



ESCOLA CAMES E CAMES
APRESENTAM

ESTUDOS EM HOMENAGEM À LEI DE ARBITRAGEM





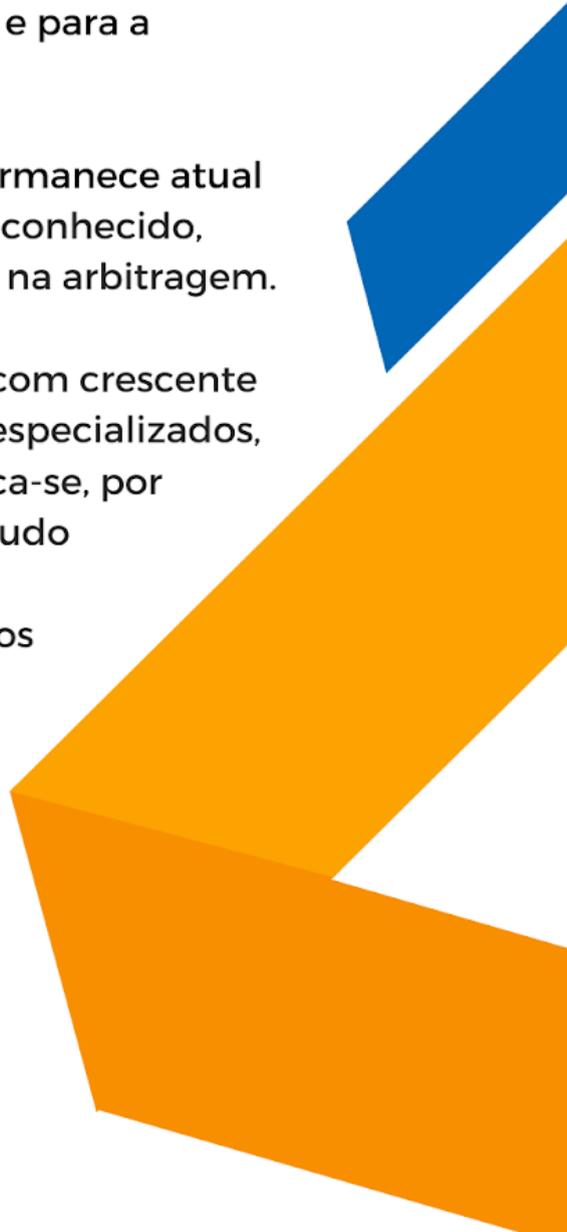
A Escola CAMES e a CAMES

– Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada, sempre com o objetivo de fomentar a resolução de conflitos fora do Poder Judiciário, por meio da mediação e da arbitragem, prestigiando a ética e a imparcialidade, reuniram renomados especialistas para participar deste e.book, com artigos em homenagem a Lei de Arbitragem, tratando de importantes questões relacionadas ao tema.

A entrada em vigor da Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307, de 1996 - e a declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF são marcos na criação de uma verdadeira alternativa, no Brasil, para a solução de litígios e para a implantação do sistema multiportas.

Com 26 anos de idade, a Lei de Arbitragem permanece atual e efetiva, tendo transformado o país em um reconhecido, inclusive internacionalmente, caso de sucesso na arbitragem.

A CAMES figura entre as instituições arbitrais com crescente número de árbitros e mediadores, altamente especializados, nas mais diversas áreas. A Escola CAMES dedica-se, por meio de cursos, seminários e simpósios, ao estudo aprofundado da arbitragem e da mediação, acreditando ambas que a resolução de conflitos deve ser célere, conduzida por especialistas na matéria conflituosa e, acima de tudo, indutora da pacificação social.



	Página
ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO É POSSÍVEL Por Adilson Rodrigues Pires	6
A LEI DA ARBITRAGEM NÃO PRECISA DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELO PL 3.293/2021 Por Ana Paula Oriola De Raeffray e Carlos Alberto Vilela Sampaio	15
A RELEVÂNCIA DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM PARA O CRESCIMENTO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA Por Ana Paula Oriola De Raeffray e Lygia Maria Avena	19
PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM Por Ane Elisa Perez e Thaina de Paula Carvalho	23
A LEI DE ARBITRAGEM COMO MARCO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ECOSISTEMA DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS BRASILEIRO Por Daniel Brantes Ferreira	38
O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO INERENTE AO ACESSO À JUSTIÇA PELA ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSÍVEL NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS. Por David Lins Kusterer e Matheus Lins Rocha	45
BREVES NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE AO PROCEDIMENTO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL Por Eduardo Braga Bacal e Júlia Maria de Oliveira e Dias	61
A VINCULAÇÃO DE NÃO SIGNATÁRIOS À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: UMA PERSPECTIVA PRAGMÁTICA SOBRE OS VALORES EM JOGO Por Guilherme Enrique Malosso Quintana e Gregory Terry Ubillús	73
BIFURCAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM ARBITRAGENS DE CONSTRUÇÃO Por Guilherme Vinseiro e Letícia Lomez	93

A VACINA PARA OS EFEITOS SOCIETÁRIOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO	98
Por Gustavo Licks	
A ROMÂNTICA RELAÇÃO ENTRE ADMINISTRADORES E COMPANHIAS NO NOVO MERCADO: O CONSENTIMENTO NECESSÁRIO À VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM ESTATUTÁRIA	110
Por João Paulo Hecker da Silva	
PREJUDICIALIDADE EXTERNA ENTRE JURISDIÇÃO ARBITRAL E O CONFLITO TRABALHISTA	141
Por João Paulo Hecker da Silva e Ronaldo Vasconcelos	
ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ONDE ESTAMOS E PARA ONDE VAMOS	172
Por Joaquim de Paiva Muniz	
THIRD-PARTY FUNDING NO BRASIL: UMA PRÁTICA EM EXPANSÃO	189
Por Marcela Tarré Bernini	
NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL E PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO	202
Por Marcelo José Magalhães Bonizzi e Luiz Francisco Torquato Avolio	
A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE SEGURO	210
Por Marcia Cicarelli Barbosa de Oliveira e Camila Affonso Prado	
A COMUNICAÇÃO COMO FERRAMENTA DE GESTÃO: A COMUNICAÇÃO EFICAZ NO AMBIENTE EMPRESARIAL	223
Por Márcia Rosa	
A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS PELA LGPD NO PROCEDIMENTO ARBITRAL	235
Por Maria Luiza De Oliveira Spada Bonfim	
ESCOLHA DO ÁRBITRO E A ARBITRAGEM MULTIPARTE	241
Por Ronaldo Guimarães Gallo	
OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES DO CPC/15 E O PROCEDIMENTO ARBITRAL: ESTÃO OS ÁRBITROS VINCULADOS AOS PRECEDENTES?	254
Por Thiago Rodovalho	
O PRINCÍPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ E SUAS CONSEQUÊNCIAS	268

Por Viviane Rosolia Teodoro

ARBITRAGEM NO CONTRATO DE SEGURO E DE RESSEGURO: ESTÁGIO ATUAL NO BRASIL

Por Walter A. Polido

284

MEDIAÇÃO INTERPOSTA NO PROCESSO ARBITRAL: HIPÓTESES DE CABIMENTO

Por Evelyn R. Araújo Barreto de Souza e
Fernando Muniz Shecaira

297

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS E A ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO: BREVES REFLEXÕES

Por Felipe Kertesz Renault Pinto

308

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS E A ARBITRAGEM

Por Giordani Flenik

317

UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA DO ACESSO À ARBITRAGEM

Por Marco F. V. di Iulio e Ronaldo C. Gaudio

327

DESJUDICIALIZAÇÃO E PROCESSUALIDADE COM BASE NA NATUREZA DOS CONFLITOS E CONFORME A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Por Victor Barbosa Dutra, Leonardo Viana Silva e
Larissa Bleza Cabral Souza

333

ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO É POSSÍVEL

Adilson Rodrigues Pires

Doutor em Direito Econômico e Sociedade pela UGF

Sócio do Escritório Renault Advogados

Autor de livros sobre Direito Tributário e Direito da Integração

Sumário

A arbitragem em matéria tributária consiste em grande avanço sob o aspecto da celeridade no tratamento dos processos administrativos e judiciais de exigência do crédito tributário. No presente trabalho, trata-se de analisar alguns aspectos teóricos sobre o tema e proceder a ligeiros comentários a respeito do Projeto de Lei nº 2.486/2022, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, que dispõe sobre a arbitragem em matéria tributária e aduaneira, visando à solução de litígios entre o fisco e os contribuintes.

Considerações iniciais

A recuperação do crédito tributário de modo mais célere e eficaz tem sido motivo de grande preocupação entre juristas, advogados, contribuintes e, até mesmo, membros do Poder Judiciário. O grande número de débitos inscritos em dívida ativa nos três níveis de poder e a avassaladora quantidade de processos de execução judicial não tem correspondido à expectativa de liquidação dos processos e de arrecadação do tributo. Torna-se, assim, imprescindível a criação de mecanismo que vise acelerar o processo de cobrança do crédito tributário.

A satisfação do crédito tributário contribui enormemente para o equilíbrio das contas públicas. Contudo, a escassa mão de obra entre os servidores públicos dedicados à função de arrecadar e exigir tributos, além das limitações do Poder Judiciário, que se debate com um imenso número de processos em curso, acabam por agravar o problema e se tornam os principais responsáveis pela morosidade da solução dos litígios no âmbito tributário.

Todos esses fatores, somados ao aumento da litigiosidade entre fisco e contribuintes motiva a busca pela instituição do instituto da arbitragem no país. No mundo inteiro, são incontáveis os países que contam com a arbitragem como forma de solução de controvérsias. Apenas para citar alguns, vale lembrar os Estados Unidos da América, a Índia, o México e outros mais. Em Portugal, onde também é adotado, o instituto visa, precipuamente, “imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo”. É como dispõe a introdução ao Decreto-Lei nº 11/2010, que regula o Regime da Arbitragem em Matéria Tributária naquele país.

Em que pese o esforço no sentido da redução do estoque de processos relativos a créditos inscritos, ou não, em dívida ativa, pouco resultado têm obtido os órgãos da receita federal, estaduais e municipais, assim como as Procuradorias de Fazenda em todos os níveis da administração.

Estudos recentes demonstram que o volume de crédito exigível dos contribuintes inadimplentes supera consideravelmente a própria arrecadação em algumas unidades da federação. Programas de regularização fiscal, que se repetem quase que anualmente desde 2001 ainda que com denominação diferente, não têm produzido, para os cofres públicos, resultados significativos em termos de aumento de receita.

Tendo em vista a pertinência do tema, vale registrar que, no final de 2019, a Medida Provisória nº 899, batizada de MP do contribuinte legal, assinada pelo Presidente da República, implantou no país, após mais de 50 anos de vigência do Código Tributário Nacional, o instituto da transação fiscal, eficiente ferramenta de regularização do crédito tributário e que, em verdade, substitui os famosos e tão desgastados Refis. Referida Medida Provisória, convertida na Lei nº 13.988/2020, estabelece os requisitos e as condições básicas para a solução de litígios de natureza tributária entre a União e as partes interessadas.

Sobre a frustração dos processos de cobrança da dívida tributária

Sobre o congestionamento dos órgãos de cobrança administrativa e judiciais, é oportuno observar que o estoque da dívida alcança alguns trilhões de reais, conforme dados que podem ser colhidos no Ministério da Economia. Vale observar que esse volume tem permanecido nesse nível há alguns anos. Essa situação é agravada pelo incremento do número de autuações promovidas pelos Auditores Fiscais no exercício regular de suas funções nos três níveis de governo.

Por outro lado, inúmeras são as dificuldades práticas inerentes a todo processo de cobrança, em que pese a sua aparente simplicidade, dado que boa parte dos contribuintes não são localizados ou não dispõem de recursos suficientes para saldar o seu débito. Esses casos representam mais da metade dos processos de execução abertos. Evidentemente, a enorme frustração provocada nos órgãos da administração pública requer pensar-se em formas alternativas de satisfação desse passivo creditório com maior rapidez.

Por sua vez, o custo da judicialização da cobrança do crédito tributário atinge expressivo patamar, alcançando, ainda segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a cifra de 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, superando, tanto países da América Latina, como Argentina e Chile, como países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América e a Alemanha.

Acrescente-se a esse custo um dado nada dignificante para o país, qual seja o de que o Banco Mundial estima em milhares o número de horas despendidas pelos contribuintes brasileiros para o cumprimento da obrigação tributária, seja tomando conhecimento e interpretando a intrincada legislação tributária, seja calculando e, efetivamente, pagando os tributos devidos.

Constatação igualmente alarmante refere-se ao tempo de tramitação de um processo de execução fiscal, quase dez anos, sendo que a probabilidade de recuperação do valor pretendido não chega a 30% do total. Torna-se, portanto, urgente a adoção de medidas legais com vistas à solução de litígios fora das demandas processadas nos tribunais.

A título de ilustração, convém assinalar que, devido à reiterada inadimplência de proprietários de imóveis e veículos, os impostos que incidem sobre o patrimônio do indivíduo, a saber, o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), são os maiores responsáveis pelos processos de execução fiscal em tramitação nos tribunais do país.

Após infundável variedade de procedimentos, os bens objeto dos processos de execução da dívida, quando localizados, são penhorados e leiloados, até o ressarcimento, ao final, do débito. São fases por demais burocratizadas e lentas, que levam à exaustão o processo judiciário. Quando o devedor não é localizado ou os bens não são encontrados, a frustração é ainda maior e o gasto do dinheiro público para a satisfação do crédito é irrecuperável.

