

## O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA ARBITRAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA<sup>1</sup>

**Nadia de Araujo**

Doutora em Direito Internacional pela USP. Mestre em Direito Comparado pela GWU. Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-RJ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aposentada. Advogada.

### **A) ACÓRDÃO**

*“TJSC - Ag (§ 1.º do art. 557 do CPC (LGL\1973\5)) em AgIn 2009.000674-8 - Câmara Civil Especial, rel. Des. substituto Carlos Alberto Civinski - v.u. - j. 16.07.2009 - Publicado em 25.09.2009. Agravo (§ 1.º art. 557 do CPC (LGL\1973\5)) em AgIn 2009.000674-8/0002.00, de Lages, Rel. Des. Substituto Carlos Alberto Civinski. Agravo (§ 1.º art. 557 do CPC (LGL\1973\5)) em agravo de instrumento. Convenção de arbitragem. Autonomia da cláusula compromissória. Competência do árbitro ou tribunal para decidir arguição de nulidade da cláusula arbitral. Aplicação do princípio da competência-competência (kompetenz-kompetenz). Impossibilidade de análise prévia da questão pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e improvido.*

*O árbitro ou Tribunal arbitral detém a prerrogativa de decidir a respeito da sua própria competência, por força do princípio kompetenz-kompetenz adotado em nosso ordenamento jurídico.*

*A ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil não derogou o princípio kompetenz-kompetenz previsto no art. 8.º da Lei 9.307/1996.*

*ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ag (§ 1.º art. 557 do CPC (LGL\1973\5)) em AgIn 2009.000674-8/0002.00, da comarca de Lages (Vara da Fazenda, Ac. Trabalho e Reg. Públicos), em que é/são agravante Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense Uniplac, e agravado Ideal Educação Fundo de Investimentos em Direitos Creditórios e outros:*

*Acordam, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.*

*RELATÓRIO - Ação originária: ação sob rito ordinário proposta por Uniplac visando anular contrato denominado de cessão de créditos que tem como objeto a antecipação de recursos através da cessão dos direitos sobre créditos oriundos das matrículas e mensalidades dos alunos da instituição de ensino, sob os seguintes fundamentos:*

- a) ausência de autorização pelo Conselho Curador;*
- b) o negócio jurídico foi celebrado pelo Presidente do Conselho de Administração, que não possui atribuição para celebrar o contrato de cessão;*
- c) a execução do contrato compromete o desenvolvimento das atividades da autora;*
- d) inaplicabilidade das Leis 4.728/1965 e 9.514/1997, que versam sobre financiamentos imobiliários;*
- e) no contrato há excesso de garantia que inviabiliza o funcionamento da instituição de ensino,*

---

<sup>1</sup> Artigo publicado na Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27, p. 265, Out/2010 e Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 6, p.1003, Jun/2011, DTR\2010\749.

*diante do nível do comprometimento do seu faturamento;*

*f) há desvio de finalidade ao permitir que a ré notifique diretamente os alunos acerca da cessão de créditos;*

*g) necessidade de revisar a relação contratual para ajustar os juros remuneratórios/compensatórios, reconhecida a ausência de mora e afastada a incidência dos juros da mora;*

*h) nulidade da cláusula de compromisso arbitral, por se tratar de uma relação de consumo.*

*Pronunciamento impugnado: a decisão de f. acolheu medida cautelar para:*

*- impedir a inclusão da demandante em órgão de proteção ao crédito, em razão de possíveis irregularidades que podem levar a nulidade do negócio jurídico;*

*- proibir a emissão ou reemissão de boletos de cobrança de mensalidade dos alunos, pois nos autos do processo 039.08.019546-4 foi determinada a suspensão dos créditos recebíveis negociados com as instituições bancárias referentes às mensalidades de novembro e dezembro pelo período de 120 dias;*

*- determinar que os demandados apresentem todos os contratos entabulados entre as partes e os cálculos ou planilhas que demonstrem discriminadamente os valores que foram cobrados e pagos durante toda a contratualidade, no prazo de 30 (trinta) dias.*

*Recurso: agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão agravada.*

*Fundamentos invocados:*

*a) questão prejudicial de compromisso arbitral;*

*b) questão preliminar de ilegitimidade passiva;*

*c) a decisão que impede a cobrança dos créditos cedidos prejudica o cumprimento de decisão do TRT-12.<sup>a</sup> Reg. que determinou o depósito judicial do valor dos créditos restituíveis à agravada;*

*d) não há fumus boni juris, pois não há prova de que o valor contratado excedeu os limites impostos pelo Conselho de Administração, até porque não há comprovação da receita anual;*

*e) o Conselho de Administração aprovou o balanço de 2007, o que confere regularidade ao contrato de cessão;*

*f) há perigo da demora, porque a instituição de ensino está sofrendo processo de intervenção;*

*g) o contrato celebrado entre as partes constitui ato jurídico perfeito, não podendo ser invalidado, pois a agravada já recebeu os valores correspondentes aos créditos cedidos, de modo que retirar a possibilidade de cobrança do valor das mensalidades atenta contra o direito de propriedade da agravante;*

*h) a multa fixada judicialmente não apresenta razoabilidade;*

*i) a agravante não é instituição financeira, não sendo a ela aplicável a decisão proferida nos autos 039.08.019546-4.*

*Pronunciamento de 2.º grau: deu provimento liminar ao recurso de agravo por acolher a questão preliminar de convenção de arbitragem, conforme inc. VII do art. 167 do CPCNE e, conseqüentemente extinguiu a ação originária (f.).*

*Recurso: agravo inominado requerendo a reforma da decisão.*

*Fundamentos invocados:*

*a) o objeto do agravo é ver declarado nulo o contrato/cessão de direitos e todos os seus efeitos, incluindo-se a cláusula 12.8 que instituiu a arbitragem;*

