-competência na arbitragem**: uma perspectiva brasileira. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 286.

<sup>10</sup> Conforme relata o Professor Emmanuel Gaillard: “[...] *C’est en effet l’expression allemande de << Kompetenz-Kompetenz >> qui s’est imposée lorsqu’il s’est agi de convaincre les juridictions françaises, qui semblent avoir été parmi les premières à le reconnaître, d’admettre le principe. Le sérieux de l’expression, son prestige supposé, ont pu contribuer à l’acceptation du principe.*” (tradução livre: [...] isto é, certamente a expressão alemã <<Kompetenz-Kompetenz>> quando ele [Jean-François Poudret] tentou

Em uma abordagem que não seja estritamente técnica, expressões que comportam significados múltiplos frequentemente são empregadas de forma promíscua, divorciadas de seu contexto e função<sup>11</sup>.

Desta forma, o potencial efeito desorientador da “nacionalização” de uma expressão encontra ilustração justamente no estudo do princípio sobre o qual se funda a prerrogativa de o árbitro poder decidir acerca de sua própria *competência*, determinando *quem* deve decidir, *o que* será decidido e *quais* poderes serão exercidos para tal decisão.

Pretendendo nominar dispositivo que equalizasse essas variáveis em um único princípio, cunhou-se o “*Kompetenz-Kompetenz*” associado ao princípio *estatal* segundo o qual “cada juiz é o senhor da sua própria competência, ou seja, cada juiz deve decidir sobre a sua própria competência para apreciar o mérito das ações que lhe são submetidas”<sup>12</sup>.

No Brasil, ainda em sede *estatal*, o princípio foi adotado pelo direito processual pátrio, como se pode depreender, por exemplo, da leitura dos arts. 112-116 e 307-311 do CPC<sup>13</sup>.

Por seu turno, em sede *arbitral*, a mesma lógica, segundo a qual o julgador (no caso, o árbitro ou o tribunal arbitral) deve decidir sobre a sua própria competência, encontra respaldo no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, art. 23<sup>14</sup>, com ressonâncias (e distorções) encontradas nas leis e

---

convencer as cortes francesas, as quais parecem estar entre as primeiras a reconhecer, a admitir o princípio. A seriedade da expressão, o seu suposto prestígio, podem ter contribuído para a aceitação do princípio). Extraído de: 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, p. 389.

11 Oportuno mencionar, por exemplo, a preferência de parte da doutrina pelo termo “jurisdição” no lugar de “competência”, considerando esta como “expressão corrente” e aquela como “tecnicamente correta”. Ver MARTINS, Pedro Batista. Poder Judiciário. Princípio da autonomia da cláusula compromissória. Princípio da competência-competência. Convenção de Nova Iorque. Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória. Determinação da lei aplicável ao conflito. Julgamento pelo Tribunal Arbitral. Parecer. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 2. n. 7. out-dez. 2005, p. 177.

<sup>12</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Op. cit.*, p. 280.

<sup>13</sup> e.g., art. 113, CPC: “A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção”. Ainda neste sentido, art. 310, CPC: “O juiz indeferirá a petição inicial da exceção [de incompetência], quando manifestamente improcedente”.

<sup>14</sup> Ou art. 21, no texto que antecede a revisão de 2010. A parte inicial do atual art. 23 aduz que “*The Arbitral tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections to the respect of existence or validity of the arbitration agreement*”.

regulamentos arbitrais dos mais diversos países, conforme será investigado quando do estudo dos sistemas de arbitragem “paradigma”, no capítulo seguinte.

Ainda sobre as variações do “competência-competência”, interessará para o presente estudo, além de *quem* decide e *o que* está sujeito à decisão, examinar o *tempo* e a *extensão* de uma eventual atuação estatal relacionada ao procedimento arbitral.

Em especial, o fator cronológico<sup>15</sup> é determinante para a compreensão da diversidade<sup>16</sup> do “competência-competência” dentro de diferentes ordenamentos jurídicos, levando, ao cabo, à compreensão sobre qual variante do princípio é adotada pela lei de arbitragem brasileira.

Nos extremos, encontram-se as visões estadunidense e francesa, diametralmente opostas uma em relação à outra. Entre ambas, diferentes nuances propostas pela Alemanha (antes e depois da reforma de 1998), Suíça e Brasil.

Segundo Gaillard<sup>17</sup>, o princípio da competência-competência está entre aqueles que, por sua profusão em diferentes sistemas jurídicos, aparenta ser unanimemente aceito, mas, na realidade, dissimula divergências profundas em termos de direito comparado.

A aparente aceitação uniforme se deve ao fato de que, mais das vezes, evoca-se o princípio sem que se leve em consideração a “dupla função da

---

A versão atualizada da *UNCITRAL Arbitration Rules* está disponível em: < <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2014.

<sup>15</sup> GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence. **Mealey’s international arbitration report**, january 2002, v. 17, n. 1, p. 27.

<sup>16</sup> De acordo com o Professor William W. Park, “Diversity results from the fact that an arbitrator’s jurisdictional power, at least in commercial arbitration, derives from national law and institutional rules [...] Consequently, the expression *Kompetenz-Kompetenz* has thus taken on several lives, giving rise to a constellation of related but distinct notions, often subject to undue mystification”. Tradução livre: “[a] diversidade resulta do fato que o poder de jurisdição de um árbitro, pelo menos em arbitragem comercial, deriva da legislação nacional e de regras institucionais [...] Consequentemente, a expressão ‘Kompetenz-Kompetenz’ tem assim tomado diferentes [formas] de vida, dando origem a uma constelação de noções [sobre o princípio] relacionadas, mas distintas, e frequentemente sujeitas à mistificação indevida”. Extraído de: PARK, William W., *op. cit.*, p. 9.

<sup>17</sup> GAILLARD, Emmanuel. L’effet négatif de la compétence-compétence. p. 387.

regra que, como a própria convenção de arbitragem, possui um efeito positivo e um efeito negativo”<sup>18</sup>.

Mister, portanto, determinar a dualidade intrínseca do princípio, qual seja, a dupla dimensão do “competência-competência”, antes de passar à análise comparativa entre países que o adotam.

## 2.2 EFEITO POSITIVO E EFEITO NEGATIVO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Em seu aspecto positivo, consiste naquele que permite aos árbitros conhecer dos litígios cobertos pelo escopo da convenção de arbitragem. Por seu turno, o efeito negativo é aquele que impede os juízes estatais de se pronunciarem sobre os mesmos litígios<sup>19</sup>.

Dentre as possibilidades decorrentes do efeito positivo da convenção de arbitragem, destaca-se a prerrogativa de “obrigar a parte renitente a ir para a arbitragem, mesmo que não queira fazê-lo quando do surgimento do conflito concreto, inobstante houvesse firmado cláusula compromissória”<sup>20</sup>. A ação prevista no art. 7º da Lei 9.307/96 é uma manifestação desse efeito.

Em contrapartida, na hipótese de o juízo estatal constatar que há uma convenção de arbitragem sobre o tema de uma ação que lhe foi endereçada, aplica-se a extinção do processo sem julgamento de mérito, consoante art. 267, VII, do CPC. Trata-se, desta vez, da manifestação do efeito negativo da convenção de arbitragem<sup>21</sup>.

Ambos os efeitos da convenção de arbitragem tem o condão de remeter as partes conflitantes à solução arbitral, retirando (ainda que momentaneamente) a discussão do âmbito judicial.

Tais efeitos da convenção de arbitragem acabam por reforçar o princípio da competência-competência, motivo pelo qual renomados

---

<sup>18</sup> No original: “[...] *la Double fonction de la règle, qui, comme la convention d’arbitrage elle-même, a um effet positif et um effet négatif.*” *Idem*, p. 388.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. Op. cit., p. 284.

<sup>21</sup> *Idem*.

doutrinadores relacionam diretamente estes efeitos positivos e negativos da convenção com aqueles do princípio<sup>22</sup>.

## 2.2 DIMENSÃO POSITIVA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Segundo Bertrand Ancel, o princípio da competência-competência, em sua dimensão positiva, “habilita os árbitros a apreciar eles mesmos a validade de suas missões, isto é, a validade da convenção que os designa”<sup>23</sup>.

Complementarmente, conforme ensinamentos de Emmanuel Gaillard<sup>24</sup>:

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.

É de todo interessante observar que, por força de seu efeito positivo, o princípio da competência-competência permite aos árbitros<sup>25</sup>, cuja competência foi colocada em dúvida, pronunciarem-se no sentido de confirmar a dúvida posta (i.e. declararem sua incompetência), sem que tal fato retire a validade de sua sentença.

Sem a camada protetora do efeito positivo, tal hipótese seria um “ato impossível”<sup>26</sup>, pois não poderiam os árbitros, ao mesmo tempo, negar a sua competência e proferir sentença arbitral reputada válida.

<sup>22</sup> FOUCHARD, Phillipe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*, p. 415-416.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Original: “*The principle permits them to rule on any point of law relating to the existence, the validity or the scope of an arbitration agreement, without being found guilty of examining these issues at a time when the competence, which itself relies on the arbitration agreement, has not yet been established. Additionally, where necessary, the principle permits arbitrators to find themselves incompetent by an award that is not an aberration.*” GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence, p. 27.

<sup>25</sup> Ainda, “o tribunal arbitral”, ou, “o árbitro”. Para uniformidade, este trabalho se referirá ao árbitro no plural, i.e., “os árbitros”.

<sup>26</sup> *Ex nihilo nihil fit*, ou seja, “nada vem do nada”. O árbitro putativo seria nada mais do que um “desavergonhado voluntário”. PARK, William W., *op. cit.*, p. 92.

### 2.3 DIMENSÃO NEGATIVA DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

Se a dimensão positiva da competência-competência é reconhecida pela vasta maioria dos países<sup>27</sup> e, por conseguinte, menos controvertida<sup>28</sup>, a sua contrapartida não segue a mesma sorte: “de sua função negativa, o princípio não se beneficia – ou ainda não – do grau de aceitação que desfruta sua função positiva”<sup>29</sup>.

Tendo em consideração que a dimensão positiva do princípio se dirige ao árbitro, era de se esperar que o seu “espelho” tivesse como destinatário o juiz estatal<sup>30</sup>. Também era de se esperar que, justamente por ser oponível ao poder judiciário estatal, seja a dimensão negativa o cerne das mais acirradas e profícuas discussões sobre o tema<sup>31</sup>.

Na medida em que inibe a ação da jurisdição estatal, a dimensão negativa da competência-competência se inscreve na relação 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”<sup>32</sup>.

Numa abordagem “filosófica” sobre o aspecto negativo, parte da doutrina afirma que aí está o grande paradoxo da arbitragem, pois “busca a cooperação das próprias autoridades públicas das quais deseja se libertar”<sup>33</sup>.

Ainda na linha filosófica, Bertrand Ancel afirma que “o efeito negativo é [...] o revelador de um antagonismo de doutrinas ou, ainda, de um conflito de filosofias da arbitragem”<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence, p. 259.

<sup>28</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 53-54.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>31</sup> A discussão sobre o aspecto negativo do princípio é adjacente ao debate sobre questão da territorialidade na arbitragem internacional, por exemplo. Com este pano de fundo, Jan Paulsson se coloca como “mediador” das opiniões extremas, tendo de um lado o que ele chama de “territorialismo dogmático de Francis Mann”, e de outro a “Poesia parisiense”, esta última atribuída especialmente ao professor Emmanuel Gaillard. Sobre o embate, ver: 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 2014.

<sup>32</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>33</sup> PAULSSON, Jan. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>34</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 64.

Em uma abordagem mais pragmática, Juan Eduardo Figueroa Valdes aponta para a discussão acerca da intensidade do efeito negativo como um indicador de eficiência e justiça de um sistema arbitral, implicando a coexistência de “diversos princípios que às vezes estarão em conflito uns com os outros”<sup>35</sup>.