Da instituição da arbitragem no Brasil

Recentemente, o presidente do Senado Federal apresentou o Projeto de Lei nº 2.486/2022, que institui a arbitragem em assuntos que envolvem litígios tributários, visando preveni-los e, também, solucionar os processos já instaurados no contencioso administrativo e judicial, envolvendo matéria tributária e aduaneira.

Vale ressaltar que o Projeto de Lei, oriundo da Comissão instituída pelo Ato Conjunto nº 1/2022, assinado pelos presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, cuja presidência foi exercida pela Excelentíssima Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Regina Helena Costa, é aplicado, não só à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como, ainda, à cobrança de valores devidos a conselhos profissionais e à Ordem dos Advogados do Brasil.

O PL atribui à Fazenda Pública o encargo de estabelecer as hipóteses nas quais poderá ser admitida a arbitragem, consistindo, entre essas, o valor do litígio, a fase processual em que o sujeito passivo poderá requerer o uso do instituto, as regras para escolha da câmara que decidirá o litígio, e, por fim, normas relativas aos árbitros, como escolha, indicação, impugnação e honorários devidos.

Assim, a arbitragem poderá ser adotada desde o momento da instauração do procedimento fiscal, ou seja, desde a lavratura do Auto de Infração pelo Auditor-Fiscal até a sua judicialização, sem qualquer restrição. Essa ampla abrangência tem por escopo reduzir o contencioso administrativo e judicial, que onera tanto o contribuinte quanto a Fazenda Pública.

Trata-se de importante inovação nos métodos de solução de litígios entre a administração pública e os contribuintes, tendente a modernizar e dinamizar o processo administrativo e tributário nacional. A adoção da arbitragem, sem dúvida, trará melhorias significativas no relacionamento entre o fisco e os contribuintes, gerando maior confiabilidade entre as partes, medida da mais salutar no que diz respeito ao aperfeiçoamento do sistema jurídico-tributário vigente.

A arbitragem é um “método heterocompositivo de solução de conflitos”, conforme aduz a justificativa apresentada pelo Senador Rodrigo Pacheco, que se inicia com a promulgação da Lei n. 9.307/1996 e que provou, ao longo desses anos de vigência, sua plena eficácia e se estendeu, inclusive, aos casos de litígios envolvendo o cidadão e a Administração Pública.

O e. Senador da República sustenta, mais, que “a função dos árbitros é análoga à dos juízes estatais”, isto é, suas decisões são terminativas, não cabendo, dessa forma, homologação ou, mesmo, apelo à via judicial.

Segundo o projeto, compete à Fazenda Pública estabelecer os temas a serem submetidos à arbitragem, cabendo, ainda, ao ente político dispor sobre regras e limites de utilização do instituto, como, por exemplo, o valor da controvérsia, as fases processuais em que será cabível a aplicação da arbitragem, a análise do requerimento apresentado pelo contribuinte, os critérios para escolha da câmara arbitral, além das regras relativas à escolha, à indicação, à possível impugnação ao seu nome e os limites de fixação de honorários.

O projeto de lei, portanto, atribui à autoridade fazendária poderes para decidir sobre a instauração, assim como o iter procedimental a ser seguido. Do exposto, deduz-se que a igualdade entre as partes, o que se poderá chamar de “paridade de armas”, é restrita *ab initio*, visto que ao contribuinte são impostas limitações, que poderão invalidar a sua intenção de submeter o litígio à arbitragem.

Considerando os atributos de neutralidade, imparcialidade, liberdade para atuar e independência de que gozam os árbitros para a condução do processo, seria mais condizente com os propósitos do instituto a eles delegar, pelo menos, parte dessas competências. Assim, o equilíbrio de forças estaria sendo respeitado desde o início.

Com efeito, o extenso poder em mãos do administrador já, por si, denota certo desequilíbrio, tendo em vista que o ato administrativo autorizador, previsto no projeto, coloca em níveis distintos a fazenda e o contribuinte, este subordinado à vontade do fisco e na expectativa da sua anuência, inclusive, para desencadear o processo de arbitragem.

Insta assinalar que em todo o desenrolar do processo deveria ser observado o princípio da igualdade das partes perante o órgão de arbitragem, não sendo admitida, em hipótese alguma, supremacia de qualquer dos envolvidos no processo.

Além da igualdade das partes, implicitamente estão compreendidos como princípios regentes da arbitragem o contraditório, consubstanciado na utilização pelas partes dos mesmos recursos legalmente admissíveis, a autonomia do órgão arbitral na condução do processo e na decisão final, a busca da verdade material, típicos do processo regulamentar, além da publicidade, que assegura a

transparência de todo o processo. Esses princípios estão previstos na lei portuguesa sobre arbitragem, um dos modelos seguidos pelos autores do projeto, e que não foram contemplados na proposta da lei brasileira.

Não se propõe, absolutamente, conceder poderes exacerbados aos árbitros em prejuízo do interesse público, que deve ser preservado, vez que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, assim como as decisões terminativas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em regime de precedentes vinculantes, são inquestionavelmente observados. É válido recordar que tais precedentes, de cunho constitucional, foram previstos para o fim de garantir a segurança e a estabilidade do sistema jurídico.

Cabe salientar o acerto do disposto no Projeto de Lei nº 2.486/2022 ao estabelecer prazos, passíveis de extensão, é verdade, para resposta às alegações iniciais e para a conclusão do processo. A medida visa evitar que práticas de natureza protelatória, comuns em processos dessa natureza, possam comprometer a finalidade maior do instituto ao eternizar a solução do litígio.

Por outro lado, a flexibilidade aduzida visa ajustar os procedimentos arbitrais a certas características dos casos em concreto, como, por exemplo, a apresentação de documentos ou a necessidade de perícia contábil ou técnica entendidas pelos árbitros como necessárias ao esclarecimento da questão.

Diga-se, mais, que a apresentação de provas e testemunhas é prerrogativa do contribuinte em qualquer das fases do processo. A oralidade, por seu turno, é, também, pressuposto que rege as discussões sobre a matéria, assim como a cooperação, a boa-fé processual e a publicidade, princípios aplicáveis tanto aos árbitros quanto às partes.

Embora não conste expressamente dos termos do projeto, é importante salientar que, por sua relevância no processo de solução de litígios, os árbitros devem guardar absoluto sigilo em relação ao objeto da arbitragem e das partes em litígio.

Dos efeitos da utilização da arbitragem

Uma vez julgadas as demandas em caráter definitivo, as decisões arbitrais vinculam a administração pública, que não poderá alegar vício anterior, seja por violação de lei ou de ato administrativo com caráter normativo. Assim, também, fica a administração tributária proibida de praticar o mesmo ato de lançamento contra o mesmo contribuinte por fato relacionado à decisão arbitral definitiva.

Ressalte-se, mais, que decisão arbitral proferida em determinado processo não poderá, em hipótese alguma, servir de parâmetro para dirimir conflitos posteriores, visto que as decisões arbitrais encerram o caráter subjetivo do processo, não aproveitando a outros casos, por mais que se assemelhem à hipótese em litígio.

Da Execução Extrajudicial da Dívida Ativa

A grande novidade da instituição da arbitragem no Brasil refere-se à extensão dos meios de solução de litígios para o fim de admitir, pela primeira vez no direito pátrio, a execução extrajudicial da Dívida Ativa tributária.

A despeito disto, o órgão arbitral dispõe de inteira competência para permitir, a qualquer tempo, o recolhimento dos tributos e das penalidades relativas ao descumprimento de obrigação tributária, seja principal ou acessória, pondo fim, desse modo, ao litígio.

Das constitucionalidade das decisões arbitrais

Merece todos os louvores a iniciativa de criação do instituto da arbitragem em nosso país. É de se acentuar que o Projeto de Lei nº 2.486/2022, de iniciativa do Presidente do Senado Federal, observa o princípio do devido processo legal, consubstanciado no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, e do contraditório e da ampla defesa, este previsto no art. 5º, inc. LV, da Carta Magna, que nivelam as partes em processo envolvendo a Fazenda Pública, que não goza da primazia, como parte, para exercer papel preponderante no processo.

A função jurisdicional, tão cara no direito brasileiro reservada ao Poder Judiciário não padece de reparos ao ser instituída a arbitragem no formato de lei ordinária, visto que a observância de decisões vinculantes de órgãos superiores assegura a vinculação constitucional imprescindível para a sua validade.

Assim, não se fere a independência dos poderes nem a competência do Poder Judiciário para dirimir os conflitos entre particulares e entre estes e as administrações públicas, como é o caso em comento. Tratando-se, como é óbvio, de invasão do patrimônio do sujeito passivo, não se poderia admitir o descumprimento de preceitos constitucionais pela lei, o que, efetivamente, não ocorre na questão aqui discutida.

Vale salientar que o processo, em face da natureza pública que a caracteriza, se conduz pela autonomia dos árbitros, ainda que para o exercício de

seu mister possa utilizar mão de obra cedidas por órgãos da administração pública. Registre-se que o órgão arbitral tem por fim conduzir o processo sem, contudo, interferir no seu desenvolvimento ou nas suas decisões.

Sobre a questão, acertou o direito português, mais explícito ao afirmar taxativamente que os árbitros serão escolhidos entre pessoas alheias às partes, gozando, em razão disto, das necessárias neutralidade e imparcialidade no que tange à decisão tomada. Além disso, a lei portuguesa determina que o órgão arbitral fique alocado ao Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), instituído especialmente com essa função, o que não está previsto no Projeto de Lei nº 2.486/2022.

Em vista disto, parece-me que a arbitragem como meio de solução de controvérsias na área tributária, não deve ser apontada como inconstitucional, visto não haver na nossa Carta Magna qualquer dispositivo que vede a busca da celeridade e da simplicidade na resolução de litígios, seja na via administrativa, seja na via judicial.

Não se vislumbra, assim, qualquer obstáculo que impeça a adoção do método alternativo de resolução dos litígios, que se perpetuam no campo tributário, devido ao emaranhado de leis e atos normativos que mais confundem os contribuintes do que facilitam o cumprimento da obrigação tributária.

Não se pode perder de vista, no entanto, que as decisões arbitrais estarão, sempre, submetidas ao controle jurisdicional quando afrontarem dispositivos constitucionais. Essa garantia constitucional, que visa acautelar direitos dos cidadãos em geral, não poderia deixar de ser observada nos casos de arbitragem.

Da Conveniência de Complementação do Projeto de Lei

Inicialmente, vale ressaltar que o Projeto de Lei não prevê a vinculação das autoridades administrativas às decisões tomadas por adoção da arbitragem. Trata-se de norma da maior relevância, visto que essa omissão pode levar ao descrédito do sistema.

Outra observação que se faz necessária tem a ver com o número de árbitros que participarão dos diversos casos e, ainda, se esse número poderá variar em razão do limite de alçada de julgamento. Não se deve menosprezar esse ponto, visto que as controvérsias de maior grau de importância para o direito e a economia deverão ter previamente definidas as regras a serem seguidas.

Acrescente-se como omissão do Projeto de Lei a observância de certos requisitos para a designação de árbitros, como, por exemplo, se os escolhidos devem ser advogados e, se este for o caso, se será exigido tempo mínimo de exercício da advocacia como condição para integrar o quadro, ou, noutro sentido, se os árbitros deverão ter formação diferente quando a questão envolva conhecimento específico, neste caso, se o eleito terá formação contábil ou se será aconselhável a participação de um economista, por exemplo

Pode-se admitir que o especialista funcione como assistente no julgamento, caso o legislador opte por limitar a composição dos árbitros a profissionais com formação jurídica. Esse, porém, não é o ideal, visto que tanto os Auditores-Fiscais, quanto os representantes dos contribuintes, que hoje atuam no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e nos Conselhos de Contribuintes de Estados e Municípios não necessariamente possuem formação jurídica e, ainda assim, analisam os processos e julgam sem qualquer restrição temas de natureza técnica.

Outro ponto que o projeto não contempla diz respeito aos critérios de composição do órgão arbitral. Nesse caso, o projeto de lei omite o critério de escolha dos árbitros, questão da maior relevância para a solução justa de um litígio, a saber, se os árbitros serão indicados para cada julgamento ou se haverá uma espécie de “corpo de árbitros” que serão escolhidos ou sorteados para cada caso, como ocorre nas hipóteses dos Tribunais do Júri, assim como no Órgão de Solução de Controvérsias, vinculado à Organização Mundial do Comércio (OMC).

Como conclusão, é de se louvar o Projeto de Lei, que grande avanço trará ao sistema de solução de litígios e contribuirá, sobremaneira, para redução dos processos de cobrança de tributos, seja na via administrativa, seja na via judicial.

A LEI DA ARBITRAGEM NÃO PRECISA DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELO PL 3.293/2021

Ana Paula Oriola De Raeffray

Diretora da Escola CAMES de Mediação e Arbitragem.
Advogada. Árbitra. Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora dos cursos
de pós-graduação da PUC/SP

Carlos Alberto Vilela Sampaio

CEO da CAMES. Advogado. Árbitro, Mestre e Doutor em
Direito pela Faculdade de Direito da USP.