*b) a nulidade implica na ineficácia da cláusula compromissória;*

*c) o contrato é nulo por ter sido celebrado por pessoa absolutamente incapaz;*

*d) trata-se de direitos indisponíveis, pois a ora agravante é instituição pública de direito privado,*

*de caráter comunitário, filantrópica e sem fins lucrativos;*  
*e) o contrato celebrado não preencheu os requisitos de validade previstos no art. 853 do CC/2002 (LGL\2002\400) e no § 2.º do art. 4.º da Lei 9.307/1996, por não conter cláusulas em destaque.*  
*Relatado. Decido.*

*VOTO - Discute-se em sede recursal a validade da decisão que, acolhendo requerimento da agravante, extinguiu o procedimento recursal, bem como a ação originária por falta de condição da ação diante da existência de compromisso arbitral.*

*A respeito da competência para analisar a validade do contrato que estabelece cláusula compromissória, pode-se destacar dois sistemas distintos, conforme magistério de Carmen Tiburcio (Temas de direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 293-299).*

*O sistema adotado pela França estabelece que a competência deve ser verificada previamente pelo árbitro e, posteriormente, pelo magistrado.*

*O sistema estadunidense é distinto, tendo a Suprema Corte norte-americana assentado no caso Prima Paint vs. Flood & Conklin Manufacturing Co. que o Poder Judiciário detém competência para decidir sobre a validade da cláusula e demais matérias correlatas.*

*Em setembro de 1958, foi editada a Convenção de Nova Iorque, cujas diretrizes foram bem sintetizadas pelo professor da Universidade Panthéon-Assas de Paris, 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. (...) A dimensão contratual do acordo compromissório se faz sentir aqui: o juiz estatal é competente para se pronunciar sobre a existência, a validade, a força obrigatória do contrato de arbitragem como ele o é para toda espécie de contrato" (Ancel, Bertrand. O controle de validade da convenção de arbitragem: o efeito negativo da "competência-competência". Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre: Síntese, abr.-jun. 2005, p. 57).*

*É cediço que o Brasil não ratificou a Convenção de Nova Iorque naquela época, sendo que no plano internacional, por questões políticas, houve modificação do regramento contido nessa convenção, de modo que em 21.06.1985 foi aprovada a Lei Modelo pela Uncitral. É cediço que o Brasil não ratificou a Convenção de Nova Iorque naquela época, sendo que no plano internacional, por questões políticas, houve modificação do regramento contido nessa convenção, de modo que em 21.06.1985 foi aprovada a Lei Modelo pela Uncitral.*

*No plano interno, a matéria foi regulada através da Lei 9.307/1996, de 23.09.1996, que, em seu art. 8.º, assim estabelece:*

*"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."*

*Tal preceito consagrou entre nós o sistema criado pelo Tribunal Federal alemão denominado kompetenz-kompetenz, segundo o qual o árbitro ou Tribunal arbitral detém a prerrogativa de decidir a respeito da sua própria competência.*

*Destaque-se que o nosso país segue a linha do sistema francês.*

*Nesse sentido, registra com propriedade a professora Carmen Tiburcio:*

*"Sobre a questão da validade da cláusula, no Brasil, a regra adotada determina que o árbitro irá decidir acerca de sua competência em primeiro lugar, podendo essa questão ser reexaminada*

posteriormente pelo Judiciário" (Tiburcio, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 300).

A doutrina aponta dois efeitos do princípio competência-competência, a saber: o positivo e o negativo.

Rodrigo Garcia da Fonseca sintetiza bem a matéria nos seguintes termos:

"De acordo com o efeito positivo do princípio competência-competência, é o árbitro que deve decidir primeiramente sobre a sua própria competência; quanto ao efeito negativo, não cabe ao juiz dispor sobre a matéria antes do pronunciamento do árbitro" (Fonseca, Rodrigo Garcia da. *O princípio competência-competência na arbitragem: uma perspectiva brasileira*. RArb, ano 3, n. 9. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2006, p. 284).

Tal fundamentação já seria suficiente por si só para afastar a pretensão recursal deduzida no presente agravo sequencial.

Ocorre que em 2002, o Brasil ratificou a Convenção de Nova York modificando significativamente o regime jurídico acerca do princípio da kompetenz-kompetenz, porquanto o artigo II, 3 gera uma aparente antinomia com o art. 8.º da Lei 9.307/1996 ao estabelecer que:

"3. O tribunal de um Estado signatário, quando da 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" (grifado agora).

A doutrina diverge acerca dos efeitos gerados pela ratificação da Convenção de Nova York em nosso ordenamento jurídico no tocante a aplicação do princípio kompetenz-kompetenz.

De uma parte, alinham-se aqueles que defendem a aplicação da Convenção de Nova York, por se tratar de norma posterior que teria o condão de suspender a eficácia da legislação interna que lhe for contrária. O fundamento jurídico dessa corrente é a aplicação do princípio de que lei posterior derroga lei anterior (*lex posterior derogat priori*).

De outra parte, a ratificação tardia da convenção internacional recebe críticas, por representar um retrocesso na medida em que toda invocação de nulidade acarretará a análise da matéria perante o Poder Judiciário retirando a celeridade almejada com a convenção arbitral e esvaziando o instituto da arbitragem.

O professor da USP, José Carlos de Magalhães, após discorrer sobre a questão da derrogação de dispositivos da Lei 9.307/1996 por força da Convenção de Nova York arremata que:

"É de se esperar que a disposição da parte final do item 3 do art. II da Convenção deixe de ser empregada e mantido o preceito da lei, até em nome da uniformidade de tratamento que deve presidir o processo" (Magalhães, José Carlos de. *A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente*. RArb, ano 5, n. 18. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2008, p. 39).

Diante desse contexto, entendo que assiste razão àqueles que adotam uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, aplicando a legislação atento aos fins a que ela se destina, conforme art. 5.º da LICC (LGL\1942\3), de sorte que o princípio da competência-competência não foi extirpado do nosso ordenamento jurídico com a ratificação da Convenção de Nova Iorque.

