

Clausula compromissória patológica e repercussão na competência do Tribunal Arbitral

Sumário

1. Introdução
2. Breves considerações sobre a estrutura do Poder Judiciário brasileiro
3. Alcance da expressão “Cláusula patológica” e o princípio da Kompetenz - Kompetenz
4. A Lei 9.307/96 e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da competência do Tribunal Arbitral
5. Conclusões

1. Introdução

O presente texto tem por objetivo a análise do tema relacionado com a competência do Tribunal Arbitral (denominação utilizada tanto para árbitro único como para órgão colegiado de arbitragem) para deliberar sobre existência, validade e eficácia de cláusula compromissória, tema esse que tem provocado uma certa celeuma no universo das arbitragens.

No Brasil, a arbitragem foi estruturada por meio da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, com posteriores alterações da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. Antes de 1996, a arbitragem era contratada com pouca frequência, na medida em que o Código Civil de 1916, então em vigor, estabelecia uma sistemática em que a resolução de um conflito por meio de arbitragem somente seria possível se os

contendores concordassem com tal meio de resolução de conflitos após o início da contenda, quando qualquer acordo entre as partes se mostra de difícil concretude.

A maior utilização da arbitragem, no Brasil, decorrente da mais frequente inserção de cláusula compromissória em contratos, trouxe para discussão perante o Poder Judiciário e Tribunais Arbitrais a existência, validade e eficácia dessas mesmas cláusulas, notadamente quando a redação do texto respectivo não apresentasse clareza e ou requisitos formais para tanto.

Os defeitos redacionais da cláusula compromissória não são novidade para a doutrina, notadamente para a doutrina estrangeira, que, já nos idos nos anos 70, apresentava diagnóstico dessa patologia jurídica.

Passados quase vinte e cinco anos da vigência de nossa Lei da Arbitragem, podemos constatar certa tendência do Superior Tribunal de Justiça, na análise de recursos que versam sobre a questão dos defeitos da cláusula compromissória.

Concluída essa avaliação, poderemos identificar a tendência a respeito do tema em análise, notadamente no âmbito judicial.

2. Breves considerações sobre a estrutura do Poder Judiciário brasileiro

Para entendermos o cenário das discussões judiciais sobre a patologia de cláusula compromissória, mostra-se necessária e adequada uma breve síntese do sistema judiciário brasileiro.

O Poder Judiciário, como um dos poderes da República, está estruturado e com seus alicerces definidos em nossa Constituição Federal (artigos 92 a 126). No que interessa ao presente texto, os artigos 104 e 105 da Constituição Federal estabelecem as guias mestras de atuação do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), o qual, na qualidade de tribunal superior no sistema de justiça brasileiro, é responsável por resolver, em sede de instância especial, as

violações ou negativas de vigência a textos de Lei Federal, como a Lei da Arbitragem.

Salvo situações excepcionais, o STJ (composto por trinta e três Ministros) é o responsável pela deliberação judicial final quanto à definição dos limites e alcances da Lei de Arbitragemⁱ.

Dessa forma, com fundamento nos artigos 105, inciso I, alínea *d*, e 105, inciso III, alíneas *a* ou *c*, da Constituição Federal, a discussão sobre a competência para análise da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória é implementada por meio de Conflito de Competência (originário no STJ) ou de Recurso Especial, em processos originários da instância ordinária da Justiça comum.

Os órgãos fracionários do STJ são divididos em colegiados que atuam em três grandes áreas do direito, quais sejam Direito Público, Direito Privado e Direito Criminal. Cada Seção é composta por duas Turmas, que são formadas, cada uma, por cinco Ministros.

Assim, os temas da arbitragem e cláusula patológica podem ser examinados e julgados por duas Seções do STJ (Direito Público ou Privado). Se houver divergência entre duas Seções, ou mesmo nos casos de julgamento de homologação de sentença estrangeira (no caso, sentença arbitral estrangeira), o recurso ou processo será julgado pela Corte Especial, composta por vinte e um Ministros (seis Ministros mais antigos de cada Seção, o Presidente, o Vice-Presidente e o Coordenador-Geral da Justiça Federal).