Os números do Poder Judiciário do Brasil sempre causam espanto, seja aos brasileiros, seja aos estrangeiros. Afinal, são 80 milhões de processos em tramitação nos tribunais do país, conforme aponta o Anuário da Justiça de 2022, da Editora Conjur. Em 2021 ingressaram no Poder Judiciário 27.292.668 novos processos, foram julgados 26.063.660 e há um acervo, em tramitação, pendente de julgamento, de 72.816.413 ações, de acordo com as informações do mesmo Anuário. Ainda são apresentados os dados para a obtenção da primeira decisão, em primeiro grau de jurisdição, em um processo judicial, cuja conclusão, no que se refere apenas à Justiça Estadual, é a seguinte: “o prazo médio entre o protocolo de uma ação e a decisão final de um juiz da Justiça Estadual, que é, em média, de dois anos, oito meses e quatro dias, mostra que há muita coisa para melhorar”.

Essa quantidade de processos judiciais encontra diversas razões, algumas positivas, como o pleno acesso ao Poder Judiciário que é amparado pela Constituição Federal, a confiança dos brasileiros na instituição, que nos últimos tempos tem agido em prol do equilíbrio entre o três poderes, e outras negativas, como a ineficiência diante da demanda, que fica clara na demora na composição das lides, e, também, na cultura nacional da necessidade de que o Poder Judiciário seja sempre acionado para resolver questões que certamente poderiam

ser solucionadas ou administrativamente, ou por outros métodos adequados de solução de conflitos.

Enquanto esse cenário é revelado, está em andamento o PL - Projeto de Lei nº 3.293/2021, de iniciativa da deputada Margarete de Castro Coelho, do PP-PI, cujo objetivo é introduzir alterações na Lei da Arbitragem – Lei nº 9.307, de 23/09/1996. As alterações propostas, contudo, não visam aprimorar a Lei da Arbitragem que já conta hoje com mais de vinte e cinco anos de vigência, muito pelo contrário, visam colocar óbices ao pleno desenvolvimento do processo arbitral, tão necessário ao ambiente de negócios brasileiro, que não pode e não deve depender de um Poder Judiciário que conta 80 milhões de processo em andamento.

As propostas de alteração constantes do PL nº 3.293/2021 não são necessárias, não se podendo reconhecer sequer no que elas contribuem para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Aliás, como consta da Nota Técnica do CI Arb Brasil sobre o Projeto de Lei nº 3293/2021: “O crescimento deste método de solução de disputas é tal que, em 2016, o Brasil tornou-se o terceiro país do mundo com mais partes envolvidas em procedimentos arbitrais na câmara arbitral da CCI (Câmara de Comércio Internacional).

O que não é considerado no PL nº 3.293/2021 é que a arbitragem está fundada, tem como pilar central, a autonomia da vontade, como deixa claro o Ministro Luis Felipe Salomão: “A arbitragem surge no cenário das disputas como verdadeiro desdobramento da vontade de contratar. Exemplo simbólico do que se afirma acontecer na França, na Constituição do Ano I, instituída a República, como decorrência da Revolução Francesa, o uso da arbitragem foi assegurado aos cidadãos, dentro do mesmo mosaico em que a eles foram assegurados os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Não sem surpresa, com a ascensão de Napoleão e sua codificação, o direito à arbitragem foi suprimido pela nova legislação”¹.

Com as pretendidas alterações da Lei da Arbitragem, está se agindo como “Napoleão e sua codificação”, ou seja, limitando-se a autonomia privada, pois a arbitragem é genuína expressão da liberdade individual, estampada no *caput* do

¹ SALOMÃO. Luis Felipe. Prefácio. Teoria Geral da Arbitragem. Editora Forense. 2019. Autores: José Antonio Fichtner. Sergio Nelson Mannheim e André Luís Monteiro.

artigo 5º, da Constituição Federal. Ademais, o exercício da liberdade individual no procedimento arbitral é exercido mediante o consenso da Partes, que conferem poder jurisdicional aos árbitros e juntas estabelecem os parâmetros da cognição do tribunal arbitral, pois “com efeito, o poder de julgar do árbitro decorre da lei (plano abstrato) e da autonomia privada das partes (plano concreto). Isso significa, em outras palavras, que o poder de julgar atribuído aos árbitros encontra-se enquadrado na moldura estabelecida pelas partes no exercício de suas autonomias privadas legalmente exercidas”.²

A proposta de alteração do artigo 14, da Lei de Arbitragem, com a introdução de parágrafo prevendo que o árbitro deve relatar a quantidade de arbitragens em que atua, seja como árbitro único, coárbitro ou presidente, e qualquer fato que denote “dúvida mínima” quanto à sua imparcialidade e independência, constante do PL nº 3.293/2021 está descolada da realidade, vez que as partes, quando indicam os árbitros, já os submetem a um rígido controle de sua independência, exercido pelas próprias partes que optaram pelo procedimento arbitral, como também pelas própria câmaras arbitrais. Aliás, ações de nulidade de sentenças arbitrais raramente estão fundadas na ausência de independência ou na imparcialidade dos árbitros.

A pretensão de impor limites, por meio de lei, às funções de árbitro, determinando que “o árbitro não poderá atuar, concomitantemente, em mais de dez arbitragens, seja como árbitro único, coárbitro ou como presidente de tribunal arbitral”, complementada pela vedação de que “não poderá haver identidade absoluta ou parcial dos membros de dois tribunais arbitrais em funcionamento, independentemente da função por eles desempenhada”, como exposta na proposta de introdução dos parágrafo 8º e 9º, no artigo 13, da Lei de Arbitragem, fere de morte a autonomia da vontade que rege o procedimento arbitral, haja vista que são as partes que mediante consenso indicam os árbitros, estabelecendo-se evidente relação de confiança, alimentada, inclusive pelo conhecimento especializado da matéria que em geral é titulado pelo árbit

A limitação do número de arbitragens retira indevidamente das partes o direito de indicarem os árbitros em que confiam, posto que se ele estiver atuando em mais de dez procedimentos arbitrais, não poderá assumir qualquer outro,

² Ibid. p.34

ainda que tenha sido indicado livremente pelas partes. Não deve ser esquecido, ainda, que não cabe à Lei limitar ou cercear a atuação de qualquer profissional, o que torna o PL nº 3.293/2021 inconstitucional desde o seu nascimento.

Merece, ainda, destaque a inserção de artifícios, alguns mais explícitos, outros nem tanto, com o intuito de excluir a característica da confidencialidade, total ou parcialmente, dos procedimentos arbitrais. O que não se leva em conta no PL nº 3.293/2021 é que a confidencialidade é vantagem reconhecida internacionalmente no âmbito do processo arbitral, posto que preserva o direito das partes de que terceiros não interfiram indevidamente no processo e, conseqüentemente, não utilizem formas de procrastinação ou de pressão sobre os árbitros.

Estes são apenas alguns aspectos do PL nº 3.293/2021 que não devem subsistir, muito embora ainda existam outros que também não se sustentam. Na verdade, é projeto totalmente desamparado de fundamento técnico que não deve ser agasalhado pelo Poder Legislativo, pois como bem adverte o CIAarb em sua Nota Técnica já antes citada “o erro central cometido pelo Projeto de Lei nº 3.293/2021 é supor que o legislador é capaz de tutelar os interesses empresariais melhor do que as próprias empresas ou empresários”.

A RELEVÂNCIA DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM PARA O CRESCIMENTO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA

Ana Paula Oriola De Raeffray

Diretora da Escola CAMES de Mediação e Arbitragem.
Advogada. Árbitra. Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora dos cursos
de pós-graduação da PUC/SP

Lygia Maria Avena

Há efetiva possibilidade de que a previdência privada alcance um crescimento exponencial no Brasil. A chamada reforma da previdência, introduzida pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, ao determinar a obrigatoriedade de que planos de benefícios dessa natureza sejam ofertados pelos entes federativos aos seus servidores ampliou, de forma considerável, a população que deverá ser atendida pela previdência privada.

A esse fato soma-se os projetos de lei em andamento para alteração das Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 2001, os quais não visam apenas regulamentar a já citada Emenda Constitucional nº 103, de 2019, mas também trazer algumas flexibilidades para o segmento de previdência privada, especialmente para os planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar, inserindo-os na trilha aberta pelo Open Banking, Open Insurance e, quiçá, Open Pension Funds, aproximando ainda mais os participantes potencias dos produtos ofertados pela previdência privada.

Na esteira desses fatos, está o interesse que parece haver se renovado na população pela poupança e, também, pelo bem-estar na velhice. Afinal, da pandemia do vírus Covid 2019, que fez o ano de 2020 o mais longo de toda a

história, pois se pode dizer, ao que tudo indica, que ele terminará somente em 2022, deixando um rastro de milhões de mortes no mundo, restou um certo temor do futuro.

Não se deve deixar de mencionar, todo o progresso que a biotecnologia, a bioquímica, a medicina, o contínuo projeto genoma humano estão, no seu conjunto, trazendo para a longevidade. A velhice com saúde está se mostrando viável e há uma verdadeira busca, por parte dos cientistas, para que as benesses sejam acessíveis ao maior número de pessoas possíveis, mesmo para procedimentos que atualmente possuem valores elevadíssimos.

Todo esse cenário, valendo acrescentar, ainda, as limitações de financiamento do regime geral de previdência social, restringindo, portanto, a atuação do Estado para proporcionar o bem-estar social, mostra que se está diante de um momento ímpar para o crescimento da previdência privada brasileira.

Nesse ambiente positivo, cabe sopesar alguns outros aspectos que a previdência privada enfrenta, como, por exemplo, o da extrema judicialização, só vista no Brasil. Muito embora o Poder Judiciário tenha adotado um estudo mais profundo da previdência privada, como demonstram algumas questões acertadas exaradas especialmente pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, existem outras tantas questões que estão ou mal decididas, como ocorre com a prescrição aplicada as contribuições, ou que sequer foram devidamente enfrentadas.

Não há interesse, seja por parte dos empresários, seja por parte dos que já participam de planos de previdência privada ou, ainda, de potenciais interessados em deles participar, em conviver com os riscos do passivo judicial, o qual, bastando uma má decisão ou uma decisão omissa do Poder Judiciário pode alcançar cifras milionárias, colocando em perigo o equilíbrio do próprio plano de benefícios.

O progresso da previdência privada deve passar pela busca de meios alternativos e adequados a solução de conflitos, mostrando-se a mediação e a arbitragem talhadas sob medida para essa finalidade.

A arbitragem já está se arraigando na previdência privada, em especial na relação que se estabelece entre as empresas patrocinadoras e as entidades

fechadas de previdência privada, visando pacificar eventuais conflitos surgidos da interpretação do convênio de adesão estabelecidos entre ambas, questões nascidas da gestão dos planos de benefícios ou de operações entre planos ou entre entidades, como cisão, incorporação, transferência de gerenciamento. Atualmente, uma parte relevante de contratos que envolvem entidades fechadas e patrocinadores conta com cláusula compromissória, estabelecendo primeiro a mediação e, no caso de seu insucesso, a arbitragem.

Estão surgindo, inclusive, câmaras especializadas em previdência privada, como ocorre no âmbito das entidades fechadas, com a CMCA – Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da própria PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar e no âmbito da previdência privada aberta e fechada a CAMES – Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada.

Na relação jurídico contratual que se estabelece entre o participante, seja ativo, seja aposentado, e a entidade de previdência privada, a mediação e a arbitragem ainda caminham a passos mais lentos. A mediação é, sem dúvida, um meio que pode ser mostrar extremamente eficiente para solucionar conflitos dessa natureza. Grande parte dos litígios surge em virtude de situações que poderiam ser solucionadas facilmente pela mediação, como por exemplo, atendimento insatisfatório, diferença na base de cálculo de contribuições e, ainda, os conflitos que estão surgindo em decorrência da aplicação e interpretação da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

É claro que existem questões mais complexas, que guardam, por vezes, ligações com o contrato de trabalho, ainda fundadas na relação capital/trabalho. Nessa vertente, também a mediação e arbitragem se encaixam perfeitamente, porque podem contar com profissionais especializados na matéria, com provas construídas de comum acordo pelas partes, tudo visando a composição célere e efetiva do conflito.

Os conflitos na previdência privada exigem para a sua efetiva composição que aqueles que são chamados a solucioná-los tenham conhecimento especializado e profundo da matéria, constituindo-se essa especialização no ponto primordial da eficiência dos mecanismos da mediação e da arbitragem.

O segmento de previdência privada deve analisar detidamente a plena adoção da mediação e da arbitragem, posto que poderão ser atendidos, tanto participantes,

quanto instituidores, patrocinadores, entidades abertas e fechadas de maneira eficiente, célere e especializada, medida que levaria a necessária diminuição de ações judiciais.

Para isso talvez seja necessário superar um certo preconceito, pois no Brasil há uma inexorável tendência de levar ao conhecimento do Poder Judiciário as mais variadas questões, especialmente sob a alegação de que outros meios adequados de solução de conflitos são muito elevados. Essa não é a verdade, o custo do processo judicial, até mesmo pelo longo tempo de sua tramitação, é muito superior ao custo de um processo de mediação ou de arbitragem.

Há, também, a alegação de que as sentenças arbitrais podem ser facilmente desconstituídas pelo Poder Judiciário. Essa visão também não se sustenta, diante da pacificação que se tem notado perante o Poder Judiciário de respeitar plenamente as decisões arbitrais e a opção pela cláusula compromissória.

O preconceito também se constata entre parcela dos advogados que talvez tenham a percepção de que não seriam necessários nos processos de mediação e de arbitragem. Muito pelo contrário, os advogados são extremamente importantes na representação das partes e, obtém êxito, acima de tudo, na celeridade com que poderão resolver os conflitos apresentados por seus clientes.