Por esse motivo, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO - Nos termos do voto do relator, decide a Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

*O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Des. Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Des. Luiz Fernando Boller.*

*Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça, Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira.*

*Florianópolis, 16 de julho de 2009 - Carlos Alberto Civinski – relator”*

## **B) COMENTÁRIO**

### **1. INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos, a arbitragem se firmou como um meio utilizado diuturnamente por partes privadas no Brasil para dirimir conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis. Desde o advento da Lei 9.307/1996 acabou a discussão sobre a obrigatoriedade ou não da cláusula arbitral, sendo esta aceita sem maiores impugnações. No entanto, o recurso à arbitragem exige das partes uma nova cultura jurídica, uma aceitação maior dos termos do contrato, em toda a sua inteireza com a qual nem sempre todas as partes se conformam, especialmente quando as relações comerciais que animaram os contratantes azedam.

A obrigatoriedade da cláusula arbitral está posta com clareza na legislação, servindo, inclusive, de causa de extinção do feito, conforme se verifica do art. 267, VII, do CPC (LGL\1973\5), e podendo ser alegado pela parte ré, de forma preliminar, na forma do art. 301, IX, do CPC (LGL\1973\5). No entanto, isso não impediu que houvesse vários casos de tentativas de impugnação judicial à cláusula, para procurar escapar à sua obrigatoriedade, pois uma das partes recalcitrantes queria recorrer ao Poder Judiciário.

Como se verá neste artigo, a jurisprudência majoritária vem esclarecendo os limites da cláusula arbitral e a impossibilidade de descartá-la como o meio próprio para resolver o litígio, se fora previamente indicada no contrato. Mesmo quando a discussão diz respeito à própria validade do contrato, o entendimento é unânime de que ante a sua existência, só o árbitro pode decidir essa questão. A ideia da autonomia da cláusula arbitral, presente na Lei 9.307/1996, também é bastante discutida no direito comparado e alvo de decisões no exterior.

Este artigo pretende comentar o recente acórdão do TJSC, que em um agravo de instrumento decidiu que a existência da cláusula arbitral impedia o recurso ao Judiciário para discutir a invalidade do contrato, a teor do art. 8.º da Lei de Arbitragem. <sup>2</sup>

Para isso, na primeira parte será focado o princípio da *competência-competência*, à luz do direito interno e do direito comparado. Na segunda, ao fazer-se a análise da decisão, será vista a posição de outros tribunais nacionais a respeito, inclusive do STJ, e a discussão sobre a aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros, pois esse tópico foi importante nos argumentos que embasaram a decisão comentada.

## 2. A AUTONOMIA DA CLÁUSULA ARBITRAL NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

Uma das vantagens da arbitragem é o respeito ao princípio da autonomia da cláusula arbitral, que contribuiu para a sua larga utilização, tanto no plano interno quanto internacional. <sup>3</sup> Esse princípio só se tornou realidade no direito brasileiro com o advento do art. 8.º da Lei de Arbitragem. <sup>4</sup> Como antes da Lei de Arbitragem havia dúvidas até sobre a obrigatoriedade da cláusula arbitral, a sua autonomia não chegava a ser analisada.

No plano internacional, a autonomia da cláusula arbitral está prevista na Lei-Modelo da Uncitral, que não pode ser interpretada de forma isolada. <sup>5</sup> Em primeiro lugar, o art. 8.º esclarece que um juiz deve remeter a um tribunal arbitral a questão que disser respeito a um litígio, em que consta do contrato uma cláusula arbitral. Em seguida, no art. 16, esclarece que cabe ao tribunal arbitral decidir sobre sua própria competência, aí incluída qualquer exceção quanto à existência ou validade da cláusula arbitral. E mesmo que o tribunal arbitral declare a nulidade de determinadas estipulações de um contrato, sob sua análise, isso não significa necessariamente a nulidade da cláusula arbitral. Ou seja, preserva-se a autonomia da cláusula em relação ao contrato em que ela está inserida. A Lei-Modelo é relevante para o Brasil, porque a nossa Lei de Arbitragem nela se espelhou para a adoção de diversos institutos, em especial o que diz respeito à autonomia da cláusula arbitral, insculpido no art. 8.º. <sup>6</sup>

Também em outras regras utilizadas na arbitragem comercial internacional, como as Regras da Uncitral, na sua versão de 2010, e as da CCI - Câmara de Comércio Internacional, certamente as duas mais utilizadas diuturnamente em arbitragens internacionais, há previsão a respeito da autonomia da cláusula arbitral. <sup>7</sup>

No direito comparado, a ideia da autonomia da cláusula arbitral é considerada como um princípio consagrado, sendo chamado em inglês de "separability" e em francês de "séparabilité". Peter Nygh descreve a autonomia da cláusula arbitral como sendo um princípio que transcendeu a sua existência somente nos sistemas nacionais, podendo ser considerado hoje como um princípio de caráter universal. <sup>8</sup> Acrescenta ainda que esses dois princípios, o da autonomia da cláusula e da competência-competência são essenciais na condução da arbitragem nos dias de hoje, estabelecendo os poderes do árbitro em relação aos juízes nacionais. Sem eles o árbitro estaria à mercê de qualquer alegação das partes sobre a invalidade da cláusula, e com isso poderia evitar o recurso à arbitragem previamente acordada.

Na Inglaterra, o princípio da autonomia da cláusula arbitral ficou claramente estabelecido no caso *Harbour Insurance*. <sup>9</sup> Uma das partes iniciou uma ação judicial, apesar da existência da cláusula arbitral, ao argumento de que o contrato era inválido e a contaminara. O juiz de 1.º grau decidiu que a determinação da invalidade do contrato era da alçada dos árbitros. A parte insatisfeita com o julgamento quis modificá-lo, por entender que somente se a cláusula estipulasse de forma expressa a respeito, esta poderia sobreviver à invalidade do contrato e ser capaz de permitir o início da arbitragem para tal fim.