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?<sup>36</sup>

Gaillard arremata asseverando que os árbitros “devem ser os *primeiros* (diferentemente de *únicos*) juízes de sua própria jurisdição” e que o controle dos tribunais é postergado para a “etapa de qualquer ação para executar ou anular a sentença arbitral proferida com base na convenção arbitral”<sup>37</sup>.

Para uma abordagem adequada sobre o princípio, é importante adotar o critério *cronológico* proposto e, ao mesmo tempo, afastar o suposto critério *hierárquico*<sup>38</sup>.

Necessário compreender, portanto que não se retira em definitivo do judiciário a possibilidade de averiguar a extensão dos poderes do árbitro, apenas lhe cabe fazê-lo “somente *a posteriori*, depois de o árbitro realizar tal avaliação em primeiro lugar”<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 4. n. 15. out-dez. 2007, p. 140.

<sup>36</sup> GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence, p. 258.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 260.

<sup>38</sup> “*Em ce sens, la règle de compétence-compétence est une règle de priorité, entendue au sens chronologique et non au sens hiérarchique [...] les arbitres doivent avoir l’occasion de se prononcer les premiers sur les questions relatives à leur compétence, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques*”. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*, p. 415.

<sup>39</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Op. cit.*, p. 289.

Repisa-se, a partir do momento em que o tribunal arbitral está constituído, é perante aos árbitros que convém decidir o contencioso das partes<sup>40</sup>.

A medida do efeito negativo é retirada da “graduação das atitudes das diversas ordens jurídicas estatais em relação à prioridade eventualmente reconhecida ao árbitro”<sup>41</sup>.

Faz-se necessária a análise de algumas das principais construções legislativas e institucionais sobre o assunto, como se verificará adiante (merecerá atenção especial a “lei-modelo” da UNCITRAL e a Convenção de Nova Iorque, em capítulo específico).

### 2.3.1 Normas institucionais

O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL<sup>42</sup> prevê claramente o aspecto *positivo* da competência-competência em seu art. 23. Todavia, no que se refere ao aspecto negativo, depreende-se do texto uma adoção “moderada” dessa dimensão do princípio, senão vejamos:

1. 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.  
[...]

Não se trata, necessariamente, de um dispositivo hostil ao procedimento arbitral, mas também não se presta a impedir a indesejável “concorrência” entre os procedimentos privado e estatal.

Em comentário à Lei brasileira de Arbitragem (LBA), o professor Carlos Alberto Carmona tangencia – ainda que sem mencionar, *in casu*, o

<sup>40</sup>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, p. 141.

<sup>41</sup>ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>42</sup>A relevância desta norma é afirmada por Valdes (no original): “*The UNCITRAL Arbitration Rules have become the most widely accepted procedure for ad hoc arbitrations*”. VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 146.

Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL – o problema causado pelo art. 23 (3). Vejamos o que aduz o ilustre professor:

A atribuição de poderes ao árbitro para regular seus próprios poderes, porém, resolve apenas parte do problema, pois, em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem; [...] pense-se na hipótese de uma das partes promover demanda arbitral, enfrentando alegação do adversário de invalidade da convenção de arbitragem, ao mesmo tempo em que este último propõe demanda perante o juiz togado (onde o primeiro, alegando a validade da convenção de arbitragem, pleiteará a extinção do processo). Em tal hipótese, o que fazer? Não havendo como reunir os dois processos (a reunião de processos, por conexão, é inaplicável à arbitragem), o risco de decisões conflitantes será grande (o juiz estatal rejeita a defesa, afirmando sua competência, ao mesmo tempo em que o árbitro rejeita a alegação de invalidade da convenção arbitral e também afirma sua competência!). A forma mais sensata de resolver este tipo de impasse será suspender o processo arbitral até a decisão, pelo juiz togado, da questão preliminar que lhe terá sido submetida, até porque, ao final e ao cabo, tocará ao juiz togado enfrentar a questão da validade da convenção de arbitragem na demanda, que será certamente movida pela parte resistente [...]. Embora não seja esta a hipótese mirada [...] a suspensão do processo arbitral parece, *in casu*, a solução menos traumática.<sup>43</sup>

Portanto, falta firmeza ao dispositivo para debelar medidas meramente dilatórias, como, por exemplo, as *anti-suit injunctions*<sup>44</sup>. Passemos à breve análise da mais relevante norma institucional sobre o tema.

A Câmara de Comércio Internacional (*Chambre de Commerce Internationale – CCI*), é a maior e mais representativa instituição comercial do mundo<sup>45</sup>, detendo fundamental importância para a arbitragem comercial internacional, tanto pelos seus mecanismos de resolução de disputa<sup>46</sup> quanto pela sua produção normativa institucional<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9307/96. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 176.

<sup>44</sup> Medidas por meio das quais um juiz estatal, a pedido de uma das partes, proíbe que a parte adversa dê início a um processo perante outra jurisdição ou pratique atos destinados a dar prosseguimento a um processo já proposto perante outra jurisdição. SCHWIND, Rafael Wallbach. As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a administração pública. *in*: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e poder público**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

<sup>45</sup> Disponível em: <http://www.investopedia.com/terms/i/international-chamber-of-commerce-icc.asp>; Acesso em: 31/10/2014.

<sup>46</sup> Em especial, para o interesse do presente estudo, a *International Court of Arbitration (ICA)*.

<sup>47</sup> Para a presente análise, interessa o Regulamento de Arbitragem da CCI, disponível em: <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution->

É relevante a análise do art. 6º do Regulamento, sob a rubrica “*Efeitos da convenção de arbitragem*”, *in verbis*:

1. Quando as partes tiverem concordado em recorrer à arbitragem de acordo com o Regulamento, serão elas consideradas como tendo se submetido *ipso facto* ao Regulamento em vigor na data do início da arbitragem, a não ser que tenham convencionado se submeterem ao Regulamento em vigor na data da convenção de arbitragem.
2. Ao convencionarem uma arbitragem de acordo com o Regulamento, as partes aceitam que a arbitragem seja administrada pela Corte.
3. Caso alguma das partes contra a qual uma demanda é formulada não apresente uma resposta, ou formule uma ou mais objeções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem ou quanto à possibilidade de todas as demandas apresentadas serem decididas em uma única arbitragem, a arbitragem devida prosseguir e toda e qualquer questão relativa à jurisdição ou a possibilidade de as demandas serem decididas em conjunto em uma única arbitragem devida ser decidida diretamente pelo tribunal arbitral, a menos que o Secretário Geral submeta tal questão à decisão da Corte de acordo com o artigo 6º(4).
4. Em todos os casos submetidos a Corte, de acordo com o artigo 6º(3), esta devida decidir se, e em que medida, a arbitragem devida prosseguir. A arbitragem devida prosseguir se, e na medida em que, a Corte esteja *prima facie* convencida da possível existência de uma convenção de arbitragem de acordo com o Regulamento. [...]
5. Em todos os casos decididos pela Corte de acordo com o artigo 6º(4), qualquer decisão relativa à competência do tribunal arbitral, exceto com relação à partes ou demandas a respeito das quais a Corte decida que a arbitragem não deve prosseguir, será tomada pelo próprio tribunal arbitral.
6. Caso as partes sejam notificadas de uma decisão da Corte de acordo com o artigo 6º(4) no sentido de que a arbitragem não deve prosseguir em relação a algumas ou todas elas, qualquer parte manterá o direito de submeter a qualquer jurisdição competente a questão sobre se existe uma convenção de arbitragem vinculante e quais partes estão a ela vinculadas.

Nota-se que os mecanismos previstos pelo regulamento têm como finalidade evitar interrupções ao procedimento arbitral em curso, sejam elas provocadas por ação ou omissão da parte interessada em procrastiná-lo ou mesmo desconstituí-lo.

O dispositivo em comento, em especial no parágrafo 4, determina um procedimento institucional interno para que a decisão sobre o prosseguimento da arbitragem seja resolvida sem que ocorra a necessidade, no momento, de recurso ao juiz estatal.

Finalmente, preserva-se o princípio da competência-competência em relação aos árbitros no parágrafo 5, e o acesso ao judiciário no parágrafo 6, todos eles harmonizados e com as suas competências devidamente alocadas, do ponto de vista cronológico e funcional.

### 2.3.2 Dimensões positiva e negativa da competência-competência na lei-modelo da UNCITRAL

A adoção, em 1985, pela UNCITRAL<sup>48</sup>, de uma “lei-modelo” sobre arbitragem comercial internacional, foi considerada a forma mais adequada para alcançar o estabelecimento de padrões uniformes nos procedimentos arbitrais<sup>49</sup>.

Embora a “lei-modelo” e o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL tenham vários dispositivos relacionados, aquela garante às partes um maior grau de autonomia do que este e, portanto, proporciona moldura legal mais adequada, independente das regras arbitrais a serem aplicadas, se *ad hoc* ou institucionais<sup>50</sup>.

A dimensão positiva da competência-competência está encartada no art. 16 (3) da “lei-modelo”, sendo cediço que um grande número de países adotou em seus procedimentos domésticos essa dimensão do princípio (vale reprisar, menos debatida) graças à influência da “lei-modelo”<sup>51</sup>.

Passemos à leitura do dispositivo em comento<sup>52</sup>:

*Artigo 16 – Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência*

(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissatória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão

<sup>48</sup> Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional, ou, em inglês, *United Nations Commission on International Trade Law. Website* disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>. Acesso em: 31 de outubro de 2014.

<sup>49</sup> VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 154.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> “*Sous l’influence notamment de la loi-type de la CNUDCI qui l’a adopté en son article 16, paragraphe 3, il [effet positif] est aujourd’hui reconnu dans un très grand nombre de pays et fait partie des règles du droit de l’arbitrage international qui ne se discutent plus guère.*” GAILLARD, Emmanuel. *L’effet négatif de la compétence-compétence*. p. 390.

<sup>52</sup> *In*: CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 513

do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissatória.

(2) A exceção de incompetência do tribunal arbitral pode ser arguida o mais tardar até a apresentação das alegações de defesa. O fato de uma parte ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação, não a priva do direito de arguir esta exceção. A exceção baseada no excesso de poderes do tribunal será arguida logo que surja no decurso do processo arbitral a questão que se considera exceder esses poderes. O tribunal arbitral pode, em ambos os casos, admitir uma exceção arguida após o prazo previsto, se considerar justificada a demora.

**(3) O tribunal arbitral pode decidir sobre a exceção referida no parágrafo 2 do presente artigo, quer enquanto questão prévia quer na sentença sobre o fundo. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer das partes pode, no prazo de trinta dias após ter sido avisada desta decisão, pedir ao tribunal referido no artigo 6 que tome uma decisão sobre este ponto, decisão que será insuscetível de recurso; na pendência desde pedido, o tribunal pode prosseguir o processo arbitral e proferir a sentença<sup>53</sup>(grifo nosso).**

Através desse dispositivo, a “lei-modelo” confere ao tribunal arbitral o direito explícito de determinar a sua própria jurisdição através de uma sentença “preliminar”, sujeita à contestação mediante requerimento da parte interessada em até trinta (30) dias.

Referida disposição encontrou ressonância, com maior ou menor distorção, em diversos sistemas jurídicos<sup>54</sup>, como se verá em detalhe no capítulo seguinte<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> No original: “Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may 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 which 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 and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defense. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award”. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em: 31 de outubro de 2014.