Em resumo, no máximo vinte e um Ministros do STJ são responsáveis pela deliberação final a respeito da interpretação da Lei de Arbitragem.

Há outras duas questões a serem esclarecidas a respeito da atuação do Superior Tribunal de Justiça.

No início dos anos 90, o STJ, deparando-se com um significativo aumento de recursos e processos a ele submetidos, deu início à edição de Súmulas de entendimento, para criar barreiras ao julgamento de processos. Nesse sentido,

foram editadas duas Súmulas de grande relevância nos posteriores anos, até o momento atual, que são as Súmulas 5 e 7ⁱⁱ.

Com base nessas Súmulas, a necessidade do reexame de provas e ou da interpretação de cláusulas contratuais impedem o recurso ou processo de ser analisado e julgado pelo STJ.

Não obstante a ostensiva e ampla aplicação das Súmulas em referência, há alguns anos o Superior Tribunal de Justiça vem flexibilizando as respectivas incidências, sob o argumento de que, quando há discussão sobre os critérios jurídicos utilizados na apreciação de fatos incontroversos e de cláusulas contratuais, é possível superar o obstáculo sumular. Nesse sentido, vale fazer expressa referência aos acórdãos proferidos no Recurso Especial (REsp) 1.659.893, Rio de Janeiro, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16/3/2021; Agravo Interno (AgInt) no REsp 1.356.372, Alagoas, Relator Ministro Marco Buzzi, j. 23/8/2016.

Essa flexibilização tem impacto significativo na discussão sobre a patologia de determinada cláusula contratual, na estreita sede dos recursos submetidos à instância especial.

Outro tema que merece ser abordado nessa breve avaliação da estrutura do Poder Judiciário diz respeito ao **precedente judicial**.

Durante a última reforma de nossa lei processual civil, que resultou na promulgação do Código de Processo Civil em 2.015, positivou-se a estrutura do precedente judicial, buscando a estabilidade da jurisprudência e a observância do princípio da segurança jurídicaⁱⁱⁱ; o instituto do precedente judicial contou com inspiração no sistema da “common law”, mas não sendo a ele comparável em razão das distinções do mencionado sistema com o da “civil law”, adotado pelo sistema jurídico brasileiro. O artigo 927, do Código de Processo Civil enumera quais os tipos de decisão judicial são, por força de lei, considerados precedentes judiciais, vinculantes para os Juízes e Tribunais: (a) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade; (b) os enunciados de súmula vinculante; (c) os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo; (d) os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de

Justiça em matéria infraconstitucional; e (e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As demais decisões judiciais são tratadas como integrantes da jurisprudência, com força de persuasão e não vinculante. Essa distinção é de relevância para o presente texto, na medida em que poderemos constatar a mudança da jurisprudência do STJ, no curso dos últimos anos, sem que isso, todavia, tenha produzido precedentes judiciais^{iv}.

3. Alcance da expressão “Cláusula patológica” e o princípio Kompetenz - Kompetenz

A discussão a respeito de vícios redacionais de cláusulas compromissórias não é nova. Eisemamm já discutia esse assunto, nos anos 70, como bem anotado por Selma Lema na obra “Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima”, Pedro Batista Martins e José M. Rossani Garcez (orgs.), São Paulo, LTr, 2002”, p.188/208.^v É atribuída a Eisemamm a utilização do termo “cláusula patológica” para definir a contaminação por vício redacional.

Dessa forma, a patologia de uma cláusula compromissória, segundo a doutrina especializada, não se limita a um específico defeito, mas sim a diversos vícios (contradição, omissão, incompletude etc.).