Mas na apelação, a decisão do juiz foi mantida, entendendo-se que a amplitude da cláusula permitia a interpretação de que ela era autônoma ao contrato principal, e que a invalidade deste

não a atingia.<sup>10</sup> Um ponto interessante é que a Corte recebeu farto material a respeito da mesma situação em outras jurisdições como Canadá e Austrália, e ressaltou a importância desses julgamentos, que seguiam no sentido de sua decisão. Com isso, pode-se concluir que a decisão no caso integra-se ao que ocorre em outras jurisdições, aliás como ocorre no caso do Brasil e aqui se demonstra.

Posteriormente, a justiça inglesa manteve seu posicionamento em 2007, quando decidiu um caso similar sob o aspecto da cláusula, mas diverso na sua fundamentação. Em *Fiona Trust*, discutia-se se um contrato com cláusula arbitral sobre o qual pairava a acusação de ter sido obtido mediante práticas corruptas deveria ser apreciado primeiro pelos árbitros ou pelo Tribunal.<sup>11</sup> Para a Corte de Apelação, a questão sobre a invalidade do contrato, por ter sido obtido através de práticas de corrupção, cabia ao tribunal arbitral, e não ao Poder Judiciário. Neste caso, a Corte inglesa decidiu-se pela presunção de que a menos que houvesse uma cláusula específica no sentido da invalidade, quando as partes tiverem no contrato uma cláusula arbitral, isso quer dizer que sua intenção é de submeter todas as disputas à arbitragem. A *House of Lords* confirmou a decisão,<sup>12</sup> esclarecendo que a cláusula arbitral, escolhida por homens de negócios deveria ser entendida como levando todas às questões à arbitragem, a menos que houvesse sido feita com muita clareza a respeito de qualquer exclusão de seu âmbito de aplicação.

Uma implicação importante do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, no Brasil chamado de princípio da *competência-competência*, é a amplitude da autoridade que passa a ter o árbitro, pois só ele pode resolver sobre sua competência e sobre a invalidade do contrato, o que é expressamente retirado dos tribunais locais.

O princípio se coaduna com o da autonomia da cláusula arbitral, para dar à arbitragem o seu efeito de ser um sistema de solução de controvérsias privadas, que uma vez escolhido não pode mais ser descartado. O recurso aos tribunais nacionais fica proibido, mesmo quando se discute uma questão relativa à jurisdição arbitral em virtude de uma nulidade do contrato, no qual a cláusula se encontra. Com isso, aumenta a segurança jurídica da escolha das partes, pois esta não poderá ser invalidada no futuro. No caso do Brasil, esse é um dos pontos altos da Lei de Arbitragem,<sup>13</sup> estabelecido no art. 8.º.

### **3. ANÁLISE DO CASO E SEUS ARGUMENTOS**

Os fatos que cercam a decisão do TJSC são os seguintes: (a) a autora propôs uma ação para anular um contrato de cessão antecipada dos direitos de crédito oriundos de matrículas e mensalidades; (b) logo ao início, a ré quis extinguir o feito por conta da existência da questão prejudicial relativa ao cumprimento do compromisso arbitral; (c) a decisão do juiz de primeiro grau que não extinguiu o feito foi objeto de agravo por parte da ré, ao TJSC; (d) o relator do feito, através de decisão monocrática, extinguiu o feito, acolhendo a preliminar da convenção de arbitragem; (e) o acórdão em questão julgou o agravo inominado da decisão do relator, desprovido-o e mantendo extinto o processo.

O acórdão entendeu que ante a existência da cláusula arbitral não poderia haver a análise prévia

da questão relativa à nulidade do contrato pelo Poder Judiciário. Para o integral cumprimento do contrato, somente o tribunal arbitral poderia analisar a questão. Com isso aplicou-se o princípio da competência-competência e deu-se obrigatoriedade à autonomia da cláusula arbitral, na forma do que determina o art. 8.º da Lei de Arbitragem.

A decisão segue a posição de outras manifestações da jurisprudência brasileira, que tem sido uníssona no sentido de respeitar integralmente a opção das partes quando escolhem a arbitragem para dirimir seus litígios. As partes arrependidas de sua opção contratual no momento do litígio não têm encontrado amparo no Poder Judiciário para essa mudança de entendimento.<sup>14</sup> A jurisprudência tem sido firme nesse sentido.

Poder-se-ia dizer que o TJRJ é um dos que mais tem decidido nessa seara. E em casos lidando com aspectos comerciais diversos, como questões de transporte, entre empresas, e mesmo em contratos de adesão em que se pretendeu discutir a validade da cláusula, as decisões apoiaram a autonomia das partes e não enfraqueceram o instituto da arbitragem, desqualificando a escolha pela via judicial.<sup>15</sup>

A discussão acerca da autonomia da cláusula arbitral e da competência-competência já chegou ao STJ. Na MC 13.274, foi feito um requerimento de suspensão em um recurso especial, para evitar a continuação de uma execução que estava em curso, pois havia uma cláusula arbitral que deu início a um procedimento arbitral. No deferimento da medida cautelar, a Min. Nancy Andriighi esclareceu que a competência para decidir as questões deve ser reconhecida ao tribunal arbitral, em razão da existência da cláusula. Ademais, só a câmara arbitral poderia decidir sobre sua própria competência. No tocante à recusa das credoras em se submeter à arbitragem, os árbitros resolveram definitivamente sobre sua competência e o Judiciário nada mais pode fazer.<sup>16</sup>

O que é interessante é que esta posição jurisprudencial se aplica a inúmeros casos internos de arbitragem e estão na linha das decisões em casos internacionais.