O caminho para o fortalecimento da previdência privada brasileira está aberto, é hora de investir, por todos os flancos, no seu aprimoramento e caminhar rumo a universalidade da cobertura e do atendimento da previdência, pois como afirma Fernando Pessoa: “o governo do mundo começa em nós mesmos”³.

³ Pessoa. Fernando. Livro do Desassossego Vol.1 por Vicente Guedes e Bernardo Soares. 2ª Ed. Campinas – SP: Editora Unicamp. Omar Khayyan. p.151.

PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM

Ane Elisa Perez

Thaina de Paula Carvalho

Resumo

A arbitragem com a Administração Pública é uma realidade no Brasil. Em que pese os diversos avanços, o uso das prerrogativas comumente atribuídas à Administração na esfera arbitral ainda é objeto de debate e estudo. À vista disso, este artigo merece trazer luz à matéria em especial para evidenciar os efeitos e os cuidados que merecem ser adotados quanto ao tema.

Sumário

1. Introdução – 2. O uso da Arbitragem pela Administração Pública segundo a legislação brasileira – 3. O que são as prerrogativas da Administração nas contratações públicas – 4. O caráter cogente e contratual da cláusula compromissória assinada pela Administração Pública – 5. Quais as vantagens da Administração Pública no uso de suas prerrogativas no âmbito arbitral - Limites – 6. Conclusão – Referências bibliográficas.

1 Introdução

O procedimento arbitral, desde a promulgação da Lei nº 9.307/96⁴ (a Lei brasileira de Arbitragem – LBA), ganhou seu espaço, na ordem jurídica brasileira, como um mecanismo não só extrajudicial, mas também adequado para a resolução dos mais diversos tipos de conflitos que a ele podem ser levados. O procedimento passou por importantes avanços e atualizações ao longo dos últimos anos, que podem ser observadas especialmente com as modificações implementadas no ano de 2015, por meio da Lei nº 13.129/2015,⁵ que foi

⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

⁵ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da

responsável pela reforma da Lei brasileira de Arbitragem e inseriu novas disposições com o intuito de tornar o instituto mais adequados às exigências atuais, em especial, para deixar claro que a Administração Pública pode, em seus contratos, incluir cláusulas compromissórias para discussões em arbitragem de questões atreladas à direito patrimonial disponível.

Logo após sua promulgação, a Lei brasileira de Arbitragem foi alvo de uma série de elogios e de sérias críticas pela doutrina brasileira. Contudo, depois do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a constitucionalidade da referida norma,⁶ o uso do instituto foi pacificado por todo o país, o que tornou possível ao procedimento arbitral ser entendido como um método auxiliar à jurisdição estatal. Certo é que antes mesmo da Lei 13.129/2015, premida pelos órgãos internacionais de financiamento, especialmente na área de infraestrutura, a Administração Pública em alguns contratos já previa e praticava a arbitragem como meio de solução de conflito, como ocorreu de forma bastante vanguardista com a primeira arbitragem havida pelo Metrô de São Paulo, nos contratos da Linha 4.

A partir de então, a arbitragem passou a se constituir como garantidora da tutela jurisdicional, uma vez que, além de buscar a solução de litígios, é possível notar, neste procedimento, as três qualidades inerentes à jurisdição, quais sejam: *poder* no plano da soberania nacional, *função* nos limites das atribuições do Estado e *atividade* no processo. Ademais, se não bastasse isso, considerando que a sentença é o elemento fundamental da jurisdição, e dada a perspectiva de que a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial, possuindo ambas os mesmos elementos e efeitos,⁷ argumento outro não há a não ser pugnar pela existência de

prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1>. Acesso em: 30 mai. 2021.

⁶ A constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 foi questionada no processo de homologação de Sentença Estrangeira 5.206 perante o STF, no seguinte julgado: STF, SE 5.209-Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 06.12.1995.

⁷ A equiparação de ambas as sentenças, judicial e arbitral, encontra raízes no atual Código de Processo Civil e na Lei nº 9.307/96. Em relação ao CPC/2015, o código tratou de dar à sentença arbitral força de título executivo judicial, nos termos de seu art. 515, VII. Isso foi, ainda, ratificado pelo Enunciado nº 12, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “A existência de cláusula compromissória não obsta a execução de título executivo extrajudicial, reservando-se à arbitragem o julgamento das matérias previstas no art. 917, incs. I e VI, do CPC/2015”.

uma jurisdição arbitral que atua ao lado da jurisdição estatal na resolução das mais diversas demandas.⁸

Ora, à luz dessa premissa e concomitantemente à importância que o instituto tem conquistado nos últimos anos, é imperioso um olhar cuidadoso para as diversas previsões e possibilidades permitidas às partes quando essas estão a arbitrar. E, dentre essas previsões e institutos do procedimento, o tema do uso das famosas prerrogativas pela Administração Pública desperta, em maior ou menor medida, interesse por parte daqueles envolvidos direta ou indiretamente nas arbitragens em que travam a parte pública e a parte privada.

Por isso, ante à relevância do estudo do uso da arbitragem pela Administração Pública, especialmente considerando-se que é por meio dela que os organismos internacionais de financiamento na área de infraestrutura garantem sua presença, dedica-se este artigo a um estudo mais aprofundado sobre o tema, voltado para as arbitragens com a Administração Pública, objetivando esclarecer alguns pontos importantes e de destaque que perpassam o uso das prerrogativas da Administração e seus limites, quando em arbitragem.

2 O uso da Arbitragem pela Administração Pública segundo a legislação brasileira

Conforme dito, por meio da Lei nº 13.129/2015,⁹ foram inseridas regras expressas sobre o uso da Arbitragem pela Administração Pública. Ou seja, ficou claro, em 2015, que a Administração Pública poderia, como pode, em seus contratos, incluir cláusulas compromissórias para discussões em arbitragem de questões atreladas tão apenas a direitos patrimoniais disponíveis¹⁰.

⁸ É esse o posicionamento da doutrina majoritária sobre o tema: CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, prefácio. A jurisprudência brasileira também caminha no mesmo sentido, cf. STJ. CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014.

⁹ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1>. Acesso em: 31 mai. 2021.

¹⁰ Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 31 mai. 2021.

Desde então o uso do instituto tem sido difundido pelos entes federados e tem cada vez mais sido objeto de solução de disputas por estes. Neste sentido, São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais foram os primeiros Estados Federativos a regularem localmente o uso da Arbitragem pela Administração Pública¹¹. Temas como pagamento de custas, escolha da Câmara Arbitral, o uso de medidas de urgência e arbitrabilidade objetiva foram e são temas importantes então tratados.

Não obstante o fato de que antes mesmo da Lei 13.129/2015, previda pelos órgãos internacionais de financiamento, especialmente na área de infraestrutura, a Administração Pública, em alguns contratos, já previa e praticava a arbitragem como meio de solução de conflito, é fato que a Lei de 2015 trouxe um conforto à adoção da arbitragem pela Administração.

Para além do acima exposto, em 2019 foi editado o Decreto Federal 10.025¹², que orienta o uso da arbitragem pela Administração Pública Federal nos setores regulados, a saber: portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Na esteira do que já vinha sendo previsto nos decretos e leis

¹¹ Rio de Janeiro. Decreto nº 46.245, 19 de fevereiro de 2018. REGULAMENTA A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM PARA DIRIMIR OS CONFLITOS QUE ENVOLVAM O ESTADO DO RIO DE JANEIRO OU SUAS ENTIDADES. Disponível em: <<http://crars.org.br/cma/arquivos/Decreto-Lei-46.245-2018-Arbitragem-Rio-de-Janeiro.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2021; MINAS GERAIS. Lei Estadual de Minas Gerais nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/lei-19477-2011-mg_142010.html>. Acesso em: 31 mai. 2021; SÃO PAULO. Decreto nº 59.963, de 7 de dezembro de 2020. Regulamenta o artigo 7º da Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020, para o fim de dispor sobre o emprego da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis que envolvam a Administração Pública Municipal Direta e Indireta, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2020/5996/59963/decreto-n-59963-2020-regulamenta-o-artigo-7-da-lei-n-17324-de-18-de-marco-de-2020-para-o-fim-de-dispor-sobre-o-emprego-da-arbitragem-como-meio-de-resolucao-de-conflitos-relativos-a-direitos-patrimoniais-disponiveis-que-envolvam-a-administracao-publica-municipal-direta-e-indireta-nos-termos-da-lei-federal-n-9-307-de-23-de-setembro-de-1996>>. Acesso em 31 mai. 2021; SÃO PAULO. Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,e%20suas%20autarquias%20sejam%20parte>>. Acesso em: 31 mai. 2021; SÃO PAULO. Lei do Município de São Paulo nº 17.324, 18 de março de 2020. Institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta. Disponível em: <[http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17324-de-18-de-marco-de-2020#:~:text=Institui%20a%20Pol%C3%ADtica%20de%20Desjudicializa%C3%A7%C3%A3o,P%C3%BAblica%20Municipal%20Direta%20e%20Indireta.&text=Jana%C3%ADna%20Lima%20%2D%20NOVO\)-,Institui%20a%20Pol%C3%ADtica%20de%20Desjudicializa%C3%A7%C3%A3o%20no%20%C3%A2mbito,P%C3%BAblica%20Municipal%20Direta%20e%20Indireta](http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17324-de-18-de-marco-de-2020#:~:text=Institui%20a%20Pol%C3%ADtica%20de%20Desjudicializa%C3%A7%C3%A3o,P%C3%BAblica%20Municipal%20Direta%20e%20Indireta.&text=Jana%C3%ADna%20Lima%20%2D%20NOVO)-,Institui%20a%20Pol%C3%ADtica%20de%20Desjudicializa%C3%A7%C3%A3o%20no%20%C3%A2mbito,P%C3%BAblica%20Municipal%20Direta%20e%20Indireta)>. Acesso em: 31 mai. 2021; BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 31 mai. 2021.

¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm>. Acesso em: 31 mai. 2021.

estaduais e municipais, o Decreto Federal trouxe premissas importantes no que reporta ao uso da arbitragem pela Administração, do ponto de vista procedimental, bem como trata de forma bastante contundente sobre o que poderia ser o objeto levado à arbitragem pela Administração, estabelece vantagens à Administração do ponto de vista financeiro quando o uso da arbitragem, como, por exemplo o adiantamento de custas pelo particular¹³ e, também, a forma de recomposição nos casos de êxito do particular no pleito econômico levado à arbitragem.¹⁴

De se destacar que a regra dos Regulamentos das Câmaras e da LBA – e mesmo da Lei nº 13.129, de 2015, dispõem de forma diversa. Por exemplo, sobre o pagamento de custas prevê-se que essas deverão ser divididas igualmente pelas partes do procedimento arbitral, e não somente por uma ou outra parte¹⁵ – como no caso das leis e decretos que regem a arbitragem com a Administração Pública, que determinam o adiantamento de todas as custas pelo particular, independentemente de esse ter ou não instaurado o procedimento.

Cabe, então, a questão: a regulação distinta de algumas matérias pelas legislações extravagantes e localizadas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública seria decorrência das prerrogativas da administração em face dos administrados? Quais seriam, porém, os limites deste exercício? Os itens seguintes visam a responder a tais indagações.

3 O que são as prerrogativas da Administração nas contratações públicas

O princípio da supremacia do interesse público é um dos principais princípios que regem o Direito Administrativo. Qualquer primeiro-anista do curso de Direito ouve em suas aulas de Fundamentos do Direito Público ou de Introdução ao Estudo do Direito que este é o princípio que rege a atuação da Administração Pública: o interesse público se sobrepõe a qualquer outro.

Hely Lopes Meirelles já definia a Administração Pública como *“todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.”*¹⁶. Dessa maneira, ao considerar que o

¹³ Art. 9º, Decreto nº 10.025/2019.

¹⁴ Art. 15, Decreto nº 10.025/2019.

¹⁵ Como exemplo, cita-se a determinação do artigo 12 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC e o art. 13, §7ª, da Lei de Arbitragem nº 9.307/96, de ambos os quais se infere o compartilhamento de custos entre as partes do procedimento arbitral.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 61.

objetivo principal da Administração é atingir o bem comum, esta se coloca em uma relação de verticalidade em relação aos particulares, seguindo o princípio da supremacia do interesse público. Desse princípio, decorrem as prerrogativas da Administração Pública em face dos particulares com quem contrata ou se deus administrados, prerrogativas estas que se manifestam especialmente nas chamadas cláusulas exorbitantes.

No estudo clássico do direito administrativo, são cláusulas exorbitantes (e, portanto, prerrogativas da Administração), advindas das contratações públicas, por exemplo, o seguinte: (i) a possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública; (ii) a aplicação de sanções ao contratado; (iii) a exigência de garantia; (iv) a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido; (v) o poder de fiscalização dos contratos administrativos; (vi) a ocupação provisória de bens e pessoal do contratado prestador de serviços essenciais para a coletividade; (vii) o poder de desapropriação; entre outros. Parte-se, assim, do pressuposto que tais prerrogativas são essenciais para viabilizar a satisfação do resultado efetivamente pretendido pela contratação e ao interesse público.¹⁷

A natureza das prerrogativas da Administração, portanto, tem origem na essencialidade das contratações e dos serviços públicos; na inerente satisfação dos resultados almejados diante dos contratados e de seus administrados; ou seja, na insindicabilidade do interesse público envolvido. Quer dizer, as prerrogativas estão vinculadas ao mérito do ato administrativo, devem ser estabelecidas por lei (já que exorbitantes) e devem ter alicerce no alcance do interesse público vinculado ao ato administrativo ao qual se reportam.¹⁸

Há, porém, uma linha tênue entre o uso as cláusulas exorbitantes em prol do interesse público e o exercício de tal direito de forma abusiva, como exercício de tais prerrogativas em mera decorrência da posição de vantajosidade que a Administração Pública ocupa enquanto contratante, que pode, inclusive, causar repercussões econômicas ao contratado.