Esse vício redacional na cláusula compromissória provoca insegurança e dúvida sobre a submissão de determinado litígio à arbitragem ou ao Poder Judiciário, na medida em que, conforme prevê a Lei 9.307/96, no artigo 4º., parágrafos 1º. e 2º. e artigo 5º. a cláusula compromissória deve conter os principais elementos que possibilitem a instauração do procedimento arbitral.

Há, porém, defeitos ou vícios redacionais que inviabilizam o início do procedimento arbitral (cláusula vazia, que não apresenta o procedimento para indicação de árbitros; indicação de órgão arbitral inexistente etc.). Nesses casos, a patologia da cláusula é solucionada pelo mecanismo já estabelecido nos artigos 6º. e 7º., da Lei 9.307/96, que determina a provocação do Poder

Judiciário, que inclusive poderá, em substituição à parte recalcitrante, nomear árbitro e substituir o compromisso arbitral.

A patologia ou vício que são discutidos no presente texto não se referem aos problemas acima relatados, mas sim a defeitos decorrentes de contradição ou vícios formais, que possam conduzir à decretação da nulidade ou invalidade da cláusula.

Carlos Alberto Carmona, ao analisar a competência do árbitro para investigação acerca da invalidade da convenção arbitral, afirma que, na hipótese de o vício da cláusula ser reconhecível “*prima facie*, ou seja, de pronto”, não haverá violação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, abaixo referido ^{vi}.

A lei brasileira de arbitragem, baseada em diversas normas estrangeiras, em tratados internacionais (Convenção de Nova Iorque e Convenção Interamericana em Arbitragem Comercial Internacional do Panamá), assim como na Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), trouxe para nosso sistema jurídico o princípio da *Kompetenz-kompetenz* (competência-competência), refletido nos artigos 8º. *caput* e parágrafo único, e 20 *caput* e parágrafo 2º., ambos da Lei 9.307/96.

Com base nesse princípio, o Tribunal Arbitral é o competente para, em primeiro lugar, analisar e deliberar sobre sua própria competência. A relevância desse princípio, que informa a Lei de Arbitragem, é anotado por Thiago Rodovalho^{vii}, que reconhece o impacto benéfico nos procedimentos arbitrais.

Assim, em uma primeira conclusão a respeito do tema, a deliberação sobre os vícios redacionais de uma cláusula compromissória (“cláusula patológica”), que versem sobre existência, validade ou eficácia da própria cláusula, deve, segundo a estrutura legal da arbitragem no Brasil, ser promovida, em primeiro lugar, pelo Tribunal Arbitral, salvo nas hipóteses em que se depare com cláusula compromissória vazia.

Reconhece-se, também, a possibilidade de intervenção estatal nas hipóteses de constatação *prima facie* de nulidade da cláusula compromissória, ficando evidenciado que o princípio da competência-competência, no direito brasileiro,

vem sendo mitigado, admitindo-se a intervenção estatal, sem a limitação temporal já mencionada.

Importante frisar, nesse passo, que a prioridade do exercício da competência pelo Tribunal Arbitral não significa, de forma alguma, a rejeição da competência do Poder Judiciário sobre essa questão. Há apenas o diferimento no tempo para tal exercício.

Essa conclusão é facilmente adotada ao nos depararmos com a redação dos artigos 32, inciso I e 33, ambos da Lei 9.307/96, atribuindo ao Estado (Poder Judiciário) competência para deliberar a respeito da nulidade de convenção da arbitragem (cláusula e ou compromisso), após a prolação da sentença arbitral.

Como se verá adiante, o STJ vem adotando posição mais flexível com relação a essa divisão temporal do exercício da competência, acompanhando inclusive a tendência da doutrina.

4. A Lei 9.307/96 e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da competência do Tribunal Arbitral

Na Lei 9.307/96, os artigos 8º. *caput* e parágrafo único, assim como o 20º *caput* e parágrafo segundo ^{viii}, dispõem a respeito do reconhecimento da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória pelo próprio Tribunal Arbitral.