Um aspecto que merece nota no caso em comento diz respeito à tentativa da agravada em buscar invalidar o disposto no art. 8.º da Lei de Arbitragem, por entender que no caso dever-se-ia utilizar o art. II, 3, da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em 1958 em Nova Iorque, e mais conhecida como Convenção de Nova Iorque.<sup>17</sup> Na opinião do agravado, o art. 8.º cederia lugar ao art. II, 3, que em sua visão seria menos restritivo e permitiria a análise da questão pelo Poder Judiciário. A aplicação do art. II, 3, da Convenção de Nova Iorque, se daria pela regra de que esta é lei posterior, pois a convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro depois da Lei de Arbitragem, e teria o efeito de revogar esta última.

O TJSC não adotou o posicionamento acima. Além de decidir pela aplicação literal do art. 8.º da Lei de Arbitragem, que incorporou no ordenamento pátrio o princípio da competência-competência, aproveitou para esclarecer que a entrada em vigor da Convenção de Nova Iorque não importou em nenhuma modificação ao art. 8.º.

A decisão do TJSC adotou a posição correta, ao entender que o art. 8.º da Lei de Arbitragem não permite a análise do caso pelo Poder Judiciário.

No entanto, ao trazer à discussão a validade no ordenamento jurídico interno da Convenção de Nova Iorque, e adotar a interpretação sistemática com base no art. 5.º da LICC (LGL\1942\3), deixou de fora aspectos relacionados a esse diploma internacional que merecem uma discussão mais aprofundada.

É que no caso em comento, não havia por que mencionar a Convenção de Nova Iorque, já que não era caso de sua aplicação. Esta só regula o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais estrangeiros, e o caso em comento trata de questão estritamente nacional, sendo regida apenas pelo direito interno.

Por outro lado, tampouco a adoção da Convenção de Nova Iorque pode ser considerada, neste aspecto, como lei posterior à Lei de Arbitragem. Na hipótese deve ser utilizado o critério da especialidade, em que a convenção é considerada como lei especial, pois aplicável somente às arbitragens internacionais, convivendo, harmonicamente, com a Lei de Arbitragem, esta sim aplicável a todos os casos internos.

No primeiro aspecto, a Convenção de Nova Iorque tem um campo de aplicação muito definido, como se vê no seu art. 1.º,<sup>18</sup> em que esta se dirige ao reconhecimento e execução de um laudo arbitral realizado no território de um Estado para ser cumprido no território de um outro Estado. Até no nome, a convenção é clara quanto a seu objeto, pois se destina a dar segurança jurídica aos laudos arbitrais, quando é necessário reconhecê-los e executá-los em jurisdição diversa daquele em que foram proferidos. Na continuação do artigo, verifica-se que se aplica, ainda, a laudos arbitrais que não forem considerados como domésticos. Ou seja, nitidamente a Convenção não se dirige a laudos realizados internamente, como nesse caso.

O critério que define a internacionalidade de uma arbitragem, ao menos no Brasil, é de caráter geográfico, aliás em consonância com o art. 34 da Lei de Arbitragem, que também considera como internacional o laudo proferido em outro país.

A Convenção de Nova Iorque tem regra específica para considerar laudos arbitrais como internacionais, no país em que forem proferidos, quando a lei local assim o permitir. Mas esse não é o caso do Brasil, cuja lei adotou o critério geográfico como principal. Para efeito da Lei de Arbitragem, quando o laudo é aqui proferido dispensa qualquer tipo de homologação distintamente dos laudos proferidos em outro país, ainda que a arbitragem possa ser considerada internacional.

Um recente livro sobre a Convenção de Nova Iorque, editado por Herbert Kronke e outros,<sup>19</sup> na comemoração de seus 50 anos, bem aborda a questão, ao analisar a incidência da convenção e de leis nacionais de arbitragem. Para ele, o art. II só é aplicável quando o lugar da arbitragem é em outro estado do que o do foro da execução. Descreve uma situação em que justamente a convenção não é aplicável: quando uma parte desafia o laudo na sede da arbitragem, e é necessário verificar a validade da cláusula. Nesse caso, como a ação é no foro da sede, a

arbitragem não é considerada internacional e a convenção não é aplicável.

O segundo ponto diz respeito à escolha do critério para definir a solução de um problema em que potencialmente haja um conflito entre a lei interna e uma convenção internacional. A questão é muito discutida nos tribunais brasileiros e na doutrina, mas não possui regulamentação clara a respeito. A regra geral tem sido de que a lei posterior revoga a anterior, sem qualquer consideração de caráter hierárquico entre lei e tratado, ambas consideradas como estando no mesmo plano. A exceção é a regra do art. 5.º, § 3.º, da CF (LGL\1988\3) com relação aos tratados de direitos humanos, o que não é o caso presente.

Todavia essa regra geral não cuida de todos os casos. Sempre houve, ao lado do critério da lei posterior, o da especialidade. Principalmente na área do direito tributário, o critério da especialidade sempre serviu para harmonizar as situações em que a aparente antinomia entre regras de tratados que se dirigiam a casos específicos em relação às leis que se aplicam a todas as ocorrências de uma determinada matéria. Todo tratado, após sua entrada no ordenamento jurídico pátrio, pode ser submetido à interpretação a partir do critério da *especialidade* das regras nele contidas em relação ao direito interno - *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. Esse critério se aplica também as antinomias entre diversas leis internas, e como o tratado é a elas equiparado, não há motivo para estranhar a sua utilização.<sup>20</sup>

#### **4. CONCLUSÃO**

A análise do caso em questão revela que a utilização da arbitragem está consolidada em nosso ordenamento jurídico e não causa estranheza aos tribunais essa opção das partes. Por isso mesmo, ante a existência de uma cláusula arbitral, nada mais corriqueiro do que a aplicação da lei em todos os seus termos, com ênfase no art. 8.º, um de seus pilares.