¹⁷ NIEBUHR, Pedro de Menezes. DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante. Revista Justiça do Direito, v.32, n.3, p. 528-544, set./dez. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/9172/114114461>. Acesso em: 30 mai. 2021.

¹⁸ Cf. GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008.

Há prerrogativas que deixam o contratado privado completamente à mercê da vontade da Administração Pública.¹⁹ Nesses casos, o contratado privado encontra-se em uma condição de vulnerabilidade, que pode lhe causar prejuízos vultosos se a cláusula se cumprir. Timm²⁰, afirma, colocando luz sobre os efeitos das cláusulas exorbitantes:

A “imunização paralisante” do Direito Administrativo brasileiro herdeiro do século XIX **(ainda recheado de “cláusulas exorbitantes, “atos do príncipe” e licitações) não evita o conflito de interesses entre o administrador público e a Administração Pública e ainda adiciona um problema novo que é o de não criar incentivos corretos ao investimento privado em áreas de infraestrutura e de energia.**

Com o mesmo posicionamento, Moreira Neto explica que as cláusulas exorbitantes eram de inegável relevância no contexto de uma economia fechada, em que se via um semidirecionamento da economia pelo Estado, pautado em uma “*supremacia indiscriminada do Estado*”²¹. Entretanto, com a mudança do cenário econômico, que agora se caracteriza por uma economia de mercado, globalizada, onde há alta competitividade e incremento do papel dos agentes econômicos privados para o desenvolvimento, as cláusulas exorbitantes tornam-se um evidente empecilho no desenvolvimento.

Menezes de Almeida vê nas prerrogativas exorbitantes um mecanismo extremamente perigoso e, muitas vezes, usado para finalidades não tão compatíveis com o interesse público. Afirma que tais cláusulas estimulam a ineficiência da Administração, geram contratos mais onerosos para ela, além de legitimarem práticas autoritárias estatais, incompatíveis com o Estado de Direito e facilitarem desvios em relação à probidade administrativa.²²

¹⁹ NIEBUHR, Pedro de Menezes. DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante. Revista Justiça do Direito, v.32, n.3, p. 528-544, set./dez. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/9172/114114461>. Acesso em: 30 mai. 2021.

²⁰ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45.

²¹ MOREIRA NETO. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato In: MARQUES NETO; ARAGÃO (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 581.

²² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 333-334.

Não é demais lembrar situação nada incomum, de evidente abusividade de suas prerrogativas, em que a Administração impinge ao contratado enormes prejuízos, sob a ameaça de lhe causar ainda maiores prejuízos.²³ Visto isso, vale destacar a natureza da relação travada entre a Administração Pública e o particular quando da decisão pelas escolhas em resolver seus conflitos por meio da arbitragem.

4 O caráter cogente e contratual da cláusula compromissória assinada pela Administração Pública

Por primeiro, é de se destacar que a opção pela adoção da arbitragem é das partes. Há neste caso uma volitividade, um ato volitivo, que traça uma das principais características da inclusão da arbitragem para dentro do sistema do Direito, como método alternativo de solução de conflitos.

No caso da Administração Pública pode-se dizer que a manifestação de vontade é, ainda, mais característica, do que de parte do contratado, visto que esse apenas adere aos termos editalícios fixados pela Administração (isso, obviamente, quando o edital já prevê a solução das controvérsias advindas da futura contratação por meio da arbitragem). Mas, a condição volitiva estaria já bastante horizontalizada se considerarmos que Administração e contratado podem no curso do contrato decidirem por aderir à arbitragem para questões de cunho patrimonial disponível. Ou seja: a Administração Pública adere à arbitragem porque quer. Evidentemente que há externalidades que a incentivam: como as regras FIDIC²⁴, no caso dos contratos de infraestrutura, e as ingerências dos organismos financiadores²⁵. Mas é fato que a Administração, via de regra, é quem primeiro manifesta a vontade de aderir à arbitragem.

²³ NIEBUHR, Pedro de Menezes. DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante. Revista Justiça do Direito, v.32, n.3, p. 528-544, set./dez. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/9172/114114461>. Acesso em: 30 mai. 2021.

²⁴ Nesse ponto, a *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), *International Federation of Consulting Engineers*, ou, em português, Federação Internacional de Engenheiros Consultores, que se consagrou como uma importante instituição internacional, sendo referência na matéria de engenheiros consultores e de construção em geral, incentiva o uso de métodos alternativos de resolução de controvérsias em seus contratos modelos, entre eles, por óbvio, o uso do procedimento arbitral, que é pautado, em grande parte, no regulamento da *International Chamber of Commerce* – ICC (ou, Câmara Internacional de Arbitragem).

²⁵ Como as agências do Banco Multilateral de Desenvolvimento, que incluem, aqui, o Banco Mundial, o Banco de Desenvolvimento Asiático, o Banco de Desenvolvimento Africano, o Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, entre outras importantíssimas instituições.

Visto isso, é evidente o caráter contratual da Cláusula Arbitral, e sua maior horizontalidade no que toca à negociação de suas condições. Isso porque a arbitragem é oriunda diretamente de uma verdadeira vontade das partes em optarem por resolver seus conflitos patrimoniais disponíveis por meio do procedimento arbitral.

Assim, a parte não vai à arbitragem porque é obrigada – no verdadeiro sentido de surgimento de uma determinação que contraria sua autonomia da vontade –, mas sim porque antes ou após surgido o conflito, essa mesma parte deliberadamente optou por socorrer-se à jurisdição arbitral, em detrimento da jurisdição estatal, com vistas a obter uma resolução final e definitiva sobre a questão que se surge durante ou após findo o contrato (incluído, aqui, por óbvio, os contratos administrativos).²⁶

Desse modo, uma vez estando a cláusula arbitral ligada diretamente à autonomia da vontade, e advinda, portanto, de um verdadeiro consenso, fica cristalino que a arbitragem tem uma natureza não só negocial, como também contratual, posto que fruto dessa manifestação de vontades concreta e inequívoca de todas as partes que juntas decidiram usufruir desse procedimento como meio adequado e efetivo na resolução de seus conflitos.

Neste sentido, é evidente que o que se pretende com a assunção da arbitragem como meio de solução das controvérsias de direito econômico-disponíveis, advindas das contratações públicas, especialmente aquelas relativas ao setor de infraestrutura (contratos complexos para os quais o Judiciário mostra-se menos eficiente), é justamente conferir eficiência às contratações: não engessar os contratos, não paralisar obras e não permitir que os temas econômicos fiquem indefinidamente judicializados, sem solução, o que depõe, ao final, contra os interesses públicos consubstanciados nas contratações. Quer dizer, tornar neste tema a relação o mais horizontal possível, de forma a viabilizar a solução econômica e técnica adstrita ao conflito num prazo e com qualidade tal, que efetivamente o resolva.

Visto isso, é de se entender se a Administração Pública preserva suas prerrogativas no âmbito arbitral e, em caso positivo, se encontra limites.

²⁶ OSEGUEDA, Diego Mattos. *Cláusula Compromissória nos Contratos de Sociedade*. Tese (Bacharelado em Direito). Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Rio de Janeiro, 2005, p. 19.

5 Quais as vantagens da Administração Pública no uso de suas prerrogativas no âmbito arbitral - Limites

Conforme acima visto, a legislação desenvolve-se após a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), para acomodar a solução de controvérsias travadas Administração (relativas aos direitos patrimoniais disponíveis) por meio da arbitragem.

É fato que experimentados alguns anos de arbitragem, sem qualquer legislação específica, a Administração Pública deparou-se com algumas questões que entendia passíveis de melhor regulamentação. Com isso, buscou uma regulamentação que lhe permitia aproximar-se dos benefícios que a Lei Processual Civil sempre lhe outorgou. Sob a escusa de sua hipossuficiência de recursos humanos e econômicos, a Lei Processual Civil²⁷ sempre lhe outorgou benefício de prazos alargados para contestar e recorrer, bem como sempre lhe alcançou benefícios de gratuidade no manejo das suas questões no Judiciário.

Além disso, presa ainda em velhas concepções do direito administrativo e presa ao medo do controle externo, especialmente pelos Tribunais de Contas, entendeu que deveria resolver as questões de escolhas das Câmaras Arbitrais. Com isso, estabeleceu certo procedimento de “escolha” e cadastramento de Câmaras Arbitrais que visam, especialmente, assegurar a isenção a futuros problemas pela ausência de processo de escolha como formalmente previsto na legislação que rege as contratações públicas. Afinal, aderir a uma Câmara Arbitral, mediante seu compromisso por uma Cláusula Arbitral, é “escolher” uma Câmara.

Mas fato é que uma das questões que mais incomodou a Administração Pública nas primeiras arbitragens foi o fato de ter a obrigação de despender recursos em antecipação com a arbitragem. Toda a ordem de justificativas vieram em razão deste fato, mas especialmente: (i) que via de regra não é a Administração que demanda em arbitragem; (ii) que não haveria previsão orçamentária para arcar com tais despesas.

Com isso, a Administração Pública estendeu para a arbitragem algumas prerrogativas, sem mesmo que estas estivessem reguladas por lei ordinária: (i) primeiramente, de pronto, o fato do contratado aderir ao edital de licitação já relativiza o caráter volitivo da escolha do meio pelos quais as controvérsias serão resolvidas; (ii) a escolha da Câmara Arbitral vinculada àquelas cadastradas pelas

²⁷ Art. 98, do Código de Processo Civil (CPC).

Administração, também relativiza o caráter volitivo citado; (iii) a imputação ao particular do pagamento integral das custas da arbitragem, no nosso entender, a mais desproporcional e desarrazoada exorbitância criada no âmbito arbitral, não apenas está desconforme à lei e ao espírito de horizontalidade da arbitragem, como pode impor ao contratado ônus para além daqueles já suportados pelo inadimplemento da Administração; (iv) por fim, no que toca aos prazos extremamente alargados, impõe mais uma vez à arbitragem limitação não traçada na lei e que pode colocar a vantajosidade da aderência à arbitragem nos contratos públicos a perder, pois, uma das suas características é justamente a solução da controvérsia de forma célere.

Com efeito, especialmente no que toca aos prazos alargados e à obrigatoriedade do particular em adiantar as custas do procedimento é evidente que o que transparece é que a Administração sabiamente encontrou um meio, ilegal, de restringir o acesso do particular à jurisdição, visto que a demora na solução da controvérsia e o pagamento das custas (num cenário de prévia onerosidade do contratado) pode inibi-lo a litigar. E, com efeito, ao contrário do que sustentam alguns, não é a inibição de acesso aos meios de litigar que solucionará o problema da estagnação crescente dos projetos públicos no país.

Quer dizer, com a postura de verticalização adotada pela Administração Pública, que, por meio de seus Decretos e Leis regulamentou o uso da arbitragem em cada setor e em algumas entidades da federação, auto tutelou-se em prerrogativas que podem, evidentemente, pôr a perder o uso da arbitragem em contratos públicos.²⁸

A insistir nos seus anseios por prerrogativas na relação com o particular, auferindo a si própria vantagens exorbitantes, ainda que processuais (próximas daquelas defendidas pela Lei Processual Civil), a Administração abandona a ideia lançada por Timm²⁹ de que com a arbitragem a Administração passaria a ser vista como colaboradora e parceira da iniciativa privada, além de atrair investidores dada a maior segurança jurídica.

Quer dizer, volta-se à burocracia, às desculpas que engessam eternamente os projetos públicos no país, porque efetivamente não se consegue enxergar no

²⁸ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45.

²⁹ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45.

particular um parceiro, mas tão apenas uma contraparte.³⁰ Com isso, deve-se adotar uma nova visão do Direito Administrativo, em que a Administração Pública abre espaço para a negociação e diálogo com a esfera privada,³¹ com a consequente flexibilização dessas prerrogativas.³²

Por isso, em nome da segurança jurídica e do princípio da eficiência, é necessário conceber um Direito Administrativo que se aproxime mais das reais necessidades do interesse público envolvido em cada contratação e menos às velhas concepções que evidentemente estagnaram o desenvolvimento do país. Isso passa, de forma evidente, a uma reforma de pensamento da Administração Pública sobre a função das suas prerrogativas e, bem assim, que se exima de utilizar a arbitragem apenas como mais um meio de obstar tal desenvolvimento. Pois é evidente que se a Administração não entender, conceber,³¹ apreender o conceito da arbitragem como um meio rápido e eficiente de solução das controvérsias com o particular, de forma que encare esta relação de forma horizontal e colaborativa, estamos fadando a iniciativa privada ao insucesso, carregando com este o interesse público a ser zelado pela própria Administração.

Ou seja, o exercício das prerrogativas da Administração Pública encontra seus limites na eficiência do uso da arbitragem em relação aos fins para os quais a arbitragem foi estendida à Administração Pública, qual seja: a consecução eficiente e pontual dos projetos públicos num ambiente mais horizontal na relação entre contratantes e contratados, de negociação e diálogo, pois efetivamente o esquema *vigiar e punir*, por si só, não se mostrou eficaz.