Esses dispositivos, como antes ressaltado, são informados pelo princípio *Kompetenz-Kompetenz*, pois atribuem ao árbitro a competência para, em primeiro lugar, avaliar a existência, validade e eficácia da cláusula arbitral.

O STJ, tribunal superior no sistema brasileiro, cuja atribuição constitucional consiste, no que interessa ao presente texto, na aferição da violação ou negativa de vigência à lei federal (Lei da Arbitragem, por exemplo), durante anos reconheceu a aplicação do mencionado princípio da competência-competência aos processos em que as partes discutiam a avaliação dos qualificadores do ato jurídico pelo Poder Judiciário (existência, validade e eficácia), em primeiro lugar.

Vale repisar, nesse contexto, que esse tipo de discussão judicial foi submetido ao STJ em, majoritariamente, duas dimensões de contendas. De um lado, havia a discussão sobre o caráter jurisdicional da arbitragem, em razão do que as partes suscitavam a incompetência do Estado (Poder Judiciário) e ou do Tribunal Arbitral para, em primeiro lugar, avaliar as qualificadoras da cláusula compromissória ou proferir decisões anteriormente ao Poder Judiciário. Esse tipo de recurso/processo é submetido, no STJ, a dez Ministros, em Seção de Direito Privado ou de Direito Público^{ix}.

Nos demais processos e respectivos recursos, iniciados perante a justiça comum e levados ao STJ, podemos citar uma decisão (acórdão) que, de forma ampla e fundamentada, estabeleceu hipótese não submetida, até aquela época, a escrutínio do STJ (REsp 1.602.076/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, j. 15/9/2016). Na mencionada decisão, a Ministra relatora afirma que há hipóteses de nulidades de cláusula compromissória que devem ser reconhecidas pelo Poder Judiciário, mormente quando são aferíveis *prima facie*^x.

A partir, portanto, desse marco decisório, foram proferidas diversas decisões, no STJ, adotando o critério de avaliação *prima facie* de invalidade ou vício de cláusula compromissória^{xi}. Note-se que o caso específico da decisão em comento trata de cláusula de adesão em contrato de franquia, que não teria observado os requisitos do parágrafo segundo, do artigo 4º., da Lei 9.307/96.

Há, todavia, dois sérios problemas e disfunções na adoção do critério de avaliação *prima facie* de vício em cláusula compromissória, pelo Poder Judiciário. Um dos sérios problemas consiste na generalidade e discricionariedade da hipótese estabelecida na jurisprudência. O grau de aprofundamento na avaliação e as questões que podem ser inseridas nessa fase de cognição estreita revelam a possibilidade de ampliação e antecipação da atuação do Estado (Poder Judiciário), nos procedimentos arbitrais, com possível sobreposição de competência e estímulo para a parte que tenha como objetivo a postergação da avaliação do mérito da contenda.

Outra questão que preocupa diz respeito à insegurança jurídica que advém da adoção de tal critério (avaliação *prima facie*) sem que haja sido proferida decisão qualificada como precedente judicial, e, então, de obrigatória adoção por juízes e tribunais, como antes visto.

Os precedentes judiciais são relevantes, como visto, para criar um ambiente de previsibilidade e respeito à segurança jurídica. Sem que haja um precedente, tal qual definido em nossa lei processual civil, as decisões que forem sendo proferidas, carentes de vinculação obrigatória a decisões pretéritas, por juízes e tribunais, certamente provocarão instabilidade em procedimentos arbitrais.

Um exemplo da insegurança gerada com a amplitude do conceito de avaliação *prima facie* de invalidade de cláusula compromissória pelo Poder Judiciário, pode ser encontrada no julgamento, pelo STJ, do REsp 1.550.260/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, em 12/12/2017. Apesar de a maioria dos Ministros (três Ministros) ter rejeitado a tese de possível avaliação *prima facie* de nulidade de cláusula compromissória, com base em alegação de falsidade documental, dois Ministros já expuseram opinião de que esse tipo de defeito também estaria sujeito à apreciação do Poder Judiciário, antes mesmo da atuação do Tribunal Arbitral.