<sup>54</sup> “The statute dates from 1985, when the United Nations sponsored a Model Law on International Commercial Arbitration, which has been enacted in more than fifty countries, including Australia, Canada, Egypt, Germany, Hong Kong, India, Iran, Mexico, Nigeria,

Novamente, não se pode dizer o mesmo do aspecto negativo do princípio. Examinemos primeiramente o texto do art. 8 (1)(2) da “lei-modelo” da UNCITRAL<sup>56</sup>, *infra*:

*Artigo 8. Convenção de arbitragem e ações propostas quanto ao fundo do litígio num tribunal*

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

2. Quando tiver sido proposta num tribunal uma ação referida no parágrafo 1 do presente artigo, o processo arbitral pode, apesar disso, ser iniciado ou prosseguir, e ser proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal.<sup>57</sup>

O reconhecimento do aspecto negativo do princípio da competência-competência é mitigado pela parte final do parágrafo 1, que condiciona a eficácia do efeito negativo ao exame, pela autoridade estatal, acerca de eventual vício ou defeito na convenção: “*a não ser que [o tribunal estatal] considere o compromisso [arbitral] nulo e sem efeito, inoperante ou incapaz de ser executado.*”

Parte da doutrina afirma que este dispositivo rechaça por completo o efeito negativo da competência-competência, como parece ser o entendimento de Bertrand Ancel:

Nos sistemas que seguem a Lei-modelo da UNCITRAL ou o modelo da Convenção de Nova Iorque de 1958, o árbitro não se beneficia de nenhuma prioridade, enquanto que o juiz dispõe de um poder de pleno exame da cláusula arbitral.<sup>58</sup>

---

*Russia, Scotland, Singapore, Spain, and New Zealand. Within the United States, California, Connecticut, Illinois, Oregon, and Texas have adopted the Model Law on a state level.”* PARK, William W., *op. cit.*, p. 52.

<sup>55</sup> *E.g.*, o caso da **Alemanha**: *Zivilprozessordnung (ZPO)*, art. 1040 (3).

<sup>56</sup> *Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court*

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

<sup>57</sup> Tradução de Carlos Alberto Carmona. *In*: CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 510.

<sup>58</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 57.

Até mesmo porção doutrinária menos afeta ao aspecto negativo do princípio parece concordar com Ancel sobre a ausência desse aspecto na “lei-modelo”, como se depreende da fala do professor William W. Park, da *Boston University School of Law*: “a Lei Modelo não impede os tribunais de considerar uma cláusula arbitral sem efeito no contexto de uma ação judicial sobre o mérito do caso, assumindo jurisdição estatal sobre a disputa”<sup>59</sup>.

Aparentemente, a “lei-modelo” vislumbra a possibilidade de procedimentos simultâneos entre cortes estatais e arbitrais com relação à competência do tribunal arbitral<sup>60</sup>.

Quando a parte final do artigo 8 (1) diz que o juízo estatal deverá encaminhar as partes para a arbitragem “a menos que”, na prática, abre precedente para o entendimento “somente se não”, e a diferença entre um e outro é a profundidade do exame das alegações, se pleno ou *prima facie*.

### 2.3.3 Previsão normativa na Convenção de Nova Iorque

É inegável que a Convenção de Nova Iorque<sup>61</sup>, de 1958 cooperou<sup>62</sup> com a arbitragem internacional no sentido de prover mecanismos uniformes para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Ainda que o texto da Convenção tenha como objetivo principal a regulamentação das etapas consequentes do procedimento arbitral, através da facilitação no reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, a fase

<sup>59</sup> PARK, William W., *op. cit.*, p. 53.

<sup>60</sup> Na fala de Ancel, mais do que simultâneos, são procedimentos *concorrentes*: “O § 2º do mesmo art. 8 tira a consequência desta solução: a competência do juiz para se pronunciar sobre a convenção de arbitragem não causa a suspensão do procedimento arbitral se ele tiver sido iniciado. Desta forma, se a questão da convenção de arbitragem vier a ser submetida ao árbitro, este, em razão do efeito positivo, poderá conhecê-la e, sendo o caso, declarar-se competente com relação ao contencioso de fundo. Existe assim, com este efeito positivo sem efeito negativo, concorrência das competências para apreciar a convenção de arbitragem.” ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>61</sup> Convenção sobre o reconhecimento e a exequibilidade de sentenças arbitrais estrangeiras, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. O texto em inglês da convenção encontra-se disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)> Acesso em: 30 de outubro de 2014.

<sup>62</sup> Nas palavras de 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.

precedente e de desenvolvimento do procedimento está prestigiada através da adoção, ainda que parcial<sup>63</sup>, do princípio da competência-competência, encapsulado em seu art. 2 (3), senão vejamos:

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 inexecuível.

Cabe aqui breve menção ao que observou o professor Carmona 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 despidianda a assinatura de instrumento contratual pelos contratantes.<sup>64</sup>

Oportuno observar que a Convenção de Nova Iorque comporta certa flexibilidade em sua adoção, ou seja, ela se presta a ser um “mínimo denominador comum para o trânsito de sentenças arbitrais entre países, sem com isso afastar condições mais favoráveis previstas na lei interna”<sup>65</sup>.

Considerando, portanto, que o diploma em comento adota apenas parcialmente o princípio da competência-competência, ou seja, *explicitamente* com relação à sua dimensão positiva e *implicitamente* quanto ao seu efeito negativo, mas não se presta a afastar condição mais favorável eventualmente previsto na lei interna dos países signatários, há de se verificar a interpretação

---

<sup>63</sup> “[...] o princípio da ‘competência-competência’, em seu efeito negativo, não está totalmente consagrado pela Convenção de Nova Iorque de 1958.” BOISSESSON, Mathieu de. *Op. cit.* p. 141.

<sup>64</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>65</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Anotações de aula ministrada no curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na disciplina Meios Alternativos de Solução de Litígios, 1º sem. em 20 de maio de 2014. Encontra ressonância, ainda, nas lições de: BOISSESSON, Mathieu de. *Op. cit.* p. 141. FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Op. cit.*, p. 291.

dada por quem a ratificou<sup>66</sup>, em especial no que se refere a análise *prima facie* sobre a existência, validade ou escopo do compromisso arbitral.

#### 2.3.4 Análise *prima facie*

De acordo com as balizas fornecidas pela “lei-modelo” e Convenção de Nova Iorque, cabe a cada Estado legislar no sentido de regulamentar o instituto da arbitragem, tanto para os procedimentos domésticos quanto para os internacionais.

Nesse sentido, e à luz do que prevê o art. 8 (1) da “lei-modelo”, em consonância com o art. 2 (3) da Convenção de Nova Iorque, a adoção do princípio da competência-competência se dará, para cada um de seus aspectos, na medida: a) do que se considere, no exame perante o judiciário, como “manifestamente<sup>67</sup> nulo e sem efeitos”, “inoperante” ou “inexequível” e; b) em que momento tal consideração poderá ocorrer.

Mas o que se pode considerar manifestamente nulo? Que tipo de alegações seriam aferíveis *prima facie*, de modo flagrante, *ictu oculi*, independentemente da produção de qualquer dilação probatória?

Para Pedro Batista Martins, a exceção se presta para os casos em que o vício manifesto é “no sentido estrito e inflamado da dicção. Um vício, efetivamente, extravagante. Um verdadeiro absurdo jurídico. Algo que, avistado, não deixa dúvidas quanto à nulidade da cláusula”. No arremate: “algo, enfim, teratológico”<sup>68</sup>.

Parta-se, desde logo, da premissa de que o exame judiciário da alegada nulidade é, neste primeiro momento, uma concessão, e não uma obrigação, visto que a dominante maioria dos ordenamentos jurídicos prevê a

---

<sup>66</sup> Em 2009, ano da edição da obra do professor Carmona consultada para esta referência, a Convenção de Nova Iorque já havia sido ratificada por mais de 160 países. CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>67</sup> No art. 2 (3) da Convenção não há ocorrência do advérbio “manifestamente”, mas desde logo o tomamos de empréstimo da redação do *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 incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.*” (grifamos)

<sup>68</sup> MARTINS, Pedro Batista. *Op. cit.*, p. 182.

alocação de totais poderes de revisão ao judiciário após a prolação da sentença arbitral<sup>69</sup>.

Com efeito, parte minoritária da doutrina pátria entende que, no caso brasileiro, não seria sequer uma concessão recomendável, salvos em raríssimas exceções:

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.<sup>70</sup>

No âmbito doutrinário internacional, Ancel assevera que as disposições do art. 8 (1) da “lei-modelo” e 2 (3) da Convenção de Nova Iorque visam “tornar incompetente o tribunal estatal”, o que é justamente o efeito esperado na presença de um compromisso arbitral, diga-se, mas subordina o reenvio à arbitragem “a uma apreciação da eficácia em relação ao litígio para qual ele [tribunal estatal] foi acionado”.

E continua: “essa apreciação não é um simples controle *prima facie*, mas é feita em pleno conhecimento de causa em ausência de indicação contrária”<sup>71</sup>.

Se em dado momento histórico a revisão judicial da decisão arbitral poderia ser até mesmo inaplicável, consoante a vontade das partes<sup>72</sup>, o outro

---

<sup>69</sup> É o caso do Brasil, inclusive, através do expediente de anulação da sentença arbitral, previsto no art. 33 da LBA. Também é o caso da França, sob os arts. 1502 para arbitragens internacionais e 1483 para as domésticas, ambos do já citado NCPC.

<sup>70</sup> 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, p. 366. In: MARTINS, Pedro Batista. *Op. cit.*, p. 182.

<sup>71</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>72</sup> *Kompetenz-Kompetenz Klausel*, de origem alemã, foi a concepção originária e radical do termo, para a qual os árbitros eram juízes únicos e últimos e sua competência. Após a reforma na lei arbitral alemã, em 1998, o art. 1.040 do ZPO restituiu ao poder estatal a prerrogativa de revisão *a posteriori* (e em alguns casos, *a priori*) sobre a competência dos árbitros. Ver: SCHLOSSER, Peter. The competence of Arbitrators and of Courts, *Arbitration International* 189, 1992, p. 199-200. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 146.

extremo, qual seja, a supressão *prematura* da competência arbitral, não parece ser a resposta adequada ao problema<sup>73</sup>.

A “mutação” do competência-competência amplamente difundida no cenário internacional não é aquela que pugna pelo distanciamento definitivo da jurisdição estatal, modelo esse já superado, mas, de outra forma, é a que busca a preferência cronológica em favor do pronunciamento dos árbitros acerca de sua própria competência<sup>74</sup>.

Considere-se que eventual concessão normativa no sentido de autorizar o judiciário a conduzir análise *prima facie* sobre alegada nulidade existe tão somente de modo a reduzir a margem de contingência sobre tais alegações, e não o oposto.

Vislumbre-se, portanto, que a previsão de o judiciário constar um vício manifesto é mais restritiva do que não prever constatação alguma (a não ser, é claro, que referida manifestação fosse expressamente proibida).

Tomando de empréstimo a análise sociológica de Luhmann sobre o direito, trata-se de um dispositivo “normativamente fechado e cognitivamente aberto”<sup>75</sup>. A norma demanda que o vício seja “manifesto”, e o que se considerará 'por “manifesto” dependerá da cognição do julgador.

Em suma, seria preferível que a cognição estatal ocorresse, tanto quanto possível, *a posteriori*. A ideia não é proibir o acesso ao judiciário, mas sim garantir o acesso à arbitragem.

---

<sup>73</sup> Pelo contrário, será parte do problema, como se verá no capítulo sobre as *anti-suit injunctions*, adiante.

<sup>74</sup>TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, a. 2. v. 13. p 121.

<sup>75</sup>LUHMANN, Niklas. **Sociologische Aufklärung 1**: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme. 6. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1991, *passim*.

### 3 ABORDAGEM NO DIREITO COMPARADO

#### 3.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A tradição estadunidense em termos de legislação arbitral é no sentido de permitir às partes o direito de arguir a incompetência dos árbitros a qualquer momento, seja antes ou após a prolação da sentença. Tais ações encontram guarida nas seções 3 e 4 do FAA (*Federal Arbitration Act*), dispositivos esses que parecem não adotar o princípio da competência-competência em absoluto<sup>76</sup>.

A questão acerca de um tribunal arbitral ter ou não jurisdição sobre um caso é tratada, de maneira genérica, sob a rubrica de *arbitrabilidade*<sup>77</sup>, sendo decidida em sede de questão *preliminar* pelas cortes estatais, suprimindo, portanto, o princípio da “competência-competência”.

