



Luís Guerrero: Princípios da Arbitragem não são entendidos por completo

10/07/2013

Um dos maiores avanços da Lei de Arbitragem brasileira, que completará 17 anos de vigência no próximo mês de setembro, sem dúvida foi a combinação dos princípios da autonomia da cláusula compromissória e da *Kompetenz-kompetenz*^[1]

Em resumo, o princípio da autonomia da cláusula compromissória determina que a análise de validade e eficácia da convenção de arbitragem deve ser feita de modo separado da mesma análise em relação ao negócio jurídico que a contenha, isto é, a alegação de que um contrato é nulo não invalida a cláusula compromissória nele contida.

Já o princípio da *Kompetenz-kompetenz*, grafado em alemão de modo consagrado pela doutrina nacional e estrangeira, determina que cada julgador é competente para analisar a sua própria competência. Há uma certa dose de crítica nesse conceito já que a *Kompetenz-kompetenz* alemã se aplica para situações em que o julgador se manifesta em última instância e sem a possibilidade de recurso ou impugnação.^[2] E não é exatamente isso que ocorre na arbitragem, há controle jurisdicional exercido, em regra, *a posteriori*, nos termos do artigo 20, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem.

A prática, contudo, tem demonstrado algumas situações em que a combinação desses princípios não se torna tão clara e linear quanto objetivada pela Lei de Arbitragem.

Em primeiro lugar, deve-se determinar se o Judiciário fará algum controle acerca da existência e validade da convenção de arbitragem. Se a resposta for positiva, deve-se saber de que modo tal controle será feito pelo Judiciário, em regime prioritário ou posterior ao árbitro. Essas questões, de um modo ou de outro, foram respondidas pelas jurisdições ao redor do mundo. Em regra, a doutrina estabelece uma escola francesa^[3], uma escola norte-americana^[4], de análise incondicionada, e um regime *prima facie*^[5] de análise.

Recentemente, o Judiciário Brasileiro esteve diante do choque de tais pontos de vista, no julgamento do Recurso Especial 1.278.852.^[6]

O ministro relator, Luis Felipe Salomão, fez uma interpretação literal do artigo 8º da Lei de Arbitragem e aplicou a interpretação dominante na doutrina, uma vez que “(...) a possibilidade de atuação de órgão do Poder Judiciário é vislumbrada pela Lei de Arbitragem, mas tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33”. É interessante notar nesse julgamento também, de outro lado, a tese do controle *a posteriori*, reforçada pelo voto do ministro relator, é ressaltada pelo voto declarado da ministra Maria Isabel Galotti, indicando uma tendência para uma análise *prima facie*.^[7] Ou seja, há um posicionamento dominante, mas não uníssono no Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, há a questão dos conflitos de competência e o STJ já teve oportunidade de se manifestar em conflitos envolvendo árbitros (STJ, CC n. 113.260-SP) e juízes (STJ, CC n. 72.848-MG e CC n. 111.230-DF). [8]

No primeiro caso, o STJ considerou não haver o conflito de competência já que a questão envolvia apenas árbitros e a solução parece ser dada pela aplicação dos artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem.

Já na hipótese de conflitos entre árbitros e juízes, o STJ desconsiderou ao artigo 8º da Lei de Arbitragem e equiparou os Tribunais previstos no artigo 105, I, “d”, da Constituição Federal aos Tribunais arbitrais, o que parece ser um equívoco. O mais correto parece ser a suspensão do processo arbitral.[9]

Como se vê da análise, o equilíbrio dado pelos princípios da competência-competência e da autonomia da cláusula compromissória não são completamente verificados e entendidos pelo Judiciário brasileiro, especialmente nos conflitos de competência entre árbitros e juízes. O que não se discute é que tais regras são basilares em nosso sistema, não se justificando qualquer debate para excluir tais princípios de nosso sistema.

[1] Cf. *caput* e no parágrafo primeiro do art. 8º da Lei de Arbitragem.

[2]- Nesse sentido, E. C. Pitombo, *Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-kompetenz no Brasil* in S. M. Ferreira Lemes, C. A. Carmona e P. A. B. Martins (coord.), *Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 327.

[3]- De modo geral, a escola francesa defende que a análise de existência de validade da cláusula compromissória só deve ser feita pelo Judiciário após o encerramento do processo arbitral, se a arbitragem ainda não foi instituída ou se a cláusula é manifestamente nula, nos termos do art. 1448 do *Code de Procedure Civile*. De certo modo, essa foi a solução adotada pela Lei de Arbitragem. O objetivo do legislador brasileiro foi claro, privilegiar a utilização da arbitragem como método de solução de conflitos, sem deixar de coibir eventuais abusos de julgamento pelo Judiciário ou de outras naturezas pela polícia, por exemplo quando são utilizados símbolos da república e praticadas condutas criminosas tipificadas.

[4]- A escola americana, por sua vez, considera que tal análise possa ocorrer antes pelo Judiciário, sendo determinado ainda quais questões serão analisadas pelos árbitros, conforme caso *Prima Paint vs. Flood & Conklin Manufacturing & Co.*

[5]- O regime de análise *prima facie*, por fim, dispõem que o Judiciário pode analisar de modo sumário as convenções de arbitragem, quase que *in statu assertiones* ou conforme alegado. Essa teoria tem uma preocupação bastante nobre e parte de dados da realidade, situações em que convenções de arbitragem são realizadas de modo irregular. Contudo, o limite da análise pelo Judiciário é um ponto que fica em aberto, causando risco para o equilíbrio do sistema. De mais a mais, as condutas irregulares que, infelizmente são praticadas no Brasil quanto às convenções de arbitragem são casos criminosos e que podem ser coibidos pelas autoridades

competentes.

[6]- O caso discute o ajuizamento de demanda indenizatória no Judiciário requerendo a anulação de cláusula compromissória contida em acordo celebrado entre as partes para definição do *an debeatur* de indenização a ser fixada por perito definido pelas partes. Qualquer controvérsia decorrente desse acordo e da perícia deveria ser solucionada por arbitragem. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua vez, conspirou que: “*Embora o compromisso arbitral implique renúncia ao foro estatal, o pedido de nulidade dessa cláusula pode ser examinado pelo Poder Judiciário se a ação declaratória de nulidade for proposta antes da instauração da arbitragem*”.

[7]- “Apenas em relação à tese de que não pode haver exame de questões pelo Poder Judiciário, na hipótese de cláusula arbitral cheia, antes do final do procedimento, reservo-me para apreciar, em outras circunstâncias, a possibilidade de haver alegações que ponham em dúvida até mesmo que a parte tenha assinado esse compromisso arbitral”.

[8]- Nesse aspecto é interessante o artigo de Naíma Perella Milani, *Brazilian Readings on Compétence-Compétence: Missing the Wood for the Trees* in <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/06/11/brazilian-readings-on-compétence-compétence-missing-the-wood-for-the-trees/>, acessado em 21 de junho de 2013 e Luis Fernando Guerrero, *Árbitros, juízes e conflitos de competência* in A. L. B. da Motta Pinto e K. H. Skitnevsky (coords.), *Arbitragem Nacional e Internacional – Os Novos Debates e a visão dos jovens arbitralistas*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 88.

[9] C. A. Carmona, *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 176 e . de A. Parente. *Processo arbitral e sistema* (Tese para obtenção de título de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2013-jul-10/luis-guerrero-principios-arbitragem-nao-sao-entendidos-completo/>