5. Conclusões

A análise promovida no presente texto nos conduz a uma reflexão a respeito das consequências na mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema arbitragem.

No Brasil, desde a edição da Lei 9.307/96, tem havido um grande e hercúleo trabalho dos arbitralistas para difundir os conceitos e relevância da arbitragem. Essa difusão inclui reuniões e eventos junto a juízes e tribunais para que sejam entendidas as formas de cooperação e convivência da jurisdição estatal com a jurisdição arbitral.

As cláusulas patológicas vêm sendo estudadas e discutidas na busca de soluções que priorizem a manutenção do procedimento arbitral. Como visto, a patologia pode se dar em decorrência da cláusula compromissória vazia (cláusula que não contém elementos suficientes para a nomeação de árbitros) ou carente de elementos que permitam o início da arbitragem (cláusula que indique órgão arbitral inexistente, por exemplo). Nesses casos, a Lei 9.307/96, em seus artigos 6º. e 7º., prevê a intervenção do Poder Judiciário para nomeação de árbitro e conclusão de compromisso arbitral.

Com exceção dos casos acima, não havia, até o ano de 2016, acolhimento pelo STJ de pretensão que configurasse antecipação da intervenção do Poder Judiciário em tema de reconhecimento da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, antes da deliberação do Tribunal Arbitral

A partir do julgamento de 2016 (REsp 1.602.076), foi reconhecida essa possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, sob o fundamento de avaliação *prima facie*, em discussão sobre cláusula compromissória de adesão, em contrato de franquia. Todavia, o conceito e abrangência da decisão vêm provocando certa insegurança.

O REsp 1.550.260/RS, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, julgado em 12/12/2017, como acima avaliado, reproduz essa insegurança, pois dois Ministros da Terceira Turma entenderam que o Poder Judiciário era competente para avaliar a validade de determinada cláusula compromissória, antes mesmo do Tribunal Arbitral, considerando que havia alegação de falsidade documental. A competência, em primeiro lugar, do Tribunal Arbitral foi reconhecida pela maioria (três Ministros), com base no princípio da competência-competência, mas ficou evidenciada a ausência de uniformidade no entendimento da exceção ao princípio em questão com base na avaliação *prima facie* de invalidade.

Dessa forma, podemos concluir que o tema das cláusulas patológicas, que impacta diretamente na aplicação do princípio da competência-competência às cláusulas compromissórias, demonstra que, diante de julgamentos recentes do STJ, há sério risco na possibilidade de se reconhecer, de forma ampla, a competência inaugural do Poder Judiciário para deliberar sobre existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

São Paulo, de Abril de 2021

Arystóbulo de Oliveira Freitas

ⁱ A excepcionalidade referida diz respeito a determinadas questões jurídicas que podem possuir fundamento constitucional, sendo, nesse caso, projetada a deliberação última dessa questão para o Supremo Tribunal Federal. Um exemplo dessa excepcionalidade pode ser encontrado no Agravo Regimental de Sentença Estrangeira n.º 5206-7, Reino da Espanha, no qual se discutiu a constitucionalidade de diversos artigos da Lei da Arbitragem, Lei 9.307/96.