O posicionamento estadunidense é hesitante em relação ao competência-competência, tendo um enfoque contratual, ou seja, na vontade das partes, como a fonte de poder dos árbitros para determinar a sua própria jurisdição<sup>78</sup>.

A possibilidade de intervenção estatal no caso estadunidense é elastecida ao ponto de se inverter o critério de análise da validade do compromisso arbitral:

*“A Suprema Corte sustentou que compete às cortes nacionais decidirem sobre a existência ou validade do compromisso arbitral, a menos que exista clara evidência de que as partes pactuaram em submeter o litígio ao tribunal [arbitral].”*<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> *“In the US, the Federal Arbitration Act ss. 3-4 do not seem to recognize the principle of competence-compétence at all, granting jurisdiction to the Federal district courts to decide the existence or validity of an arbitration agreement.”* In: BREKOULAKIS, Stravos. The negative effect of compétence-compétence: the verdict has to be negative. Queen Mary School of Law Legal Studies, Research Paper n. 22/2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1414325>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

<sup>77</sup> As cortes estadunidenses são reticentes quanto ao uso do mesmo vocabulário jurídico de outras nações, preferindo falar em *questão de arbitrabilidade* no lugar de *jurisdição*. VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 146.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 171.

<sup>79</sup> BREKOULAKIS, Stravos. *Op. cit.*, p. 6.

Não à toa, na divisão didática proposta pelo professor Gaillard, os Estados Unidos consta entre os países classificados como “hostis ao princípio negativo da competência-competência”<sup>80</sup>.

A abordagem estadunidense em relação ao competência-competência é digna de nota não pelo seu caráter liberal em relação ao instituto, mas sim pela relevância do comércio internacional dessa nação no cenário global, e pelo fato de que as construções doutrinárias, normativas e jurisprudenciais estadunidenses têm potencial para impactar profundamente as disputas arbitrais em todo o mundo<sup>81</sup>.

### 3.2 ALEMANHA

A abordagem germânica em relação ao competência-competência se divide entre *pré* e *pós* reforma do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung – ZPO*), ocorrida em 1998.

Antes da reforma, conforme já exposto, vigorava o regime do *Kompetenz-Kompetenz Klausel*, vale repetir, quando a autonomia da escolha das partes pelo afastamento da jurisdição estatal prevalecia em absoluto<sup>82</sup>.

Sobre a possibilidade de se discutir em juízo estatal a competência do tribunal arbitral, a reforma de dezembro de 1998 foi consideravelmente influenciada pelas disposições do art. 8 da “lei-modelo” e art. 2 (3) da Convenção de Nova Iorque, cujo dispositivo análogo no ZPO é o art. 1032<sup>83</sup>:

<sup>80</sup> GAILLARD, Emmanuel. L'effet négatif de la compétence-compétence. *Op. cit.*, p. 387.

<sup>81</sup> GOMM-SANTOS, Mauricio; SMITH, Quinn. *A possível alteração do cenário arbitral nos Estados Unidos e seus efeitos na arbitragem internacional*. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (org.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo, Saraiva: 2010. p. 360-381.

<sup>82</sup> PARK, William W., *op. cit.*, p. 93.

<sup>83</sup> Versão traduzida para o inglês, conforme abaixo:

“Section 1032

Arbitration agreement and proceedings brought before the courts:

(1) Should proceedings be brought before a court regarding a matter that is subject to an arbitration agreement, the court is to dismiss the complaint as inadmissible provided the defendant has raised the corresponding objection prior to the hearing on the merits of the case commencing, unless the court determines the arbitration agreement to be null and void, invalid, or impossible to implement.

(2) Until the arbitral tribunal has been formed, a petition may be filed with the courts to have it determine the admissibility or inadmissibility of arbitration proceedings.

(3) Where proceedings are pending in the sense as defined by subsection (1) or (2), arbitration proceedings may be initiated or continued notwithstanding that fact, and an arbitration award may be handed down”. Disponível em: < [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html)>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

Inobstante o art. 1040 do ZPO consagrar<sup>84</sup>, por seu turno, a dimensão positiva da competência-competência, é evidente que a ausência da contraparte negativa possibilita, na prática, a intervenção estatal no procedimento arbitral antes mesmo de ser prolatada qualquer sentença arbitral.

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*<sup>85</sup>.

### 3.3 SUÍÇA

O aspecto mais interessante da experiência normativa suíça é observar que este país no, que se refere ao controle judicial da validade do compromisso arbitral, fez uma clara distinção entre arbitragens internas e internacionais.

Em síntese, para as arbitragens domésticas será observado o controle *prima facie*, enquanto que na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras o exame a ser realizado pelo judiciário será pleno<sup>86</sup>.

O aspecto mais criticado da legislação suíça foi, sem dúvidas, acerca de sua interpretação (errônea)<sup>87</sup> sobre a regra da *lis pendens (in casu*,

---

<sup>84</sup> Versão traduzida para o inglês, conforme abaixo:

“Section 1040

Authority of the arbitral tribunal to decide on its own competence

(1) The arbitral tribunal may decide on its own competence, and in this context also regarding the existence or the validity of the arbitration agreement. In this context, an arbitration clause is to be treated as an agreement independent of the other provisions of the agreement.

(2) The objection as to a lack of competence of the arbitral tribunal is to be submitted by no later than the time at which the reply to the request for arbitration is made. A party shall not be prevented from raising such an objection because of its having appointed an arbitral judge, or because of its having assisted in his appointment. The objection as to the arbitral tribunal having exceeded its authorities is to be raised as soon as the matter with regard to which this allegation is being made is discussed in the arbitration proceedings. In either case, the arbitral tribunal may permit such an objection to be raised later if the party raising it provides sufficient excuse for such delay.

(3) Where the arbitral tribunal believes it has competence, it shall rule on an objection raised pursuant to subsection (2) in an interim decision as a matter of principle. In such event, each of the parties may apply for a court decision to be taken, doing so within one (1) month of having received the written notice as to the interim decision. For the period during which such a petition is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitration proceedings and may deliver an arbitration award.” Disponível em: < [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html)>. Acesso em: 02 de novembro de 2014

<sup>85</sup> PARK, William W. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>86</sup> TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Op. cit.*, p. 121.

acolhendo eventual arguição de “litispendência” pela parte que ajuizou pedido perante tribunal estatal estrangeiro antes de a arbitragem ser instaurada na Suíça, por exemplo, dando azo a manobras evidentemente dilatórias).

### 3.4 FRANÇA

A abordagem francesa leva em grande consideração o papel institucional da arbitragem, reconhecendo a *function juridictionnelle* exercida pelos árbitros<sup>88</sup>, derivada do princípio geral processual no sentido de que “qualquer autoridade pública (*rectius*: sujeito investido de poder decisório)”<sup>89</sup> é competente para decidir sobre sua própria jurisdição<sup>90</sup>.

A redação do NCPC (*Nouveau Code de Procédure Civile*) consagra claramente o princípio da competência-competência em sua dimensão negativa<sup>91</sup>:

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 [arbitral] ainda não estiver formado, a jurisdição [estatal] deverá da mesma forma declarar-se incompetente a menos que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula [...]<sup>92</sup>

De acordo com Fouchard<sup>93</sup>, a expressão *manifestamente nula* deverá ser interpretada de forma bastante restrita: “Esta nulidade é óbvia, incontestável e incapaz de ser posta em causa por quaisquer argumentos sérios”<sup>94</sup>.

<sup>87</sup>Sobre o tema, ver: PARK, William W. *Op. cit.*, p. 50; GAILLARD, Emmanuel. The negative effect of competence-competence. *Op. cit.*, p. 269-274

<sup>88</sup> VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>89</sup>TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Op. cit.*, p. 120.

<sup>90</sup> VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>91</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>92</sup>*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 incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.[...]*”.

Disponível em: < <http://www.lexinter.net/NCPC/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

<sup>93</sup> FOUCHARD, Phillipe. La coopération du President du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage”, *Rev. Arb.* 1985, p. 27. *In*: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>94</sup> No texto consultado: “*This nullity is obvious, indisputable and unable to be called into question by any serious arguments*”. *Idem*.

Alem da evidente postura *pró-arbitragem*, o modelo francês oferece a vantagem de coibir com eficiência eventuais táticas dilatórias de litigantes de má-fé, poupando recursos estatais que seriam despendidos com o processamento de eventuais *anti-suit injunctions* e, finalmente, oferecendo ao juízo estatal, em sede de revisão de sentença, o benefício de desfrutar de toda a argumentação levada em consideração pelos árbitros para fundamentar a decisão arbitral<sup>95</sup>.

Trata-se, portanto, de uma opção política “pró-arbitragem”, mas que interessa à organização judiciária, à gestão do serviço público e da justiça. Nas palavras de Ancel:

Se fosse admitido que uma ou outra parte pudesse recorrer às jurisdições estatais em busca de ações declaratórias para levar estas a examinar a fundo e em toda hipótese a questão da validade do acordo compromissório, isto resultaria em um crescimento do número de recursos, o que seria incompatível com a letra e o espírito do novo Código de Processo Civil.<sup>96</sup>

Conclusivamente, pode-se dizer que o modelo francês sinaliza uma adesão ao conceito de *pluralismo* na construção do direito (em oposição ao monismo da concepção contratual da arbitragem), tendo a arbitragem uma função de instituto jurisdicional extra-estatal<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> GAILLARD, Emmanuel. L'effet négatif de la compétence-compétence. *Op. cit.*, p. 398 *et seq.*

<sup>96</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>97</sup> *Idem.*

## 4 O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA NO BRASIL

### 4.1 NORMAS COGENTES

#### 4.1.1 LBA – Princípio da Autonomia da cláusula compromissória.

O entendimento doutrinário é sólido no sentido de reconhecer a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver encartada, conservando-a hígida ainda que haja nulidade do negócio jurídico na qual está inserida. Vejamos a previsão normativa contida no art. 8º da LBA:

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.

É nítido, com a inclusão expressa de referido princípio no corpo da lei, o intento de se buscar a preservação da vontade das partes que, no uso de sua autonomia privada, “pactuaram o compromisso de submissão de controvérsias ao juízo arbitral”<sup>98</sup>.

A inteligência do dispositivo encontra pertinência lógica<sup>99</sup>, além de ser compatível com a orientação no sentido de dar a preferência ao árbitro para se pronunciar sobre a validade da cláusula compromissória.

Não fosse assim, “seria muito fácil afastar a competência dos árbitros, pois bastaria que qualquer das partes alegasse a nulidade do contrato para que surgisse a necessidade de intervenção do juiz togado”<sup>100</sup>.

Tão sólido é este entendimento que, mesmo na hipótese de o contrato “principal” ser resilido, tocará ao árbitro, e não ao juiz togado, por força da referida autonomia, resolver o litígio<sup>101</sup>.

No dizer de Pedro Batista Martins, “a autonomia da cláusula e a competência-competência atuam como verdadeiras blindagens jurídicas àqueles que buscam se afastar da obrigação assumida de submeter as controvérsias ao juízo arbitral”<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup>STEINER, Renata Carlos. **Arbitragem e autonomia da cláusula compromissória**. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, a. 8, n. 31. out-dez. 2011, p. 132.

<sup>99</sup> Como já exposto, *Ex nihilo nihil fit*, ou seja, “nada vem do nada”.

<sup>100</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 173.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>102</sup> MARTINS, Pedro Batista. *Op. cit.*, p. 173.

Carmona conclui com precisão o raciocínio sobre a autonomia da cláusula compromissória:

A lei, portanto, foi clara no sentido de permitir a autonomia da cláusula, embora não ignore que, em diversas situações, as causas de nulidade (e de anulabilidade) tanto do contrato principal quanto da cláusula possam ser as mesmas, já que ambos os pactos podem ter sido gerados conjuntamente, padecendo dos mesmos vícios, especialmente no que se refere à declaração de vontade (vícios de consentimento) ou capacidade dos contratantes.<sup>103</sup>

O resultado prático da regra é afirmar a competência dos árbitros para o julgamento de qualquer controvérsia havida entre os contratantes, inclusive quando for suscitada a invalidade do negócio jurídico.