6. Conclusão

O que se deve destacar é que, não obstante a superioridade do interesse público sobre o privado, que sobreleva a supremacia dos direitos da administração sobre aqueles do particular, desde a Carta de 1988 é inegável que a parte privada na relação contratual pública guarda direitos que lhe reportam a

³⁰ NIEBUHR, Pedro de Menezes. DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante. Revista Justiça do Direito, v.32, n.3, p. 528-544, set./dez. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/9172/114114461>. Acesso em: 30 mai. 2021.

³¹ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45.

³² MOREIRA NETO. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato In: MARQUES NETO; ARAGÃO (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 585.

incolumidade sobre a sua posição contratual. Neste contexto é que de forma geral o sistema jurídico brasileiro aprimorou a orientação no que toca aos meios alternativos de solução dos conflitos. Não apenas para garantir ao particular um meio seguro e confiável de solução dos seus interesses. Mas, também, a garantir a efetividade dos contratos públicos.

Não é demais dizer que as alterações trazidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB dizem expressamente, dentre outras coisas, que todos os órgãos públicos devem sopesar as consequências que serão provocadas por suas decisões, devendo evitar o advento de resultados nefastos para aqueles que serão diretamente afetados por essas consequências (art. 20). Os agentes públicos (administradores, controladores e juízes), segundo a nova redação da LINDB, não podem, portanto, exarar decisões sem a devida atenção às consequências práticas que delas decorrem. É exatamente este espírito que se deve aplicar para a atuação da Administração Pública no âmbito arbitral. Quer dizer, nem há de se privilegiar a Administração Pública unicamente pela sua condição de Administração Pública, sem que se verifique o efetivo prejuízo causado não apenas ao particular e à própria Administração.

Diante disso, a partir do momento em que a legislação evoluiu para incluir a arbitragem na condição de jurisdição e estabeleceu-se no Brasil como um método não só alternativo, mas também adequado para a solução dos mais diversos tipos de controvérsias na seara pública e privada, permitindo uma resposta rápida e eficiente aos casos a ela levados, há nisso o dever de se garantir efetividade da tutela e do direito material colocado, convergindo integralmente com os fins e com as vantagens inegavelmente trazidas por esse método extrajudicial de solução de controvérsias.

É indubitável que toda ameaça de lesão ao direito do contratado deve ser analisada, mesmo liminarmente, pelo árbitro ou pelo tribunal, de maneira livre e desimpedida, sem maiores receios por se tratar de uma contenda com a Administração. Essa, porém, não pode esbarrar em limites impostos de forma exorbitante pela própria Administração. Isso porque as prerrogativas da Administração Pública, exercida por meio de poderes exorbitantes, não pode gerar o impedimento de que ilegalidades ou lesão a terceiros sejam adjudicados, em juízo estatal ou no meio heterocompositivo de resolução de conflitos.

Assim, é que no exercício de suas prerrogativas, e na esteira do quanto disposto na LINDB, exige-se da alternativa à arbitragem na solução das

controvérsias na relação público-privado que a Administração desvista-se do velho e caduco Direito Administrativo, consubstanciado em poderes exorbitantes fundados na fiscalização e no apenamento tão somente, para que vista sua roupa nova e encontre, assim, na relação horizontalizada e colaborativa com o privado o meio de avançar seus projetos em prol do interesse público nele consubstanciado. É fato que criar empecilhos à arbitragem enquanto assume uma fantasia de adesão ao instituto efetivamente vai apenas aprofundar os cenários de insuficiência e insegurança, que a arbitragem pode muito bem herdar do Judiciário. Por isso o alerta aqui é: cuidado. A alternativa também pode se tornar um ônus, descartável e desacreditado.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 333-334.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, prefácio.

FREITAS, Rafael Vêras; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O futuro das contratações públicas. 2018, s/p. Disponível em: <

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-futuro-das-contratacoes-publicas-12032018>>.

GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo. *Revista da EMERJ*, v. 11, n° 42, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista Direito Administrativo - Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018)*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MOREIRA NETO. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato In: MARQUES NETO; ARAGÃO (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. DE OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante. *Revista Justiça do Direito*, v.32, n.3, p. 528-544, set./dez. 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OSEGUEDA, Diego Mattos. *Cláusula Compromissória nos Contratos de Sociedade*. Tese (Bacharelado em Direito). Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Rio de Janeiro, 2005, p. 19.

TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011, p. 45.

A LEI DE ARBITRAGEM COMO MARCO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ECOSISTEMA DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS BRASILEIRO

Daniel Brantes Ferreira

Pós-Doutor em Direito pela UERJ. Doutor em Direito pela PUC-Rio. CEO do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Editor-Chefe da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR. Coeditor-Chefe do International Journal of Law In Changing World – IJLCW. Fellow do Chartered Institute of Arbitrators -CI Arb. Senior Researcher da South Ural State University.

Resumo

O presente artigo possui como objetivo trazer um breve histórico da lei de arbitragem bem como um timeline doutrinário da evolução do diploma legal. Para atingir esse objetivo utilizamos artigos científicos de autores renomados da seara arbitral nacional que foram publicados ao longo dos 26 anos de promulgação da lei. Concluimos o escrito com breves conclusões e críticas ao PL 3293/2021.

Palavras-chave: Lei de Arbitragem, 26 anos; Ecosistema de Solução de Disputas; PL 3293/2021.

1. Breve histórico

Em 23 de setembro a Lei de Arbitragem brasileira, lei 9.307 de 1996, completou seus 26 (vinte e seis) anos de promulgação. Uma trajetória de luta desde seu surgimento e que, como não poderia ser diferente, continua devido ao PL 3293 de 2021 que pretende, sem qualquer justificativa, atingir pilares fundamentais do instituto. Através de breve digressão histórica do instituto e da percepção do florescimento do ecossistema do tribunal multiportas no país que

teve como marco a Lei de Arbitragem fica claro o descompasso do PL 3293 de 2021.

A utilização da arbitragem no Brasil é de origem portuguesa. O sistema jurídico medieval português reconhecia a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos e encontrava previsão nas Ordenações Affonsinas, pelas Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas (esta última foi o principal diploma legal relativo de direito comercial no Brasil até a promulgação do Código Comercial de 1850) .

A Constituição de 1824 trouxe em seu bojo autorização expressa para adoção da arbitragem em seu art. 160. O instituto não foi previsto na Constituição de 1895 voltando a lume em 1934 que dava competência à União para legislar sobre arbitragem comercial em seu art. 5, XIX, alínea C. Também não houve previsão nas Constituições de 1937, 1946 e 1967. O instituto voltou apenas a ter previsão constitucional em nossa atual Carta Magna de 1988. A CF de 1988 já homenageia o instituto em seu preâmbulo ao tratar expressamente da solução pacífica das controvérsias, ou seja, torna a solução pacífica das controvérsias princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Na legislação esparsa a arbitragem encontrou previsão no Código Comercial de 1850 que, previa arbitragem compulsória para dirimir determinadas disputas, tais como aquelas entre sócios de sociedades comerciais.

Os códigos de processo civil de 1939 (art. 1.031 a 1.046) e 1973 (arts. 1.072 ao 1.102) também regeram o procedimento arbitral.

A Lei de Arbitragem (Lei Marco Maciel) foi proposta pelo Senador Marco Maciel em 17.09.1993 (PL 4018/1993) sendo promulgada em 23.09.1996 e entrando em vigor em novembro daquele ano (sessenta dias após a data da publicação). Acima de tudo a lei de arbitragem prestigiou a autonomia da vontade privada, privilegiando a convenção arbitral e concedendo a sentença arbitral, naquele momento ainda com nomenclatura de laudo arbitral, a mesma eficácia da sentença judicial (art. 18 da LArb).

Nossa lei possui inspiração na Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL de 1985 (adotada totalmente ou parcialmente em 85 países e 118 jurisdições) com tintas da lei de arbitragem espanhola (Ley 36/1988).

2. *Timeline* doutrinário da Lei de Arbitragem

Com a semente da lei 9.307 de 1996 o ecossistema se desenvolveu, com desafios e avanços paulatinos até atingir maturidade e conseguir sua principal conquista: a confiança do empresariado nacional e da administração pública após sua alteração pela lei 13.129/2015.

Aos 3 anos de vigência Carlos Alberto Carmona³³ asseverou a multiplicação das instituições arbitrais bem como a modernização e adequação ao novo diploma legal das câmaras já existentes (CAM-CCBC e Arbitac, por exemplo). Naquele momento, Carmona ressaltou que já havia a percepção que a arbitragem não era concorrente do processo estatal e apenas mais uma porta dentro do conceito de tribunal multiportas.

Aos 4 anos de vigência da lei, Pedro Antônio Batista Martins,³⁴ ressaltava a importância da autonomia da vontade na escolha da arbitragem para deslinde de disputas de direitos patrimoniais disponíveis demonstrando de forma clara a união entre os valores da liberdade e os conceitos de Estado soberano. O autor também resalta a importância da cooperação do Judiciário como requisito fundamental para o sucesso da arbitragem. A liberdade, segundo o primeiro subtítulo do escrito, seria o *temor da contracultura arbitral*.

Nos anos seguintes a lei de arbitragem obteve duas grandes conquistas: Em 2001, por sete votos a 4, em processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5.206) o STF considerou a lei constitucional dando segurança jurídica para a utilização do instituto. Na sequência, em julho de 2002 é promulgado o Decreto nº 4.311/2002 que internaliza a Convenção para Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de NY de 1958 – tratado multilateral de maior sucesso da história da humanidade com 170 partes). Tais medidas deram maior segurança para o desenvolvimento do instituto domesticamente bem como trouxeram confiança ao Brasil na seara internacional que era, finalmente, alçado a categoria de *arbitration friendly jurisdiction*.

³³ CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96. Revista de Processo, vol. 99, 2000, pp. 85-98.

³⁴ MARTINS, Pedro Antônio Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro Anos da Lei 9.307/96 (1ª Parte). Revista Brasileira de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 9, 2000, pp. 315-336.

Com 8 anos de vigência da Lei, Selma Lemes,³⁵ afirmou serem 4 (quatro) os pilares essenciais da arbitragem: a segurança jurídica, a difusão cultura, a conscientização dos advogados e a manutenção de regras flexíveis. Concluiu afirmando que a lei só poderia ser útil ao país se interpretada e operacionalizada *de acordo com os critérios e princípios que justificam sua existência*. Conclusão que continua atual.

Em 2004, a EC 45 deslocou a competência de homologação de sentenças estrangeiras (estatais e arbitrais) para o STJ. O STJ, desde aquele momento, já demonstrou proteger a arbitragem como instituto e se tornou essencial para a solidificação do instituto no Brasil.

Aos 10 anos de vigência, Theophilo Santos,³⁶ enfatizou o importante papel das instituições arbitrais idôneas em face de entidades criadas à margem da lei como, por exemplo, a Comissão de Arbitragem da OAB-RJ responsável pelo fechamento de 30 (trinta) dessas organizações à época. O autor também previa a importância da arbitragem para vários setores tais como o setor de infraestrutura (PPPs), setor energético, telefonia, seguros, marítimo entre outros. Em suma, o autor reconhecia a qualidade da Lei de Arbitragem em seu decênio e já naquele momento requeria a inclusão da disciplina de arbitragem nos currículos universitários (o que só viria acontecer com as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de bacharelado em Direito de 2018 – Resolução nº 5 de 17 de dezembro de 2018 MEC/CNE/CES).

Aos 13 anos de vigência, Arnold Wald Filho,³⁷ afirmava que devido a Lei de Arbitragem, o Brasil havia obtido progresso que, em outros países, havia demorado um século uma vez que arbitragem era *liberdade, criatividade, eficiência, a construção da paz entre as partes e a rapidez das soluções dialogadas*.

Em 2015, a Lei de Arbitragem passou por relevantes modificações por meio da Lei nº 13.129/2015, a partir de proposta elaborada por Comissão de Juristas coordenada pelo Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça. A

³⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. O Cenário Atual da Arbitragem no Brasil – oito anos da Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 3, 2004, pp. 129-137.

³⁶ SANTOS, Theophilo de Azeredo. Dez Anos da Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 12, 2007, pp. 18-21.

³⁷ MACIEL, Marco. Treze Anos da Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 23, 2009, pp. 9-18.

proposta foi debatida de forma ampla com a sociedade e no âmbito do Congresso Nacional, e as alterações culminaram pelo fortalecimento da arbitragem com a previsão expressa, por exemplo, da possibilidade da utilização da arbitragem por entes da administração pública direta e indireta através da inclusão do §1º no artigo 1º da Lei.

Hoje o Brasil é reconhecido internacionalmente como incentivador das soluções alternativas de conflito fruto da divulgação da cultura do tribunal multiportas e do desenvolvimento do ecossistema por instituições arbitrais idôneas, imparciais e independentes (vide lista das melhores câmaras nacionais na Leaders League),³⁸ profissionais qualificados, produção científica constante, seminários e congressos corriqueiros, e um Poder Judiciário cooperativo e que, em regra, defende os princípios fundamentais da Lei de Arbitragem (ex: autonomia da vontade e competência-competência).

3. Conclusão: O aniversário de 26 anos da Lei e o PL 3293/2021

A crise dos 40 chegou para a Lei de Arbitragem com antecedência. Na verdade os *haters* do modelo sempre existiram. A comunidade arbitral reconhece que o instituto deve estar em constante evolução assim como todo ecossistema. No entanto, a evolução deve ser sempre marcada por discussões profundas uma vez que um movimento equivocado pode gerar um xeque-mate ao instituto.