ⁱⁱ Súmula 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.
Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

iii “Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de `surpresas`, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta ” (Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, pp 30-31 – pesquisa realizada no sítio de internet do Senado Federal (<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>))

iv “O trato das decisões pretéritas no *civil law* está muito mais ligado ao que em verdade a jurisprudência pode melhor oferecer: autoridade da decisão, como força de persuasão, e não necessariamente ao vínculo que a decisão gera em casos posteriores. É dizer: no sistema do *civil law* a doutrina do “*stare decisis*” via de regra não encontra aplicação, em que pese não se possa desconsiderar o poder de persuasão que as decisões pretéritas podem exercer, em especial quando reiteradas pelas instâncias superiores, “*giving courts a strong reason to follow earlier decisions*” (Mariani, Rômulo Greff, *Precedentes na arbitragem* – Belo Horizonte, Forum, 2018, pp 58-59).

v “Em estudo elaborado em 1974, Frederic EISEMAMM denominou de *clauses pathologiques* (cláusulas doentes) as cláusulas defeituosas, imperfeitas ou incompletas, que pela ausência de elementos mínimos suscitam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem. A redação imperfeita da cláusula arbitral representará a instauração de um contencioso parasita, redundando na procrastinação da arbitragem, posto que a parte que não tenha interesse em instituí-la fará uso da redação imperfeita, ambígua ou contraditória para suscitar interpretações diferentes ou alegar a nulidade da cláusula compromissória, adiando, assim, o regular processamento da arbitragem” (INDICAR OBRA).

vi “A doutrina, de qualquer forma, ainda não tem posicionamento firme no sentido de identificar com exatidão quais os limites dos poderes investigativos do juiz acerca da invalidade da convenção de arbitragem. Emmanuel 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.” (Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, 3ª. Edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Atlas, 2009, p 177).

vii “Desse modo, na concepção moderna e majoritariamente adotada no cenário internacional do princípio da *compétence-compétence* ou princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, evitando-se a concorrência temporal entre árbitro e juiz, impedindo-se o conflito entre jurisdições, procurando prevenir a situação bem lembrada por Carlos Alberto Carmona, e que muito fatalmente ocorre quando se desrespeita o princípio da competência-competência” (Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 14, Volume 55, outubro-dezembro 2017, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, p 367).

viii **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.

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.

Art. 20. A parte que pretender argüir 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 (...)

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

^{ix} No julgamento paradigmático do Conflito de Competência 111.230/DF, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, j. em 3/4/2014, ficou assentada não só a função jurisdicional da arbitragem, como também a prioridade da deliberação do Tribunal Arbitral sobre os temas relacionados à contenda das partes. Na aludida decisão, apesar de não se estar em discussão especificamente a cláusula arbitral, ficou assentada a valorização da atuação do árbitro em primeiro lugar:

“Naturalmente não se trata de uma questão simples. Contudo, o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos.”

^{*} “Como regra geral, a jurisprudência desta Corte Superior indica a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral. Toda regra, porém, comporta exceções para melhor se adequar a situações cujos contornos escapam às situações típicas abarcadas pelo núcleo duro da generalidade e que, pode-se dizer, estão em áreas cinzentas da aplicação do Direito. Obviamente, o princípio kompetenz-kompetenz deve ser privilegiado, inclusive para o indispensável fortalecimento da arbitragem no País e sua aplicação no REsp 1.602.696-PI é irretocável. Por outro lado, é inegável a finalidade de integração e desenvolvimento do Direito a admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias “patológicas” – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionado acima e aqueles que não atendam o requisito legal específico (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96) que se está a julgar neste momento – cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral. São, assim, exceções que permitem uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral. Levando em consideração todo o exposto, o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral”.

^{xi} São citados os seguintes acórdãos, que, a título de exemplo, adotaram a premissa de apreciação *prima facie* da nulidade da cláusula compromissória pelo Poder Judiciário, flexibilizando o princípio *Kompetenz-Kompetenz*: AgInt em AgInt em REsp 1.773.599/PE, Terceira Turma, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26/10/2020; AgInt em AgInt no REsp 1.431.391/SP, Quarta Turma, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 20/4/2020; REsp 1.845.737/MG, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 20/2/2020; AgInt no Aresp 1.029.480/SP, Quarta Turma, relator Ministro Raul Araujo, j. 21/3/2017.