Assente o reconhecimento da autonomia da cláusula compromissória, esta não mais pode ser atingida pela crítica ao contrato por si só, e o árbitro, cuja qualidade não é colocada em dúvida, não pode ser paralisado por eventual crítica. Logo, poderá conhecer da questão da validade do contrato principal<sup>104</sup>.

A alternativa que resta a parte que busca impedir ou paralisar o procedimento arbitral é redirecionar o ataque contra a própria convenção de arbitragem, em especial nas hipóteses em que a invalidade do contrato contaminar a cláusula compromissória, pelo advento da causa comum<sup>105</sup>, tal qual a incapacidade absoluta do contratante, por exemplo.

#### 4.1.2 LBA – Dimensão positiva da competência-competência.

O advento da LBA, em setembro de 1996, foi determinante para que o Brasil deixasse de ser uma das “últimas ilhas do mundo resistentes à arbitragem”<sup>106</sup>.

A perspectiva brasileira sobre o princípio da competência-competência é inspirada no modelo francês, significando que a instância estatal ocorrerá a *posteriori*, por provocação da parte interessada, mediante ação de anulação da sentença arbitral. Parte da doutrina tece crítica no sentido de que falta à lei

---

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> ANCEL, Bertrand. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>105</sup> STEINER, Renata Carlos. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>106</sup> VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 172.

brasileira dispositivo claro no sentido de barrar a intervenção judicial até que a sentença arbitral seja proferida, a menos que a convenção de arbitragem seja nula e sem efeitos<sup>107</sup>.

Neste sentido, é seguro afirmar que a LBA reconhece textualmente a dimensão positiva do princípio da competência-competência, senão vejamos o que diz o parágrafo único do art. 8º do referido diploma legal:

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.

Vale reforçar, não se trata de determinação do tipo “*Kompetenz-kompetenz Klausel*”, mas sim da preferência cronológica para que o árbitro se pronuncie sobre a sua própria competência, sujeito, como já dito, ao controle judiciário *a posteriori*.

Tal entendimento emerge com maior clareza a partir da leitura do art. 20 da LBA, *infra*:

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

§ 1º. Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta lei; reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

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

Indubitavelmente a legislação pátria atribuiu aos árbitros o poder de decidir, por provocação ou de ofício, se a convenção de arbitragem existe juridicamente, e se é válida e eficaz<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>108</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Op. cit.*, p. 282.

Na precisa análise de Pedro Batista Martins, a redação do art. 20 da LBA indica que:

(i) os princípios da autonomia e da competência-competência não se afiguram como radicalizador do legislador, (ii) não se retira da parte que argui a nulidade o acesso à justiça comum e (iii) a sistemática da lei confere mera prevalência temporal da jurisdição arbitral sobre a estatal, cuja intervenção se faz em caráter subsidiário.<sup>109</sup>

Importante salientar que a decisão dos árbitros, caso acolham a exceção e extingam o processo arbitral, não estará sujeita a revisão judicial, evitando assim o conflito negativo de competência.

De outra maneira, declarando os árbitros a sua própria competência, terá curso o procedimento arbitral, restando à parte irrisignada a ação anulatória do art. 33.

Evidente, portanto, a vontade do legislador em prover mecanismos para que o procedimento arbitral não seja interrompido pela intervenção estatal, pelo menos não neste primeiro momento<sup>110</sup>.

#### *4.1.3 CPC, art. 267, VII – Dimensão negativa da convenção de arbitragem.*

Resta ainda analisar a possibilidade em que a parte viola o pacto de resolução pela via arbitral, buscando o deslinde do conflito pela via judicial inobstante a existência de convenção de arbitragem.

Diante de tal hipótese, constatando o juiz togado que há uma convenção de arbitragem sobre o tema de uma ação que lhe foi endereçada, “não resta outra opção que não a prolação de sentença terminativa, pondo fim ao processo judicial, sem julgamento de mérito”<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> MARTINS, Pedro Batista. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>110</sup> *Idem.*

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 183.

#### 4.1.4 Convenção de Nova Iorque

Sucessora cronológica do Pacto de Genebra<sup>112</sup>, a Convenção de Nova Iorque não é tão explícita quanto o art. 8º da LBA no que toca a adoção do princípio da competência-competência.

Deve-se, majoritariamente, ao fato de ser uma normativa que busca trazer linhas gerais para a execução de sentenças estrangeiras, prestando-se ao provimento de padrões mínimos a serem adotados pelos países pactuantes<sup>113</sup>.

O tratado entrou em vigor em 7 de julho de 1959, e foi ratificado pelo Brasil somente em 2002, por força do Decreto nº 4.311/2002.

Repisa-se, o princípio da competência-competência está encapsulado no art. 2 (3) da Convenção, *in verbis*:

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.

Novamente, a pedra de tropeço está em determinar a profundidade do eventual controle judicial *prima facie* a ser exercido. Neste sentido, merece destaque o ensinamento de Gaillard, trazido pelo professor Carmona:

[...] Gaillard sugere que o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame. Parece que o ilustre professor parisiense tem razão, já que a limitação da cognição do juiz apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), harmoniza-se com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* adotado pela Lei. Se assim for, poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falta qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma 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 contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Decreto nº 21.187, de 22.3.32.

<sup>113</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Op. cit.*, p. 291.

<sup>114</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 177.

É enfática a anotação doutrinária no sentido de que o texto da Convenção é uma abertura normativa para um processo cognitivo, que há de ser moderado. Trata-se de uma concessão, e não de uma obrigação sobre o juiz togado para que revise *prima facie*, em casos extremos, a validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Neste sentido, contra o “uso desenfreado da regra da convenção de Nova Iorque”, é o alerta de Carmem Tibúrcio:

Sustentar que o judiciário poderia conhecer desde logo alegações sobre a invalidade da cláusula compromissória, a despeito da textualidade da lei, permitiria à parte, que não deseja ver instaurado o procedimento arbitral, alegar facilmente a nulidade do contrato principal e/ou a nulidade da cláusula compromissória para fugir do avençado. Com efeito, todo o arcabouço jurídico criado pelo legislador para conferir execução específica à cláusula compromissória tornar-se-ia inútil, já que bastaria à parte recalcitrante alegar a invalidade da cláusula – nota-se que bastaria a mera alegação – para subtrair a questão da apreciação do tribunal arbitral e transferir o julgamento do caso para a jurisdição estatal.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> TIBÚRCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). In: FERREIRA, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. p. 432.

## 5 ANTI-SUIT INJUNCTIONS

Antiga figura do direito da *common Law*, a “*anti-suit injunction*” é definida como “[...] a interdição feita por uma jurisdição a uma parte, sob pena de sanção, de ajuizar ou dar prosseguimento a uma ação perante uma jurisdição estrangeira”<sup>116</sup>.

Complementarmente, Rafael Wallbach Schwind aponta que o mecanismo de persuasão de tais medidas é acionado “pela cominação de sanções bastante severas, tais como a aplicação de multas pesadas e até mesmo penas de prisão para a parte que a descumprir”<sup>117</sup>.

Na seara arbitral, tem-se observado a utilização de tal medida com o desiderato de descarrilar o procedimento arbitral antes mesmo de sua instauração, obstruir ou protelar o andamento do processo ou oferecer resistência à execução de sentença arbitral já proferida<sup>118</sup>.

Mais das vezes, as alegações deduzidas no bojo dessas medidas versam sobre eventual nulidade da convenção arbitral ou inarbitrabilidade do litígio<sup>119</sup>, conflitando, portanto, com o princípio da autonomia da convenção de arbitragem e, ato contínuo, constituindo verdadeira “ofensa ao princípio da competência-competência”<sup>120</sup>.

Pertinente ressaltar que o princípio da autonomia da convenção de arbitragem, conforme já exposto, prevê a total independência desta em relação ao contrato na qual estiver inserida, de acordo com previsão legal expressa no art. 8º, *caput*, da LBA.

Pois bem, se a cláusula compromissória constitui uma relação jurídica distinta do contrato, “tendo por objeto uma *outra vontade*”<sup>121</sup>, e se a sua ligação

---

<sup>116</sup> BOISSESSON, Mathieu de. *Op. cit.* p. 138.

<sup>117</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a administração pública, *Op. cit.*, p. 153.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>119</sup> BOISSESSON, Mathieu de. *Op. cit.* p. 139.

<sup>120</sup> TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Op. cit.*, no prelo. SCHWIND, Rafael Wallbach. As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a administração pública, *Op. cit.*, p. 160.

<sup>121</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a administração pública, *Op. cit.*, p. 157.

é apenas instrumental<sup>122</sup>, é coerente a dedução de que a nulidade do contrato não implica, necessariamente, nulidade da cláusula.

Para além da doutrina, é este o entendimento jurisprudencial mais acertado, conforme profícua anotação da Ministra Ellen Gracie, em seu voto no Pleno do STF quando da análise da SE 5.206:

Negar a possibilidade de que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furto à submissão à via expedita de solução de controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença.<sup>123</sup>

Diante dessas ponderações, parece acertada a conclusão de Rafael Schwind quando assevera:

Não existe interesse de agir ao se propor uma demanda judicial que tenha por objeto o pleito de reconhecimento de eventual nulidade do contrato em que está inserida uma cláusula de arbitragem, uma vez que se trata de matéria que deve ser submetida à arbitragem nos moldes do que foi previamente entabulado entre as partes.<sup>124</sup>

Na mesma direção, Talamini observa:

A medida judicial antiarbitragem constitui pretensão a uma modalidade de tutela processual que encontra um óbice no ordenamento. Trata-se de instrumento processual inadequado. Pode-se aludir, assim, a falta de interesse legítimo ou impossibilidade jurídica do pedido. o processo judicial instaurado com o escopo de impedir a instauração ou continuidade de uma arbitragem deverá ser extinto sem julgamento de mérito (CPC, arts. 267, VI, e 295, par. ún., III)<sup>125</sup>

<sup>122</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 173.

<sup>123</sup> STF. SE 5206 AgR, Pleno, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004. *In*: TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>124</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a administração pública, *Op. cit.*, p. 157.

<sup>125</sup> TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Op. cit.*, p. 123-124.

Observada a impossibilidade processual do processamento desse tipo de medida, Boissezon assevera que as *anti-suit injunctions* constituem atos parasitários<sup>126</sup> e nefastos<sup>127</sup>, na medida em que perturbam o desenvolvimento regular do procedimento arbitral.

Nas palavras de Gaillard, trata-se de medida utilizada de forma “hostil à arbitragem”, inclusive por países de tradição civilista, como é o caso do Brasil, criando uma situação de “litigiosidade exacerbada”<sup>128</sup>.

Importa observar que as *anti-suit injunctions* são particularmente frequentes no contencioso envolvendo Estados ou empresas estatais, os quais, não raro, obstam a eficácia da convenção de arbitragem livremente acordada recorrendo às suas próprias jurisdições no sentido de proibir ou paralisar o procedimento arbitral.

Nesta toada, é emblemático o caso COPEL *versus* UEG Araucária Ltda., onde o pedido de injunção (proposto pela COPEL) foi formulado em reação a um requerimento de arbitragem apresentado pela UEG perante a CCI, em Paris.

Considerando-se incapaz de concluir uma convenção de arbitragem válida, a COPEL recorreu aos tribunais brasileiros demandando que a cláusula compromissória fosse anulada e que ordenasse à parte requerente da arbitragem a suspensão do procedimento.

Através de decisão proferida em 3 de junho de 2003, o juiz de primeiro grau deferiu a demanda da requerente sob *astreinte* de 0,5% do montante do litígio por dia de infração. Na decisão em comento, constou comando específico no sentido de que a CCI fosse notificada.

No julgamento do mérito, em 15 de março de 2004, o juízo de primeiro grau anulou a convenção de arbitragem.