Isso porque depois da edição da Lei 9.307/1996, modificou-se completamente o arcabouço legal da arbitragem no plano interno, e as tentativas de invalidá-lo de partes inconformadas com o seu resultado tem sido infrutíferas. Essa afirmação se consubstancia nas decisões de inúmeros tribunais estaduais, quando extinguem os processos em prol de sua análise pelos tribunais arbitrais, ante a autonomia da cláusula arbitral, e do STJ, no seu mister de homologar os laudos arbitrais estrangeiros.

Por tudo isso, pode-se afirmar com grande tranquilidade que, no Brasil, a arbitragem comercial, seja de caráter interno ou internacional, passou de sua posição de isolamento com relação aos instrumentos vigentes na comunidade internacional, para um alinhamento integral com os demais países, utilizando as regras da Convenção de Nova Iorque para as arbitragens internacionais e as regras da Lei de Arbitragem, também calcada na Lei Modelo da Uncitral, para as arbitragens internas.

#### **5. BIBLIOGRAFIA**

Almeida, Ricardo Ramalho. Apelação. Cláusula Arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata de suas regras de natureza processual. Extinção do processo sem julgamento de mérito.

Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923. Convenção de Nova York de 1958. *Anti-suit injunction*, no Brasil, contra arbitragem em curso na Suíça. RArb 16/211-224. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2008.

Alvarez, Henri. Autonomy of international arbitration process. *Pervasive problems in international arbitration*. Edited by Loukas Mistelis e Julian Lew. The Netherlands: Kluwer International, 2006.

Araujo, Nadia de. A homologação dos laudos arbitrais estrangeiros: balanço positivo de quatro anos de atuação. *Revista Semestral de Direito Empresarial* 3/229-265. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Braghetta, Adriana. A importância da sede da arbitragem. In: Lemes, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista (orgs.). *Arbitragem - Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. vol. 1, p. 18-32.

Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Casella, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem - Lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

Dolinger, Jacob; Tiburcio, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Fichtner, José Antonio; Monteiro, André Luis. *Temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Gama Jr., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004: soft law , arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Kronke, Herbert et al. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - a global commentary on the New York Convention*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2010.

Lee, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: Lemes, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista (orgs.). *Arbitragem - Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007. vol. 1, p. 174-188.

Nygh, Peter. Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration. *Forum Internationale*, n. 24.

Paulsson, Jan. *Arbitration in three dimensions*. London School of Economics, Disponível em: [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-02\\_Paulsson.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-02_Paulsson.pdf). Acesso em: 30.11.2010.

Samtleben, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: Casella, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem - Lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

Tepedino, Gustavo. Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisdição estatal. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords.). *Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 153.

Tiburcio, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Wald, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. RDB 22/353 (DTR\2003\517)-370. São Paulo: Ed. RT, 2003.

\*\*

[2] AgIn 2009.000674-8, j. 25.09.2009, rel. Carlos Alberto Civinski. Ementa: "Agravo (§ 1.º do art. 557 do CPC (LGL\1973\5)) em agravo de instrumento. Convenção de Arbitragem. Autonomia da cláusula compromissória. Competência do árbitro ou tribunal para decidir a arguição de nulidade da cláusula arbitral. Aplicação do princípio competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*). Impossibilidade de análise prévia da questão pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e improvido. O árbitro ou Tribunal arbitral detém a prerrogativa de decidir a respeito de sua própria competência, por força do princípio *Kompetenz-Kompetenz* adotado em nosso ordenamento jurídico. A ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil não derogou o princípio *kompetenz-kompetenz* previsto no art. 8.º da Lei 9.307/1996".

[3] Sobre o tema, confira-se, Alvarez, Henri. *Autonomy of international arbitration process. Pervasive problems in international arbitration*. Edited by Loukas Mistelis e Julian Lew. The Netherlands: Kluwer International, 2006.

[4] "Art. 8.º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, 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."

[5] Texto da Lei Modelo da Uncitral. "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 § 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." "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 compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória. 2 - A exceção de incompetência do tribunal arbitral pode ser arguida o mais tardar até à 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 § 2 do presente artigo, que 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, num prazo de trinta dias após ter sido avisada desta decisão, pedir ao tribunal referido no art. 6 que tome uma decisão sobre este ponto, decisão que será insuscetível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir a sentença."

[6] Para o histórico mais completo da situação da arbitragem no Brasil, confira-se Samtleben, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: Casella, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem - Lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

[7] Veja-se a regra do art. 6.4 da CCI: "Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará a incompetência do árbitro caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O Tribunal Arbitral continuará sendo competente mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato para determinar os respectivos direitos das partes e para julgar as suas reivindicações e alegações".

[8] Nygh, Peter. Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration. *Forum Internationale*, n. 24, p. 19. Neste texto, elenca alguns países em que o princípio já foi incorporado, como a França, Alemanha, Estados Unidos e diversos países do *common law*.

[9] Caso Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. vs. *Kansa General International Insurance Co., Ltd.* United Kingdom, Court of Appeal (Civil Division), 1993. Trecho: "This case raises the question whether in English law, under the principle of the separability or autonomy of the agreement expressed in an arbitration clause, which clause is contained in a written contract, the clause can give jurisdiction to the arbitrators under that clause to determine a dispute over the initial validity or invalidity of the written contract, upon the assumptions that upon its true construction the arbitration clause covers such a dispute and that the nature of the invalidity alleged does not attack the validity of the agreement expressed in the arbitration clause itself".