O aludido movimento equivocado é incorporado pelo PL 3293/2021 apresentado pela Deputada Federal Margarete Coelho. Em breves linhas, o projeto propõe que sejam feitas modificações nos artigos 13, 14 e 33 da Lei de Arbitragem, relacionadas principalmente a limitações para atuação como árbitro, ao dever de revelação e seus parâmetros e a inserção dos artigos 5ª-A e 5º-B, que mitigam a confidencialidade dos procedimentos arbitrais. Em sua justificação, a Deputada Margarete Coelho, afirma que o *Projeto de Lei visa, pois, aprimorar a Lei de Arbitragem, com o objetivo de prover limites objetivos à atuação do árbitro e otimizar o dever de revelação às Partes*. Na realidade, é consenso entre entidades arbitrais, empresariais e jurídicas que ocorreria exatamente o contrário.

³⁸

Disponível em <https://www.leadersleague.com/pt/rankings/resolucao-de-conflitos-camaras-de-arbitragem-ranking-2022-camaras-de-arbitragem-brasil>. Acesso: 23.10.2022.

Por tudo que demonstramos em nossa breve *timeline* legislativa a Lei de Arbitragem é um diploma legal que se desenvolveu e atingiu a maturidade em seu devido tempo. Aos 26 anos precisa-se de diálogo e convencimento e não de mero castigo. Assim como o napalm, muito utilizado na Guerra do Vietnam, se aprovado, o PL iria atingir princípios basilares da arbitragem (autonomia das partes, liberdade profissional do árbitro, confidencialidade) e, com isso, iria desoxigenar o ambiente no seu entorno asfixiando o instituto.

Hoje colecionamos as principais razões que tornam um local mais atrativo para se tornar sede de arbitragens nos termos da pesquisa do White & Case com a Queen Mary University of London de 2021:

- Maior apoio à arbitragem pelo Judiciário local
- Majoração da neutralidade e imparcialidade do sistema jurídico local
- Melhor histórico na execução de convenções arbitrais e sentenças arbitrais pelo Judiciário

O Poder Judiciário brasileiro, liderado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem há anos referendando a arbitragem como instituto através do respeito e aplicação de seus princípios fundamentais tais como: 1. Respeito à jurisdição arbitral (princípio da competência-competência); 2. Observância estrita da autonomia da vontade; 3. Referendo da autonomia da convenção arbitral; 4. Respeito à confidencialidade do procedimento; 5. Anulação de sentenças arbitrais parcial ou integralmente dentro do rol taxativo do art. 32 da Lei de Arbitragem e somente em casos de *error in procedendo* patente; 6. Avaliação com cautela de questionamentos de parcialidade dos árbitros em ações anulatórias e, com isso, construindo jurisprudencialmente o conceito de dúvida justificada.

Devido ao dinamismo social nenhum diploma legislativo deve permanecer estático. No entanto, modificar instituto que se encontra em consonância com as melhores práticas deve ser realizado com cautela e com a utilização do espaço público para pleno debate. Ou seja, qualquer alteração na Lei de Arbitragem nacional deve ser realizada de forma intersubjetiva sob o filtro da razão pública e não de razão individual desmotivada.

Referências Bibliográficas:

CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96. *Revista de Processo*, vol. 99, 2000, pp. 85-98.

FERREIRA, Olavo A.; FERNANDES, Débora C.; FERREIRA, Ananias A.; ROCHA, Matheus Lins. *Lei de Arbitragem Comentada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O Cenário Atual da Arbitragem no Brasil – oito anos da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 3, 2004, pp. 129-137.

MACIEL, Marco. Treze Anos da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 23, 2009, pp. 9-18.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro Anos da Lei 9.307/96 (1ª Parte). *Revista Brasileira de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 9, 2000, pp. 315-336.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. Dez Anos da Lei de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 12, 2007, pp. 18-21.

SCHMIDT, Gustavo R.; FERREIRA, Daniel B.; OLIVEIRA, Rafael C. R. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO INERENTE AO ACESSO À JUSTIÇA PELA ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A POSSÍVEL NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS.³⁹

David Lins Kusterer

Universidade Salvador. Graduando em Direito pela Universidade Salvador. Integrante do Grupo de Estudos em Direito no Âmbito Internacional da Universidade Salvador, com participação na XI Competição Brasileira de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial.

Matheus Lins Rocha

Universidade Salvador e Universidade Federal da Bahia. Doutorando pela Universidade Federal da Bahia. Mestre pela Universidade Salvador (*Research Stay*, Universidad de Salamanca). Pós-Graduado em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Professor da Universidade Salvador.

Resumo

O objeto desta pesquisa é investigar o devido processo legal como princípio inerente à arbitragem, sob pena de não efetivação do acesso à justiça, bem como a análise da ação judicial de nulidade da sentença arbitral como instrumento de garantia do referido direito. A presente pesquisa se justifica por sua relevância teórica e social. Trata-se de uma pesquisa teórica transdisciplinar, que engloba as disciplinas dos direitos humanos, do direito constitucional, processual e da Arbitragem. Foram utilizados os métodos dialético e dedutivo, com vertente metodológica do presente trabalho corresponde à

³⁹ Artigo apresentado e publicado no VI Congresso Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. – Faculdade de Direito.

jurídico-sociológica, uma vez que é investigado o ordenamento jurídico brasileiro, por meio dos respectivos mecanismos de resolução dos conflitos sociais com o objetivo de efetivação plena do acesso à justiça. A linha é a crítico-metodológica, com tipo de investigação jurídico-propositivo. Trabalhou-se com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência, além da doutrina.

Palavras-chave

Arbitragem; Direitos Humanos Fundamentais; Devido Processo Legal; Acesso à Justiça; Ação anulatória da Sentença Arbitral.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem tem se desenvolvido, cada vez mais, no ordenamento jurídico brasileiro, como importante meio adequado heterocompositivo de resolução de conflitos que contribui para a efetivação do direito ao acesso à justiça de modo eficaz e com duração razoável, em panorama que demonstra o Poder Judiciário que não consegue, em tempo razoável, proferir decisões adequadas às resoluções conflitivas no Brasil. A partir da referida problemática relacionada à impossibilidade de efetivação do princípio da duração razoável do processo, o acesso à justiça, direito que integra o rol dos direitos humanos fundamentais, acaba não sendo também efetivado, levando-se em consideração que uma decisão completamente tardia do Poder Judiciário, em determinadas hipóteses, poderá não mais efetivar a justiça.

Neste sentido, o sistema multiportas começa a ser, cada vez mais, difundido e utilizado como meio efetivo de proporcionar o direito humano fundamental do acesso à justiça. As formas autocompositivas, como negociação, conciliação, mediação e dispute boards, além dos métodos heterocompositivo como, por exemplo, expertise e arbitragem, podem figurar como meios que resolvam, com duração razoável, menos custoso, com menor complexidade procedimental e com confidencialidade. Com a evolução exponencial da aplicação da arbitragem no Brasil, novas questões começam a surgir, principalmente levando em consideração o amplo acesso à justiça e a flexibilidade procedimental da arbitragem. O objeto desta pesquisa é investigar o devido processo legal como princípio inerente à arbitragem, sob pena da não

efetivação do acesso à justiça, bem como a análise da ação judicial de nulidade da sentença arbitral como instrumento de garantia do referido direito.

A presente pesquisa se justifica por sua relevância teórica, tendo em vista que existe ampla discussão doutrinária sobre a amplitude e aplicação das hipóteses de nulidade da sentença arbitral, bem como por sua relevância social, uma vez que, após análise da arbitragem à luz dos princípios constitucionais será possível alcançar a máxima efetivação do acesso à justiça, tendo como mecanismo de garantia, a ação anulatória da sentença arbitral. Os objetivos da pesquisa se constituem na análise dos princípios processuais da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro constitucional e legal, relacionando-os, diretamente, com o direito ao acesso à justiça, além de verificar quais são os possíveis mecanismos que podem garanti-lo.

A presente pesquisa é transdisciplinar, englobando as disciplinas dos direitos humanos, do direito constitucional, processual e da Arbitragem. Utilizou-se os métodos dialético e dedutivo⁴⁰, partindo-se da análise de regras gerais propostas na legislação, doutrina e jurisprudência, para o caso específico da utilização da arbitragem, sob o prisma dos princípios processuais constitucionais, bem como da análise da ação anulatória judicial da sentença arbitral. A vertente metodológica do presente trabalho corresponde à jurídico-sociológica⁴¹, uma vez que é investigado o ordenamento jurídico brasileiro, por meio dos respectivos mecanismos de resolução dos conflitos sociais com o objetivo de efetivação plena do acesso à justiça.

A linha desta pesquisa se constitui na crítico-metodológica⁴², tendo em vista que busca repensar criticamente o direito, utilizando-se do tipo de investigação jurídico-propositivo⁴³, demonstrando proposições sobre a forma de aplicação da arbitragem sob o prisma constitucional e convencional, tendo como paradigma, também, os tratados internacionais de direitos humanos. Trabalhou-se com dados primários, sendo estes a legislação, a jurisprudência, além da doutrina. A técnica metodológica utilizada é a pesquisa teórica, com análises de conceitos e investigações de divergentes argumentações para a criação das conclusões e proposições finais. As hipóteses iniciais se demonstram

⁴⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

como, primeiramente, a obrigatoriedade da aplicação efetiva dos princípios processuais constitucionais e convencionais à arbitragem, sob pena de não efetivação do acesso à justiça. Se tem, ainda, como hipótese, a necessária aplicação da ação judicial anulatória da sentença arbitral como possível mecanismo de controle da incidência dos princípios processuais e efetiva concretização do acesso à justiça.

2 A VANTAJOSA APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL;

O acesso à justiça é previsto na Constituição Federal de 1988 que evidencia, no seu artigo 5º, inciso XXXV, o é denominado princípio da inafastabilidade de jurisdição⁴⁴, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O acesso à justiça se constitui como garantia elementar da realização do Direito, bem como da conservação da paz social, além da proteção do ser humano. Ao Estado, cabe assegurar a justiça aos seus jurisdicionados, fundamentado no devido processo legal, além de decisões justas e efetivas para a proteção dos direitos subjetivos, interesses e princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico pátrio.⁴⁵

Entretanto, de acordo com as perspectivas do Poder Judiciário abarrotado e, muitas vezes, ineficiente⁴⁶, é possível verificar que o princípio do acesso à justiça não é efetivado de forma integral e ampla, uma vez que o Poder Judiciário não possui condições de atender, de forma eficiente, a quantidade de demandas submetidas à sua apreciação. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover já afirmava desde a década de 90 que “visando à superação da crise estrutural do Judiciário, abre-se caminho, na vertente extrajudicial, para a revisitação de equivalentes

⁴⁴ GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53); WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁴⁵ BLANCO, Carolina Souza Torres. O Direito de Acesso à Justiça nas Jurisprudências Interamericana e Brasileira, uma Análise Comparativa. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 85 - 125, jul./dez. 2012. DOI: 10.12818/P0304-2340.2012v61p85. p. 89.

⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>. Acesso em 24/05/2019.

jurisdicionais, como a auto e a heterocomposição, na busca de meios alternativos ao processo, capazes de evitá-lo⁴⁷, em uma duração razoável.

A dificuldade relacionada ao acesso à justiça não se compreende apenas no referido tempo e espaço. Por força da dificuldade da efetivação prática do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴⁸, ainda no século passado, buscaram soluções para amenizar a situação da grande quantidade de processos no Poder Judiciário e promover o acesso à justiça de forma integral, bem como com duração razoável.

O acesso à justiça, portanto, é considerado como “a garantia do acesso aos tribunais”⁴⁹ sendo relacionado, por diversos doutrinadores, de forma direta com a “prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito”⁵⁰ ou como a “proteção judicial efetiva”⁵¹. Entretanto, além da referida relação, o acesso à justiça se demonstra com forte vínculo com as demais formas adequadas de resolução de conflitos, tendo em vista que o Poder Judiciário, sendo apenas considerado, sem o sentido do sistema multiportas, não é capaz de efetivar o direito ao acesso à justiça de forma integral no Brasil, considerando-se o estoque de processos pendentes de julgamento que, mesmo com relativa a melhoria recente do panorama, ainda ultrapassa de 75,4 milhões⁵².

O acesso à justiça se evidencia como requisito indispensável para o exercício do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁵³, verificando-se, de forma nítida, a íntima relação dos métodos de resolução de conflitos, incluindo-se a arbitragem, com a efetivação do referido direito integrante dos direitos humanos fundamentais. Conforme já salientado, para solucionar o problema da não efetivação integral do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵⁴ demonstram três possíveis soluções, delimitando-as

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*, in *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 22.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 491.

⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 637.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: Judiciário manteve serviços com inovação durante a pandemia*. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/>
Acesso em: 21 de novembro de 2021.