Em 15 de junho do mesmo ano, o TJPR autorizou a UEG a dar continuidade à arbitragem, alegando que a decisão do juízo *a quo* não tomou conhecimento do princípio da competência-competência. Esse despacho decisório, por seu turno, foi revertido por decisão monocrática proferida pelo presidente do TJPR, em 5 de julho.

---

<sup>126</sup> BOISSESSON, Mathieu de. *Op. cit.* p. 139.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>128</sup> GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. Tradução Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

Mesmo diante do posicionamento do judiciário brasileiro pela não continuidade da arbitragem, o tribunal arbitral, sob a presidência de Karl-Heinz Böckstiegel, com voto favorável de Martin Hunter e dissidente de Jorge Fontoura Nogueira, proferiu sentença<sup>129</sup> afirmando a sua competência entendendo ser cabível a solução arbitral ao deslinde do caso envolvendo estatal (*rectius*: sociedade de economia mista) brasileira.

Os procedimentos judiciais e arbitrais pendentes deram lugar a uma transação, no início de 2006.

Em suma, o caso COPEL colocou em xeque a arbitrabilidade objetiva e subjetiva da cláusula compromissória inserida em contrato que ela mesma, COPEL, firmou.

No provimento da liminar e na decisão do mérito, em primeiro grau, o princípio da competência-competência não foi observado.

Por seu turno, na apreciação recursal pela Terceira Câmara Cível do TJPR, houve claro reconhecimento do princípio da competência-competência aplicável ao caso em litígio, entendimento esse que não se sustentou no exame do mandado de segurança impetrado pela COPEL, tendo como relator o então presidente do TJPR.

---

<sup>129</sup> Sentença parcial sobre competência de 6 de dezembro de 2004 no Caso CCI nº 12656, *UEG Araucária c. Copel*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 11, out-dez. 2006, p. 257.

## 6 EXPOSIÇÃO JURISPRUDENCIAL: *CGTEE v. KfW*

Trata-se de julgamento, pela 15ª Câmara Cível do TJRS, de Apelação que a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE) interpôs face à sentença que, diante da existência de cláusula de arbitragem, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, aplicando o efeito negativo da convenção de arbitragem previsto no art. 267, VII, do CPC.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALSIDADE CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. CLAUSULA DE ARBITRAGEM. FALSIDADE DOS CONTRATOS EM QUE ESTÃO PRESENTES AS CLÁUSULAS ARBITRAIS. POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DECLARAR A NULIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70053386595  
DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL COMARCA DE PORTO ALEGRE

APELANTE: COMPANHIA DE GERACAO TERMICA DE ENERGIA ELETRICA – CGTEE.

APELADO: KREDITANSTALT FUR WIEDERAUFBAU BANKENGRUPPE

[...]

RELATÓRIO

DES. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS (RELATOR)

Trata-se de apelação interposta por COMPANHIA DE GERACAO TERMICA DE ENERGIA ELETRICA - CGTEE, na ação declaratória de falsidade cumulada com exibição de documentos por ela ajuizada contra KREDITANSTALT FUR WIEDERAUFBAU BANKENGRUPPE, da sentença (fls. 1458-1459) que, "verbis":

“FACE AO EXPOSTO, EXTINGO a ação ordinária movida por CGTEE – CIA. DE GERAÇÃO TÉRMICA DE ENERGIA contra KREDITANSTALT FUR WIEDERAUFBAU BANKENGRUPPE em relação ao pedido de falsidade dos contratos listados na inicial, na forma do artigo 267, inciso VII, e na forma do disposto no art. 267, inciso VI, do CPC em relação à pretensão de nulidade dos documentos listados no aditamento da inicial, com a extinção sem resolução do mérito. Arcará a demandante com as custas processuais e honorários do patrono do demandado que fixo em R\$ 3.500,00, montante a ser corrigido pela variação do IGP-M/FGV desde a presente data até o efetivo pagamento, forte o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, considerando o trabalho desenvolvido ao deslinde da questão e o valor do bem de vida posto em causa.”

Em suas razões (fls. 1478-1520), sustenta a apelante: a) existência de cláusula arbitral não é causa absoluta de extinção do feito; b) extinção do feito com base na cláusula de arbitragem não pode subsistir quando a cláusula arbitral se mostra inexistente e/ou inválida; c) art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem e art. 267, VII, do CPC, devem ser interpretados a partir dos princípios da autonomia da vontade e da inafastabilidade do Poder Judiciário; d) todos os documentos são falsos.

Irresignada com a decisão proferida pelo juiz de 1º grau, o qual aplicou *ipsis literis* o princípio da competência-competência, a CGTEE recorreu ao tribunal (vale dizer, apoiada por opinião do Procurador de Justiça do MPRS, manifestada através de parecer):

Com preparo e com contrarrazões, subiram os autos.  
Em parecer, opinou o Ministério Público pelo provimento do recurso de apelação.[...]

#### VOTOS

DES. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS (RELATOR)

Adoto como razões de decidir os fundamentos explicitados no parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Armando Antônio Lotti, que não merecem reparo, até para evitar fastidiosa tautologia, "verbis":

**"O caso em apreço é complexo e exige análise atenta e minuciosa.** Para que se possa melhor elucidar a situação, além do que já se fez inicialmente, cumpre relatar, passo a passo, os acontecimentos processuais, os elementos disponibilizados nos autos e os argumentos lançados pelas partes.

"A presente ação declaratória de falsidade cumulada com exibição de documentos foi proposta pela CGTEE em 10.07.2007, sob a alegação de que a Direção da parte autora tomou conhecimento, em 23.05.2007, por meio de mensagem eletrônica enviada por representante do réu, da existência de supostas garantias que teriam sido outorgadas pela requerente, prestadas em contrapartida à concessão de financiamento por parte do demandado a empresas privadas dos grupos UTE Winimport S/A e Hamburgo Energia e Participações Ltda., para construção de usinas termelétricas nos Estados do Paraná e do Rio Grande do Sul, o qual não estaria sendo honrado pelas citadas empreiteiras. Afirmando a CGTEE desconhecer totalmente tais garantias, aforou a presente demanda objetivando a exibição dos documentos originais, para que fosse realizada perícia técnica a fim de reconhecer a sua falsidade. O feito foi distribuído à 5ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre sob o nº 001/1.07.0207693-0. (grifo nosso)

O argumento suscitado pelo voto será no sentido de que a prova apresentada e pré-constituída, no interesse de limitar a sua atuação no caso concreto à análise *prima facie* do vício:

"A demandante juntou perícia documentoscópica elaborada, a seu requerimento, por profissionais com especificações técnicas, que concluiu pela falsidade dos contratos de garantia relativos ao Grupo Hamburgo e pela provável falsidade dos documentos que diziam respeito ao Grupo Winimport.

"Foi apresentado, após o julgamento de procedência do agravo de instrumento interposto pela autora contra decisão que determinou a adequação do valor da causa, aditamento à peça vestibular, incluindo mais dois documentos que também deveriam ter sua falsidade declarada: o Extrato da Ata da 106ª reunião do Conselho de Administração da CGTEE, de 25.08.2006, e uma carta supostamente enviada ao KfW pelo Presidente da CGTEE (fls. 436/438). O aditamento foi acolhido pelo Juízo "a quo" (fl. 446).

A ata da 106ª reunião com Conselho de Administração foi juntada aos autos com o desiderato de comprovar a incapacidade do subscrevente dos contratos de firmar compromisso em nome da CGTEE.

“Em 17.08.2010, o banco KfW propôs ação indenizatória por danos materiais e morais contra a CGTEE (distribuída perante a 10ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre sob o nº 001/1.10.0214352-8), buscando o ressarcimento dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais enfrentados a partir da conduta dos agentes da sociedade de economia mista. Nos autos daquela demanda, a ora recorrente, ao oferecer contestação, juntou a petição inicial da presente ação declaratória de falsidade cumulada com exibição de documentos para que fosse reconhecida a conexão entre as ações, a qual não foi admitida.

Em suas contrarrazões, a KfW requereu a extinção do feito sem julgamento de mérito, estribada no que prevê o art. 267, VII, do CPC:

[...] De qualquer forma, o réu enfrentou os argumentos da peça portal, requerendo, preliminarmente, a extinção do feito por existência de cláusula de arbitragem em todos os contratos de garantia, a qual excluiria do Poder Judiciário do Brasil a apreciação das disputas oriundas de tais compromissos. Asseverou que, mesmo que se discuta a falsidade dos contratos, a Lei de Arbitragem previu, em seu artigo 8º, os princípios da separabilidade da cláusula de arbitragem e da competência-competência (“Kompetenz-Kompetenz”), segundo os quais compete ao próprio árbitro a análise acerca da validade da convenção arbitral.

Alegou, ainda, falta de interesse processual por parte da CGTEE no que se refere a apresentação de documentos, visto que já havia ocorrido o reconhecimento quanto à falsidade de 8 contratos, por seu turno e; a confissão de assinatura, por parte do Sr. Carlos Marcelo Cecin, em nome da CGTEE (ainda que este não gozasse de competência para tal):

[...] Levantou, ainda, preliminar de falta de interesse processual, uma vez que, conforme conclusões do Laudo Pericial n.º 2408/2007-SETEC/SR/DPF/RS elaborado pela Polícia Federal nos autos do Inquérito Policial n.º 1420/2007-SR/DPF/RS, não haveria mais discussões acerca da falsidade das garantias prestadas em relação ao Grupo Hamburgo e da autenticidade daquelas referentes ao Grupo Winimport, não havendo interesse da autora em requerer a apresentação dos documentos originais e a declaração de sua falsidade. Na mesma linha, destaca que, no Relatório Final da Comissão de Sindicância da CGTEE, concluído em 03.08.2007, restou esclarecido que o Senhor Carlos Marcelo Cecin admitiu ter assinado documentos relativos a garantias em nome da CGTEE por conta de financiamentos tomados pela Winimport, tanto que foi exonerado de seu cargo de Diretor Técnico e Meio Ambiente por entendimento unânime do Conselho. Refere que o encaminhamento de tal relatório ao Ministério Público Federal e à Polícia Federal deu origem ao inquérito policial em que o laudo referido foi elaborado e,

posteriormente, à ação penal em que são investigados os acontecimentos ligados às garantias em questão.

Em sua réplica, a CGTEE refutou a argumentação da KfW, acompanhada pelo MPRS no sentido de não acolhimento da preliminar de extinção do processo (CPC, art. 267, VII), como requereu a apelada:

[...]

“Oferecida réplica (fls. 1.095/1.123), a parte autora refutou todas as preliminares arguidas na contestação.

“O Ministério Público [...] Posicionou-se, da mesma forma, para que fosse desacolhida a preliminar de extinção do processo em razão da existência de cláusula de arbitragem, por considerar que, sendo discutida a falsidade dos contratos em que estão presentes as cláusulas arbitrais, parece claro que não se pode afastar do Poder Judiciário o exame da matéria. [...] Destarte, manifestou-se pelo seguimento do feito, sugerindo a realização de audiência, na qual, frustrada a conciliação, deveria haver deliberação acerca das provas a serem produzidas e da possibilidade de extinção do feito, com apreciação do mérito, em relação às garantias relativas ao Grupo Hamburgo, em razão do reconhecimento da procedência do pedido pelo réu, neste ponto especificamente.

Em síntese, o MP entendeu que a discussão sobre a falsidade dos contratos era razão suficiente para relativizar o princípio da competência-competência e dar prosseguimento ao feito.

No juízo *a quo*, não foi esse o entendimento, mas de outra forma, reafirmou a competência do árbitro, para que as partes deduzissem perante o órgão arbitral seus argumentos quanto ao mérito da causa:

“Em julho de 2011, nos autos da indenizatória nº 001/1.10.0214352-8, foi proferida decisão (fls. 1.337/1.340), que extinguiu o feito sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, em razão da existência de convenção de arbitragem.