[10] No mesmo caso anterior, veja-se este trecho: "I do not accept this argument. An arbitration clause, in ordinary terms - that is to say, without special words to ensure survival - is usually, and has been held to be, a self-contained contract collateral to the containing contract. As with any other contract, it must be construed according to its terms in and with regard to the relevant factual situation. I see no reason to establish a principle of this nature which would require special words to be inserted in order to secure that which the parties would probably suppose was covered by the ordinary words. In my judgment, Steyn J. was right to hold that, as a matter of construction of the contract, the present clause covers the issue of illegality, and his conclusion does not conflict with the judgment of Nourse L. J. in the *Fillite* case with which Hollings J. there agreed. In agreeing that 'all disputes or differences arising out of this agreement shall be submitted to the decision of two arbitrators', the parties were indeed presupposing that 'the agreement' had some relevant existence. For this purpose I think 'the agreement' means the act of the parties recorded in the document, which contains the mutual promises, which they have made".

[11] *Fiona Trust & Holding Corporation & 20 Others vs. Yuri Privalov & 17 Others*, EWCA Civ 20, Court of Appeal, Civil Division, 2007, Judge Tuckley L. J., Arden L. J., Longmore, L. J. Veja-se o

trecho: "Any jurisdiction or arbitration clause in an international commercial contract should be construed liberally so as to avoid a process whereby a court would first need to rule on the status of a contract before the arbitrator could resolve the dispute. Consequently, a dispute whether the contract could be rescinded for bribery did fall within the arbitration clause. The only dispute which could not be covered by an arbitration clause would be a dispute as to whether the contract had even existed at all. Here, the question was whether the contract had been rescinded, not whether there was a contract. There was clear authority that an arbitration clause would generally be construed as a separate and distinct agreement from the contract itself. It was therefore not enough to say that whatever invalidated the original agreement also invalidated the arbitration clause. The case of Harbour Assurance Co (UK) Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd (1993) 3 WLR 42 was applied, wherein the court held that an arbitrator could decide whether or not a contract was void for initial illegality. If this was the case, then there was nothing to suggest an arbitrator could not decide whether the contract had been entered into as a result of bribery".

[12] House of Lords, Published October 25, 2007. *Fiona Trust and Holding Corporation and Others v. Privalov and Others* Before Lord Hoffmann, Lord Hope of Craighead, Lord Scott of Foscote, Lord Walker of Gestingthorpe and Lord Brown of Eaton-under-Heywood Speeches. October 17, 2007. "The House of Lords upheld the Court of Appeal's decision in *Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited and others* ('Fiona Trust'). The Lords endorsed the Court of Appeal's view that 'the time has come to draw a line under the authorities to date and make a fresh start' in relation to the interpretation of arbitration clauses. They also confirmed the separability of an arbitration agreement from the broader agreement within which it is usually found, in accordance with Section 7 of the Arbitration Act 1996. The 'fresh start' is to be that: the construction of an arbitration clause should start from the assumption that the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of the relationship into which they have entered or purported to enter to be decided by the same tribunal. The clause should be construed in accordance with this presumption unless the language makes it clear that certain questions were intended to be excluded from the arbitrator's jurisdiction".

[13] Veja-se Lee, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 74, e depois p. 98 e ss., quando discute a situação nos demais países do Mercosul e a insegurança gerada pela ausência de regra similar ao direito brasileiro na Argentina.

[14] Nesse contexto, já decidiu o TJSP: "Competência. Cobrança. Prestação de serviços. Existência de cláusula compromissória 'vazia' e de eleição de foro judicial. *Obrigatoriedade e vinculação das partes -- Exercício jurisdicional transferido ao juízo arbitral*, remanescendo o poder do magistrado togado apenas com relação a questões não englobadas pelo pacto, que comportem execução judicial ou relativas a vícios da decisão arbitral - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção da ação decretada (art. 267, VII, CPC (LGL\1973\5)) - Recurso desprovido" ( Ap 990.10.090526-0, 14.<sup>a</sup> Câ. de Direito Privado, j. 12.05.2010, rel. Des. Melo Colombi). E, ainda, no julgamento da ApCiv 99408.028565-9, j. 04.03.2010, a 6.<sup>a</sup> Câ. de Direito Privado decidiu: "Imissão de posse c/c rescisão contratual. Ação julgada extinta, nos termos do inc. VII,

do art. 267 do CPC (LGL\1973\5). *Alegação que a cláusula compromissória era opcional - Inocorrência - Forma de instituição da arbitragem devidamente convencionada pela partes - Circunstância impeditiva ao conhecimento da ação perante o Poder Judiciário - Verba honorária que deve ser arbitrada por equidade - Ausente a condenação a ensejar a fixação nos termos do § 4.º do art. 20 do CPC (LGL\1973\5) - Sentença reformada nesse particular? Recurso parcialmente provido.*" Por seu turno, a 9.ª Câm. Civ. do TJRS, ao analisar a ApCiv 70011879491, também decidiu pela prevalência da cláusula arbitral, *verbis*: "Contrato internacional de licenciamento. Rescisão unilateral. Pedido de manutenção do contrato. Eleição de juízo arbitral. Limite à jurisdição. Inexistência de afronta ao art. 5.º, XXXV, da CF (LGL\1988\3). Pedido juridicamente impossível frente à limitação convencionada pelas próprias partes. Com efeito, devendo ser cumprida no Brasil a obrigação contratual, é competente para examinar eventual demanda, conforme os arts. 12 da LICC (LGL\1942\3) e 88 do CPC (LGL\1973\5), a autoridade judiciária brasileira. Mas a admissão da competência da Justiça brasileira significa, apenas, que o caso há de ser examinado, ainda que seja para reconhecer o limite à jurisdição frente à cláusula arbitral. *Cabe a cada Estado definir o alcance de sua própria jurisdição e o Brasil, ao editar a Lei 9.307/1996, acabou por instituir uma limitação à intervenção judicial na arbitragem privada. E, não se pode deixar de consignar, não há qualquer inconstitucionalidade nesta lei, como já afirmou o STF na SE 5.206/Espanha*. A leitura da cláusula firmada pelas partes não deixa dúvidas de que todas as questões pertinentes ao contrato devem ser dirimidas pelos árbitros eleitos, inclusive, evidentemente, a questão que diz com a manutenção ou não do contrato no período de pendência do juízo arbitral. Destarte, por expressa convenção das partes, não cabe ao Judiciário examinar o cabimento da postulação da autora, e isto, como já mencionado, por ser a livre expressão da vontade das partes, envolvendo apenas questões patrimoniais privadas, não afronta de forma alguma o art. 5.º, XXXV, da CF (LGL\1988\3). Apelação desprovida, por maioria, vencido o presidente que desconstituía a sentença" (TJRS, ApCiv 70011879491, 9.ª Câm. Civ., j. 29.06.2005, rel. Marilene Bonzanini Bernardi).