“Tendo as partes se manifestado novamente, sem, contudo, inovarem em suas argumentações, foi designada audiência para o dia 20.06.2012, na qual foi proferida sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, em relação aos contratos listados na inicial, e conforme o inciso VI do mesmo artigo quanto aos documentos acrescentados posteriormente pelo aditamento. [...]

“Foram interpostos embargos de declaração pela CGTEE (fls. 1.460/1.465), os quais foram rejeitados pelo Juízo “a quo” sob o entendimento de que todas as questões referentes aos documentos objetos da lide deveriam ser analisadas pelo órgão arbitral indicado em convenção, de forma que não haveria contradição, omissão ou obscuridade na sentença embargada.

Momento em que, inconformada, a CGTEE interpõe recurso de apelação:

“Finalmente, a parte autora interpôs o recurso de apelação ora analisado, cujos argumentos já foram suficientemente detalhados no relatório deste parecer, motivo pelo qual se pede a devida vênua para não os repetir.

“Feito o extenso – porém necessário – relato do caminho percorrido pela presente controvérsia, passa-se a análise propriamente dita do apelo interposto pela CGTEE.

“Como já referido, a sentença extinguiu o feito com base na existência de cláusula arbitral nos contratos que são objetos da demanda, por considerar que, conforme preconiza o artigo 8º da Lei n.º 9.307/96 (Lei de Arbitragem), referida cláusula é autônoma, sendo de competência do órgão arbitral designado, inclusive, a análise acerca da validade da convenção, reconhecendo que qualquer decisão do Poder Judiciário sobre o caso configuraria supressão da seara competente.

“Alega a recorrente que, em casos excepcionais, devem ser relativizados os princípios da separabilidade da cláusula arbitral e da competência-competência, não podendo ser afastada a jurisdição do Poder Judiciário no caso.

“Dessa forma, tem-se que a discussão gira em torno da possibilidade de afastar, na presente situação, os princípios trazidos pelo referido dispositivo da Lei de Arbitragem, o qual, apesar de utilizar apenas o termo cláusula, claramente trata também do compromisso arbitral. Assim dispõe o citado artigo, “in verbis”:

“Artigo 8.º 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.”

“Como bem se vislumbra, o “caput” do artigo em questão disciplina a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver inserta e o seu parágrafo único estabelece o princípio da competência-competência (“Kompetenz-Kompetenz”), assegurando que o próprio árbitro designado é competente para analisar questões que digam respeito à existência, à validade ou à eficácia da convenção, de modo a garantir que não seja afastada a jurisdição da arbitragem por qualquer nulidade ou anulabilidade suscitada por alguma das partes, o que praticamente acabaria com a efetividade do instituto. Preconiza o dispositivo em comento que o fato de o contrato a que diz respeito a cláusula arbitral ser nulo não quer dizer, obrigatoriamente, que a convenção assim seja também. Entretanto, necessário destacar que, em alguns casos específicos, se o contrato for nulo ou inexistente, será também inevitavelmente atingida a cláusula em questão.

Na fundamentação de seu voto, já apontando para a relativização da autonomia da cláusula compromissória, o tribunal traz à lume trecho da lição do professor Carmona:

“O Professor Carlos Alberto Carmona assim leciona a respeito do tema [...]:

““Consagrou-se, em outras palavras, a autonomia da cláusula compromissória: ainda que o contrato em que esta esteja inserida seja viciado, a mesma sorte não terá – necessariamente – a cláusula. E diz-se necessariamente porque, em algumas hipóteses, será inevitável a falência da cláusula compromissória diante da destruição do contrato em que estiver inserida: basta imaginar que o contratante seja incapaz, que a assinatura aposta no instrumento seja falsa etc.

““(...

““A Lei, portanto, foi clara no sentido de permitir a autonomia da cláusula, embora não ignore que, em diversas situações, as causas de nulidade (e de anulabilidade) tanto do contrato principal quanto da cláusula possam ser as mesmas, já que ambos os pactos podem ter sido gerados conjuntamente, padecendo dos mesmos vícios, especialmente no que se refere à declaração de vontade (vícios de consentimento) ou capacidade dos contratantes.”

Embora o trecho destacado tenha pertinência temática com o caso em comento, vez que trata de nulidade do contrato em que a cláusula está inserida, ainda falta o tribunal se posicionar sobre o princípio da competência-competência:

“Importante destacar a parte final do trecho, que sublinha especialmente os vícios de consentimento como possíveis fatores que, presentes no contrato, acabariam por destruir também a cláusula compromissória nele inserida. A ressalva é importante porque, tendo o instituto da arbitragem como núcleo duro o princípio da autonomia da vontade, é preciso que a convenção expresse a vontade das partes, sendo que o vício de consentimento ofende os princípios mais basilares da arbitragem, acabando por, praticamente, encerrar a sua própria razão de ser.

“Entretanto, pelo que se disse até o momento, mesmo que houvesse vícios comuns entre contrato e cláusula compromissória que implicassem a nulidade de ambos, sendo relativizado o princípio da separabilidade da cláusula, a análise e a decisão sobre a questão ainda seriam procedidas pelo árbitro designado em convenção, não sendo afastada a competência da arbitragem para tanto.

“Ocorre que, em situações excepcionais, deve ser relativizado também o princípio da “Kompetenz-Kompetenz”, sendo cabível que o Poder Judiciário controle, de certa forma, a jurisdição arbitral, decidindo acerca da invalidade da convenção de arbitragem, principalmente se ainda não houver sido instaurado procedimento arbitral.

Evocada a relativização também desse princípio basilar da arbitragem, busca o tribunal encontrar guarida para o seu posicionamento na lição de Gaillard:

“Conforme os ensinamentos de Emmanuel Gaillard,[...] Professor do “Institut d'Etudes politiques de Paris” e autoridade nos estudos da arbitragem comercial internacional, o juiz somente poderá declarar a invalidade da convenção arbitral quando eivada de vício que possa ser reconhecido “prima facie”, ou seja, quando houver fatores que

possam ser identificados sem um considerável desenvolvimento da instrução probatória.

Também é evocada a letra da lei, *in casu*, o art. 2 (3) da Convenção de Nova Iorque:

“No mesmo sentido, a Convenção de Nova York, promulgada pelo Decreto n.º 4.311, de 23 de julho de 2002, define que o juiz ou o tribunal de um Estado que seja signatário, como é o caso do Brasil, deverá encaminhar as partes à arbitragem quando enfrentar demanda que verse sobre matéria para a qual convencionaram a submissão a órgão arbitral, a não ser que seja verificado que a própria convenção é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável [...] Ou seja, sendo observado que a cláusula ou o compromisso são nulos, o Poder Judiciário não deverá encaminhar as partes à arbitragem, desde que, conforme entendimento já expresso, tal verificação seja possível desde os primeiros contatos do juiz ou do tribunal com a controvérsia.

A convenção diz que o tribunal “deverá encaminhar (...), a não ser que (...)”. Não é, necessariamente, dedução lógica válida a inversão do raciocínio, qual seja, “quando verificado que (...), não deverá encaminhar(...), conforme argumentou o tribunal.

“No caso em apreço, ao primeiro olhar, poder-se-ia deduzir que, sem maiores investigações e produção de provas, seria impossível ao magistrado de primeiro grau determinar a nulidade da convenção arbitral, uma vez que a comprovação acerca da autenticidade dos documentos exigiria perícia técnica bastante específica. Ocorre que, como já informado, concomitantemente à propositura da presente ação, foi instaurado Inquérito Policial em que o laudo pericial concluiu pela falsidade de oito dos doze contratos que são objetos da demanda, com o que concordaram as partes, de forma que, quando da prolação da sentença, o Juízo já há muito detinha conhecimento acerca da incontestada inautenticidade das garantias relativas ao Grupo Hamburgo, pelo que o vício essencial presente nesses contratos pode ser considerado como identificável “*prima facie*”, autorizando o Poder Judiciário a apreciar a questão da nulidade da convenção arbitral. Destaque-se que a prova, já tendo sido produzida em procedimento diverso, foi apresentada pelo banco demandado, tendo sido submetida devidamente à apreciação do Juízo e da parte contrária, de forma que não houve o considerável desenvolvimento da instrução probatória na presente demanda. Os documentos referidos no aditamento da petição inicial (Extrato da Ata da 106ª Assembleia do Conselho da CGTEE e Carta supostamente enviada ao KfW pelo Presidente da Companhia) também tiveram sua falsidade reconhecida, principalmente porque diretamente relacionados às garantias referidas, mesmo que não tivessem qualquer efeito vinculante com compromissos arbitrais.

A análise do caso concreto passa a uma profundidade que não parece coadunar com o entendimento de constatação *prima facie*:

“Em relação às garantias referentes ao Grupo Winimport, ainda que o laudo da Polícia Federal tenha concluído pela autenticidade das assinaturas do Senhor Carlos Marcelo Cecin, outras particularidades devem ser analisadas.

“Com efeito, como já relatado, o então Diretor Técnico e Meio Ambiente da CGTEE confirmou, em depoimentos prestados no procedimento de sindicância e na ação penal originada pelo inquérito já citado, ter assinado quatro documentos. Contudo, assevera que, sendo redigidos em inglês, não era capaz de entender completamente o seu conteúdo, não tendo conhecimento da natureza dos contratos, mesmo porque acreditava que garantias como as que foram posteriormente apresentadas deveriam ser aprovadas pelo Conselho de Administração da Companhia. Nessa linha, afirmou o Senhor Cecin que não poderia imaginar que apenas a sua assinatura pudesse vincular a Companhia. Da mesma forma, não soube precisar se os documentos haviam ou não sofrido manipulações para alterar seu conteúdo.

[...]

“Nesse sentido, considerando-se também a grandiosidade dos contratos em questão, deveriam as partes cercar-se de todos os cuidados necessários à observância correta dos referidos padrões de negociação. Tratando-se a CGTEE de sociedade de economia mista, o respeito aos requisitos previstos em seu estatuto, que são informações absolutamente públicas, é obrigação básica de qualquer pessoa ou empresa que com ela queira contratar. Dessa forma, quaisquer limitações quanto à aprovação de prestação de garantias, bem como referentes à representação da companhia, deveriam ser devidamente observadas pelo banco KfW quando da apresentação de qualquer contrato.

“De acordo com as cópias dos contratos de garantia referentes ao Grupo Winimport juntadas aos autos, consta a assinatura apenas do Senhor Carlos Marcelo Cecin, sem comprovação de deliberação por parte do Conselho de Administração ou indicação da Diretoria Executiva, sendo que o Estatuto da CGTEE prevê expressamente, nos artigos 21, inciso III, e 29, incisos XIV e XVIII [...] que compete ao Conselho autorizar a prestação de garantia a financiamentos, tomados no país ou no exterior, a partir de solicitação encaminhada pela Diretoria Executiva. Outrossim, está previsto que, para se formalizar obrigações em geral em nome da Companhia, é preciso a assinatura do Diretor-Presidente e de um outro Diretor nos respectivos instrumentos obrigacionais, podendo esta competência ser delegada a procuradores ou empregados da CGTEE.

“Da análise dos documentos, não se vislumbra o preenchimento de nenhum dos requisitos acima enunciados, uma vez que o Extrato de Ata da 106ª Assembleia do Conselho de Administração que dispunha sobre a deliberação a respeito da prestação das garantias teve também a sua inautenticidade reconhecida ao longo do feito. Nesse sentido, com o claro desrespeito dos contratos em questão às regras de procedimento e prestação de garantias estabelecidas pelo estatuto, mostra-se certo que o compromisso foi firmado por pessoa que não detinha poderes de representação para o caso, sendo os documentos eivados de vício que também poderia ser reconhecido “prima facie”, em razão da pronta apresentação pelas partes dos documentos analisados e do estatuto da CGTEE.

“Retomando, em relação, agora, a todos os documentos objetos da demanda, tem-se que formalmente desrespeitam o princípio mais basilar da arbitragem, qual seja, a já referida autonomia da vontade, eis que nenhum deles representa a manifestação da intenção de uma das partes contratantes.