[15] Dentre as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça fluminense, podemos destacar, entre outros, o AgIn 26966/07, proveniente da 15.ª Câm. Civ., rel. Des. Galdino Siqueira Netto, j. 04.12.2007, no qual se concluiu que: "Forçoso é extinguir o processo sem julgamento do mérito, tendo em vista que intentada a ação perante Juízo absolutamente incompetente, haja vista a cláusula de arbitragem prévia e livremente pactuada que tem o efeito de afastar a competência do Judiciário. Provimento do agravo para desconstituir a decisão agravada e extinguir o processo sem exame do mérito, com base no inc. VII do art. 267 do CPC (LGL\1973\5)". A mesma câmara, julgando o AgIn 2009.002.27205, rel. Min. Celso Ferreira Filho, j. 25.08.2009, destacou que diante da presença de cláusula compromissória de natureza cogente, "é incompetente o juiz de direito para dizer da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, competência que, nos termos do art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.307, de 23.09.1996, é do próprio árbitro. Obrigatoriedade de as partes submeterem seu litígio ao árbitro eleito, conforme manifestação de vontade posta no ato da contratação. A lei de arbitragem é posterior à lei consumerista, não excluindo sua aplicação às relações dessa natureza, vedado ao intérprete criar restrições onde a lei não cria. Extinção do processo sem resolução do mérito, na forma prevista no art. 267, VII, do CPC (LGL\1973\5)". E, ainda, a ApCiv 2008.001.30250, rel. Des. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, j. 01.07.2008, no qual se concluiu que, ante a presença de cláusula compromissória de natureza obrigatória, "É incompetente o juiz de

direito para dizer da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, competência que, nos termos do art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.307, de 23.09.1996, é do próprio juiz arbitral. Cláusula que, ao contrário do posto na sentença, não tem, obrigatoriamente, de ser instituída em documento apartado, podendo ser no próprio corpo do contrato, atendidos os requisitos do art. 4.º, § 2.º, da Lei de Regência." Por seu turno, também na 2.ª Câm. Civ., encontra-se o AgIn 2009.002.17343, rel. Min. Jessé Torres, j. 10.06.2009. Na hipótese, foi determinada a suspensão de ação de execução por título extrajudicial em razão da existência de procedimento arbitral instaurado a pedido da devedora, com base em cláusula compromissória expressamente pactuada. Na oportunidade, aduziu-se que "cláusula compromissória significa opção das partes com caráter vinculante: sua presença válida afasta a tutela jurisdicional estatal e torna obrigatório o recurso à arbitragem, insuscetível de renúncia por presunção de uma parte em relação à outra; cabe ao juízo arbitral declarar sua própria competência para conhecer da controvérsia (princípio da *kompetenz-kompetenz*, consagrado na arbitragem internacional). Hipótese que se enquadra nas disposições dos arts. 265, II, e 791, II, do Código de Ritos".

[16] "Processo civil. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Contrato de compra e venda de ações de companhia. Estipulação de preço variável e inclusão de cláusula arbitral. Ausência de pagamento do preço variável, pela alegação, da compradora, de que as condições para tanto não se implementaram. Propositura, pela credora, de ação de execução. Instauração, pela devedora, de procedimento arbitral. Suspensão da execução. - É competente para decidir as questões de mérito relativas a contrato com cláusula arbitral, a câmara eleita pelas partes para fazê-lo. Tal competência não é retirada dos árbitros pela circunstância de uma das partes ter promovido, antes de instaurada a arbitragem, a execução extrajudicial do débito, perante juiz togado. - Tendo em vista a competência da câmara arbitral, não é cabível a oposição, pela devedora, de embargos à execução do débito apurado em contrato. Tais embargos teriam o mesmo objeto do procedimento arbitral, e o juízo da execução não seria competente para conhecer das questões neles versadas. - A câmara arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* que informa o procedimento arbitral. Precedente. - Estabelecida, pela câmara arbitral, sua competência para decidir a questão, a pendência do procedimento equivale à propositura de ação declaratória para a discussão das questões relacionadas ao contrato. Assim, após a penhora, o juízo da execução deve suspender seu curso, como o faria se embargos do devedor tivessem sido opostos. Precedentes. Medida liminar deferida. Decisão em 20.09.2009. Recentemente a medida cautelar foi extinta, já que o agravo do recurso especial restou inadmitido, em 07.12.2009."

[17] Em 23.07.2002, por meio do Dec. 4.311/2002 foi, finalmente, ratificada pelo Brasil e incorporada ao seu ordenamento jurídico interno a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em 1958 em Nova Iorque, mais conhecida como Convenção de Nova Iorque.

[18] Convenção de Nova Iorque, Artigo I: "1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á

igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se mencione o seu reconhecimento e a sua execução. 2. Entender-se-á por 'sentenças arbitrais' não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam. 3. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração."

[19] Kronke, Herbert et al. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - A global commentary on the New York Convention*. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2010. p. 41 e ss.

[20] Veja-se, por exemplo, na Extradução 662, cujo pedido era oriundo do Peru, a explicação para o tema do Min. Celso de Mello: "A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Mais recentemente, o Ministro usou a mesma argumentação no HC 84.796, de 2004."