“Quanto às garantias relacionadas ao Grupo Hamburgo, sua inautenticidade incontroversa dá conta de que, em momento algum, houve efetivamente a composição contratual, sem, conseqüentemente, consentimento das partes em eleger a arbitragem como meio de resolução dos conflitos decorrentes dos contratos. No que diz com as garantias referentes ao Grupo Winimport, a falta de poderes do Diretor da CGTEE signatário, peculiaridade que deveria ter sido perquirida pelo banco KfW, como cautela básica do negociante, deixa claro que nunca o teor do compromisso expressou a vontade da Companhia, de modo que, ausente o consentimento em todos os documentos, estes devem ser considerados nulos.

[...]

“Nesse sentido, os vícios que se observam nos contratos de garantia analisados, vícios de autenticidade e de vontade, devem ser considerados como reconhecíveis “prima facie” diante da ausência de considerável instrução probatória, eis que, a uma, a perícia da Polícia Federal elaborada no inquérito policial já citado foi produzida fora da presente demanda, sendo apresentada já pronta ao Juízo; a duas, patente o desrespeito ao estatuto da CGTEE apresentado pelas garantias referentes ao Grupo Winimport, tendo em vista a absoluta publicidade do referido estatuto e o dever de cautela do negociador internacional.

“Assim sendo, é possível, nesse caso, que o Poder Judiciário declare a nulidade da convenção de arbitragem, devendo ser desconstituída a sentença que extinguiu o feito em razão da existência de cláusula arbitral, com o retorno dos autos ao primeiro grau, para que seja dado o devido prosseguimento à demanda. [...]

Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

Des.<sup>a</sup> Ana Beatriz Iser - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS - Presidente -  
Apelação Cível nº 70053386595, Comarca de Porto Alegre: "POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO."

Julgador(a) de 1º Grau: FERNANDO ANTONIO JARDIM PORTO

Conforme comentários de Daniela Gabbay<sup>130</sup>, faltam elementos no acórdão para que se estabeleça com segurança se já havia arbitragem instaurada, ou se o controle judicial estava sendo realizado em momento “pré-arbitral”, fato relevante para que se determine a aplicabilidade (ou não) do art. 20 da LBA.

Além da relativização dos princípios da autonomia da cláusula arbitral e da competência-competência, sem que se alegue justificadamente a hipótese excepcional de vício constatável *prima facie*, parece contraditória a decisão no sentido de estar segura quanto à falsidade dos documentos enquanto razão

<sup>130</sup>GABBAY, Daniela Monteiro. Nulidade de Cláusula de Arbitragem em Demanda de Falsidade e Nulidade dos Contratos. Relativização do Princípio da Competência-competência. **Revista brasileira de arbitragem**, São Paulo, a. 10. n. 39. jul-set. 2013. p. 141-146.

para o afastamento da competência arbitral, contudo razão essa insuficiente para o imediato julgamento pelo Tribunal:

Por fim, a despeito da possibilidade de se reconhecer, ao concreto, a nulidade da convenção de arbitragem, não se está diante da hipótese da causa madura prevista no art. 515, §3º, do CPC [...].

Portanto, havendo, no caso concreto, fatos controvertidos e relevantes a exigir a dilação probatória, impõe-se a desconstituição da sentença [de 1º grau].

Se ainda há campo para produção probatória, o melhor entendimento doutrinário, jurisprudencial e normativo seria no sentido de que a produção ocorresse perante o tribunal arbitral.

## 7 CONCLUSÃO

Sem dúvida é de considerável monta o capital intelectual investido pelos doutrinadores que se debruçam sobre o estudo da competência-competência, dedicando-se a aperfeiçoar esse princípio, com o fito de oferecer solução adequada aos litígios arbitrais.

Também é inegável que o princípio está bastante consolidado em seu aspecto positivo, e parte considerável da doutrina aponta uma parábola crescente em relação à aceitação do aspecto negativo da competência-competência<sup>131</sup>.

Não se pode olvidar a influência da jurisprudência estatal na construção do princípio, especialmente nos países que não tomaram posições extremistas quanto a sua aplicabilidade, os assim chamados "sistemas híbridos"<sup>132</sup>.

Não à toa, Valdes assevera que a eficiência prática do princípio competência-competência está diretamente associada à sapiência dos juízes estatais, em especial nos sistemas "híbridos", onde a consideração sobre o que seria uma nulidade a ser reconhecida *prima facie*, por exemplo, depende mais da cognição do julgador do que da letra da lei<sup>133</sup>.

Ainda há campo para vasto trabalho doutrinário, legislativo e jurisprudencial no sentido de coibir ações hostis à arbitragem, com menção especial para as *anti-arbitration injunctions*.

No dizer de Talamini, "verdadeira supressão do acesso à justiça tem-se com o emprego da medida judiciária antiarbitral: impede-se o jurisdicionado de exercer sua demanda na via que ele reputa a correta"<sup>134</sup>.

E arremata: "tudo isso se faz para preservar-se não apenas a competência da autoridade perante a qual se formulou a demanda (competência-competência) como também o direito de ação de quem a propôs (acesso à justiça)"<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> GAILLARD, Emmanuel. L'effet négatif de la compétence-compétence..

<sup>132</sup> Como é o caso do sistema inglês, suíço, e da "lei-modelo" da UNCITRAL. *In*: PARK, William W., *op. cit.*, p. 44.

<sup>133</sup> VALDES, Juan Eduardo Figueroa. *Op. cit.*, p. 186.

<sup>134</sup> TALAMINI, Eduardo. Administração pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 133.

No Brasil, é assente o reconhecimento da constitucionalidade<sup>136</sup> da via arbitral como solução de conflitos, na medida em que o acesso ao judiciário constitui uma garantia, e não um ônus. Prevalece, portanto, a vontade das partes em submeter o seu litígio à solução que reputam adequada.

Resta, contudo, alguma discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da arbitragem<sup>137</sup>, mas a corrente amplamente dominante é no sentido de reconhecer o seu caráter jurisdicional<sup>138</sup>, o que favorece a analogia da aplicação do competência-competência em sede arbitral com aquele assim entendido em relação ao poder público.

Tramita em regime de prioridade na Câmara dos Deputados projeto de lei<sup>139</sup> que propõe alterações na LBA, mas o que se pode dizer para o momento, após breve revista aos termos da proposta legislativa, é que o instituto da arbitragem no Brasil não está ameaçado por grandes ajustes e mudanças de paradigmas, como ocorreu na Alemanha, em 1998.

Indubitavelmente ocorrerão ajustes doutrinários, legislativos e jurisprudenciais, mas todos apontam para uma consolidação dos princípios basilares, como a competência-competência e a autonomia da convenção de arbitragem, culminando na profusa utilização desse instituto, outrora incipiente no Brasil.

---

<sup>136</sup> STF. SE 5206 AgR, Pleno, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

<sup>137</sup> “A natureza jurisdicional ou contratual da arbitragem foi objeto de uma vasta discussão que se desenvolveu durante toda a primeira metade do século XX. Tratava-se, à época, para os autores favoráveis ao desenvolvimento da arbitragem, de insistir no seu caráter contratual a fim de favorecer sua evolução, já que a concepção jurisdicional, por sua vez, enfatizava a concorrência que a arbitragem supostamente fazia às jurisdições estatais. Da mesma forma, o fato de destacar o caráter contratual da arbitragem permitia às sentenças ‘estrangeiras’ espaçar ao regime de reconhecimento, à época fortemente restritivo, aplicável às decisões judiciais estrangeiras. Após esses temas terem sido objeto de um amplo consenso em favor de um liberalismo cada vez maior em relação à arbitragem, esgotou-se o debate com a constatação vazia de sentido do caráter ‘misto’ ou ‘*sui generis*’ da instituição”. GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. *Op. cit.*, p. 11-12.

<sup>138</sup> Assim entendem Carlos Alberto CARMONA, José CRETELLA NETO e Francisco CAHALI. Ver: CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 92-97.

<sup>139</sup> Referência ao PL nº 7108/14 (apenso a este, PL nº 2937/11), de autoria do Senador Renan Calheiros, o qual tramita com prioridade na Câmara dos Deputados Federais. Para o momento, há parecer favorável ao projeto de 2014, e contrário ao de 2011. As alterações propostas não são significativas para o escopo do presente trabalho, todavia, parecem-nos salutares ao instituto arbitral no Brasil, em especial para as arbitragens nas quais figurem como partes entes da administração pública.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html). Acesso em: 02 de novembro de 2014.

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.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Nova Versão Internacional. São Paulo: Editora Vida, 2003.

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.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. D.O.U. de 24.9.1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm). Acesso em 02 de novembro de 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. D.O.U. de 17.1.1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em: 02 de novembro de 2014.

BRASIL. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. D.O.U. de 24.7.2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em: 02 de novembro de 2014.

BREKOULAKIS, Stravos. The negative effect of competence-competence: the verdict has to be negative. Queen Mary School of Law Legal Studies, Research Paper n. 22/2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1414325>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

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 9307/96**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CCI. Regulamento de Arbitragem e ADR da CCI, 2011. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution->

Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/. Acesso em: 31/10/2014.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio da competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 3, n. 9.

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

FOUCHARD, Phillipe. La cooperation du President du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage", Rev. Arb. 1985. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 4. n. 15. out-dez. 2007

FRANÇA. *Nouveau Code du Procedure Civile*. Disponível em: <http://www.lexinter.net/NCPC/>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. Nulidade de Cláusula de Arbitragem em Demanda de Falsidade e Nulidade dos Contratos. Relativização do Princípio da Competência-competência. **Revista brasileira de arbitragem**, São Paulo, a. 10. n. 39. jul-set. 2013.

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.

\_\_\_\_\_. The negative effect of competence-competence. **Mealey's international arbitration report**, january 2002, v. 17, n. 1.

\_\_\_\_\_. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. Tradução Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

GARNETT, Richard; GABRIEL, Henry; WAINCYMER, Jeff, e EPSTEIN, Judd. **A practical guide to international commercial arbitration**. New York: Oceana Publications, 2000.

GOMM-SANTOS, Mauricio; SMITH, Quinn. A possível alteração do cenário arbitral nos Estados Unidos e seus efeitos na arbitragem internacional. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (org.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo, Saraiva: 2010. p. 360-381.

LUHMANN, Niklas. **Sociologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme**. 6. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1991.

MARTINS, Pedro Batista. Poder Judiciário. Princípio da autonomia da cláusula compromissória. Princípio da competência-competência. Convenção de Nova Iorque. Outorga de poderes para firmar cláusula compromissória. Determinação da lei aplicável ao conflito. Julgamento pelo Tribunal Arbitral.

Parecer. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 2. n. 7. out-dez. 2005.

NASCIMENTO, Edmundo Dantés. **Linguagem forense: a língua portuguesa aplicada à linguagem do foro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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 2014.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Anotações de aula ministrada no curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na disciplina Meios Alternativos de Solução de Litígios, 1º sem. em 20 de maio de 2014.

SCHLOSSER, Peter The competence of Arbitrators and of Courts, *Arbitration International* 189, 1992, p. 199-200. In: VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 4. n. 15. out-dez. 2007

SCHWIND, Rafael Wallbach. As anti-suit injunctions nas arbitragens que envolvem a administração pública. *in*: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e poder público**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

STEINER, Renata Carlos. Arbitragem e autonomia da cláusula compromissória. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 8, n. 31. out-dez. 2011

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

TIBÚRCIO, Carmen. O princípio da *kompetenz-kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*). *In*: FERREIRA, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, a. 4. n. 15. out-dez. 2007

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.

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.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

UNCITRAL. Arbitration Rules. As revised in 2010. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. New York Convention. 1958*. Disponível em: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf). Acesso em: 02 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Model Law on International Commercial Arbitration. 1985. With amendments as adopted in 2006*. Disponível em: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf). Acesso em: 02 de novembro de 2014.