⁵³ BONFIM, Thiago. *Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa. Análise da Prática Jurisprudencial*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 71.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

em ondas que contribuiriam para a efetivação do direito humano fundamental ao acesso à justiça. Além da primeira onda, relaciona com a justiça gratuita, e da segunda onda, por sua vez, no que tange a tutela coletiva em geral, os autores identificaram como terceira onda de efetivação do acesso à justiça, mecanismos que permitam a prestação jurisdicional efetiva, relacionando-se com a instituição de meios alternativos adequados de resolução de disputas⁵⁵, incluindo-se a Arbitragem, regulamentada no direito brasileiro pela Lei n.º 9.037/96. O raciocínio é no sentido de que com a utilização de métodos adequados de resolução de conflitos, diversos casos que seriam submetidos ao Poder Judiciário e que acarretariam a piora gradativa do sistema, seriam resolvidos por outros meios, que possibilitariam, em última análise, numa ampliação do acesso à justiça.⁵⁶

Portanto “o Estado deve proporcionar um sistema que viabilize às pessoas a busca de uma solução para seus problemas”⁵⁷, sendo necessário, também, que a solução seja demonstrada em tempo hábil para a efetivação prática do acesso à justiça.⁵⁸ Por motivo dos problemas suportados pelo Poder Judiciário referente à quantidade expressiva de processos pendentes de julgamento, bem como no que tange à demora na solução dos conflitos e tendo em vista a aplicação possível dos meios adequados de resolução de conflitos no ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução n.º 125/2010, que trata sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, o que consolidou a denominada “justiça multiportas” em que o Estado oferece, possibilita e promove à sociedade, variadas escolhas adequadas para solução dos conflitos.

Em que pese os escritos de Cappelletti e Garth sejam da década de 1970, continuam muito atuais no plano brasileiro, uma vez que o Poder Judiciário enfrenta um desafio institucional, não podendo mais se limitar a oferecer tardias

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Neste sentido são os autores: O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendida através de uma breve discussão de algumas das vantagens que podem ser obtidas através dela. Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 26.

⁵⁷ RIBEIRO, Daniela Menengoti. ROMANCINI, Malu. *Acesso À Justiça: do Conceito à Análise de Casos Práticos e da Efetividade do Instituto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça - ano 9, n.º 32, P. 75-96, JUL./SET. 2015. p. 77.

⁵⁸ Ibid. p. 82.

prestações jurisdicionais.⁵⁹ Afirme-se que, neste cenário, “houve um aperfeiçoamento da jurisdição privada no Brasil, dando a oportunidade para as partes defenderem seus interesses de modo mais célere e mais adequado à realidade dinâmica da população”.⁶⁰

No panorama brasileiro, portanto, houve a evolução cada vez maior dos meios adequados de resolução de conflitos, autocompositivos e heterocompositivos, principalmente no período de 25 anos até atualmente, destacando-se, como já mencionado, a negociação, a conciliação, a mediação, bem como a “Dispute Resolution Boards”, além da “Expertise” ou Arbitramento Pericial e o da Arbitragem, recorte do presente estudo que juntas, somam à tão utilizada Jurisdição Estatal.

A solução pode ser definida, portanto, por meio da arbitragem, método em que um terceiro, eleito pelas partes por meio de uma convenção de arbitragem, definirá a solução da controvérsia, tendo natureza jurisdicional, sem participação estatal na resolução, na qual a sentença arbitral originará coisa julgada material e terá a mesma força vinculante de título executivo judicial. Portanto, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o “árbitro é juiz de fato e de direito” (art. 18 da Lei 9.307/96), acolheu a natureza jurisdicional da arbitragem⁶¹.

A partir das referidas características básicas da arbitragem, é possível listar, brevemente, diversos benefícios oriundos da arbitragem⁶², efetivando-se, na prática, o acesso à justiça. A duração razoável do processo se que constitui como vantagem muito importante da arbitragem para a efetivação do acesso à justiça, já que o art. 23 da Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deve terminar após seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, desde que não haja disposição em contrário, salientando-se que segundo o Conselho Nacional de Justiça, a duração de média

⁵⁹ DE MEDEIROS NETO, Elias Marques. A efetividade do processo, reformas processuais, o projeto de um novo Código de Processo Civil e a Arbitragem: a terceira onda de transformação da doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. In CAHALI, Francisco Jose. RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. Arbitragem. Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 203.

⁶⁰ MALHEIRO, Emerson Penha. BENATTO, Pedro Henrique Abreu. *Arbitragem no Poder Público do Brasil*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 131-144, jan./jun. 2017. p.132

⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 268-269).

⁶² FERREIRA, Olavo. ROCHA, Matheus Lins. FERREIRA, Débora. Lei de Arbitragem Comentada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

de um processo digital é de quatro anos e quatro meses⁶³, sem contar o prazo para julgamento dos recursos até os Tribunais Superiores. A arbitragem oferece um tratamento mais dedicado e com melhor estrutura, quando comparado ao Poder Judiciário, tendo em vista a nítida diferença da quantidade de processos por julgador e a especialidade do árbitro em matérias específicas do direito, fator que demonstra outra vantagem, qual seja, a possibilidade de escolha do julgador da demanda. A possibilidade de confidencialidade, o custo-benefício a partir da celeridade e a flexibilidade procedimental também podem ser considerados como elementos que possibilitem a aplicação do amplo acesso à justiça.

Portanto, as vantagens listadas contribuem para a efetivação do direito humano fundamental ao acesso à justiça, previsto na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é parte, notadamente no art. X da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no art. XVIII da Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948 e no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Necessário salientar que o acesso à justiça não pode ser resumido apenas ao sentido de acesso às instituições, mas também à solução definitiva em tempo razoável, sob pena de não concretização da própria cidadania e desrespeito aos direitos humanos fundamentais.⁶⁴ As três referidas ondas elencadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth são de fundamental importância para a efetivação do acesso à justiça, direito humano fundamental expresso na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrando-se a importância dos métodos adequados de resolução de conflitos para a efetivação da própria dignidade da pessoa humana.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO INTEGRANTE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E COMO PRINCÍPIO INERENTE À ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO;

O Devido Processo Legal, importante princípio processual previsto em diversos diplomas históricos, como, por exemplo, a Carta Magna de 1215⁶⁵, tem fundamental importância no processo judicial, bem como nos procedimentos

⁶³ cf. Relatório da Justiça em Números 2016, CNJ: Brasília, site Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>., acesso em 20.07.2017, p. 148.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 216: 9-23. abr/jun. 1999.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 667.

arbitrais, sendo previsto no Artigo 5º, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispositivo que enuncia que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” A partir do referido dispositivo normativo extrai-se o princípio aqui discutido, que confere a todos os indivíduos, o direito fundamental a um processo justo e equitativo.⁶⁶

O referido princípio é parte integrante dos direitos humanos fundamentais, previsto na Constituição Brasileira, bem como nos tratados interacionais como, por exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos. Na perspectiva formal, se relaciona com o direito de qualquer indivíduo ser submetido a processo que cumpra com a ampla defesa e o contraditório, além da garantia do Juiz natural do devido processo legal, dentre outros⁶⁷ sendo evidenciado, também no âmbito do devido processo legal material quando o procedimento estiver pautado na razoabilidade e proporcionalidade⁶⁸.

Conforme já abordado, a flexibilidade procedimental é vantagem de extrema importância na arbitragem que evidencia a autonomia privada como predominante nas questões processuais⁶⁹. Observe-se que a terminologia que deve ser utilizada é a “autonomia privada” em vez de “autonomia da vontade”, tendo em vista que a liberdade na autonomia possui limites na Constituição Federal Brasileira e nos tratados internacionais de direitos humanos que, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, possuem posição hierárquico-normativa de normas supralegais.⁷⁰

Portanto, se comparado com o procedimento judicial previsto do Código de Processo Civil, constata-se maior liberdade de modificação do procedimento arbitral, embora os negócios jurídicos processuais, estejam cada vez mais se desenvolvendo no direito processual civil, mas sem tanta possibilidade de flexibilização quanto no procedimento arbitral. Portanto, as partes, por meio da convenção de arbitragem, podem definir, de forma detalhada, como será o procedimento da arbitragem, de acordo com a lei 9.307/96, contanto que não haja ofensa à ordem pública, ao devido processo legal, aos princípios constitucionais e

⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 92.

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 97

⁶⁸ Ibid. p. 92

⁶⁹ BRASIL. STJ, REsp. 1.636.102/SP, Relator Ministro Cueva, j. 13/06/2017.

⁷⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 03/12/2008 TRIBUNAL PLENO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO.

aos direitos humanos fundamentais, além das demais hipóteses que de nulidades da Sentença Arbitral, hipóteses de possível apresentação de ação anulatória⁷¹.

O referido princípio constitucional também norteia a arbitragem, demonstrando-se que a autonomia das partes não é absoluta e que caso violado o devido processo legal, o acesso à justiça não será efetivado, devendo, o ordenamento jurídico brasileiro garantir que a referida vantagem não seja utilizada de forma a prejudicar uma das partes no procedimento arbitral. Existe a possibilidade fática de que a convenção de arbitragem esteja prevendo procedimento que venha ferir o contraditório ou a ampla defesa, situação que acarretará a nulidade do procedimento arbitral. A referida preocupação com o processo equitativo deve ser também levada em consideração, principalmente em procedimentos que contenham a assimetria técnica, hipossuficiência ou vulnerabilidade de determinada parte como, por exemplo, em arbitragens trabalhistas ou relativas ao direito do consumidor.

Por isso, descumprimento do devido processo legal acarreta nulidade da sentença arbitral, de acordo com o Artigo 32º, VIII da Lei Nº 9.307/96. Atrelado ao princípio do devido processo legal, encontram-se outros princípios como o contraditório, a ampla defesa, a cooperação, a lealdade processual, dentre outros. O princípio do devido processo legal deverá, portanto, limitar a autonomia das partes na arbitragem, que não poderão decidir sobre os aspectos processuais de modo a ir de encontro com o referido pilar, sob pena de um desrespeito aos direitos humanos fundamentais que se demonstraria com a consequente inefetividade do acesso à justiça.

4 A POSSÍVEL NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS;

A sentença arbitral, uma das principais finalidades dentro da fase decisória, é regulamentada pelo artigo 23 da lei Nº 9.307/96⁷². Como verificado, o princípio da autonomia da vontade figura como de extrema importância para a arbitragem, pois através do mesmo é possível estabelecer e modificar questões procedimentais e elementares da arbitragem, optando-se por diferentes regras

⁷¹ LEMES, Selma, ARBITRAGEM. PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO, Revista dos Tribunais vol. 686/1992, p. 73 – 89, Dez / 1992.

⁷² Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

procedimentais já existentes ou, até mesmo, trazendo a possibilidade de elaboração de um procedimento específico pelas próprias partes.

Como já demonstrado, a sentença arbitral possui a mesma força vinculante da sentença judicial, momento no qual se esgota a atividade jurisdicional do árbitro⁷³ e podendo ocorrer como sentença terminativa, onde ocorre a extinção do processo sem a resolução do mérito ou sentença definitiva, na qual acontece a extinção do processo com a resolução do mérito⁷⁴. Necessário afirmar sendo necessário afirmar a importância da teoria jurisdicional da arbitragem que demonstra que a decisão do árbitro tem forma jurisdicional⁷⁵.

Carlos Alberto Carmona assevera que [...] “o intuito da lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito”. Candido Rangel Dinamarco também acolhe as lições de Carmona, concluindo que “a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro”⁷⁶. Saliente-se que a sentença arbitral possui os mesmos efeitos da sentença proferida pelos representantes do Poder Judiciário, conforme artigo 31, da Lei da Arbitragem, configurando-se como título executivo judicial, como afirmam os artigos 515, inciso VII, do Código de Processo Civil de 2015⁷⁷ e 31, da Lei da Arbitragem, sendo cumprida em conformidade com o rito processual previsto no Código pátrio, conforme artigo 525 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, e o artigo 33, § 3º, da Lei de 9.307.

⁷³ CARMONA, Carlos Alberto. ENSAIO SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL. Revista de Processo | vol. 165/2008 | p. 9 - 28 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 663 - 686 | Set / 2014 DTR\2008\675.

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. ESTRUTURA DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Processo | vol. 107/2002 | p. 9 - 17 | Jul - Set / 2002 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 737 - 746 | Set / 2014 DTR\2002\338

⁷⁵ Neste sentido: “Mas, hoje, há uma firme e consolidada concepção a respeito da natureza jurídica da arbitragem: de mero meio alternativo, ou equivalente jurisdicional, passou sua natureza a ser considerada como jurisdicional, tanto mais que a sentença arbitral surte os mesmos efeitos da coisa julgada que coroa a sentença judicial, os atributos dos árbitros são exatamente os mesmos do juiz togado e os princípios constitucionais que a regem são os do “devido processo legal”. Aliás, em obra doutrinária recente, em que liguei o conceito de jurisdição ao de acesso à justiça, asseverei que não só arbitragem, mas também a justiça conciliativa, se enquadram na categoria de jurisdição. E vale a pena lembrar, a esse propósito, a releitura do inc. XXXV, art. 5, da Constituição, feita no preâmbulo da Resolução n. 125/2010 do CNJ, que afirmou, com todas as letras, que por acesso aos tribunais deve entender-se “acesso às vias adequadas de solução de conflitos” Op. Cit.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. REFLEXÕES SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 6/2005 | p. 40 - 74 | Jul - Set / 2005 DTR\2005\393.

⁷⁶ Op. Cit., p. 39.

⁷⁷ Este artigo repete a previsão do art. 475-N, IV, do CPC de 1973.

O artigo 24 da lei N° 9.307/96 trata da necessidade da decisão arbitral se dar por meio de documento escrito, evidenciando os chamados requisitos da obrigatórios da sentença arbitral constantes no artigo 26 da lei de arbitragem, sendo o relatório, que contém informações como o nome das partes, a apresentação do litígio do processo e os pedidos das partes, os fundamentos da decisão que objetivam justificar a decisão arbitral, o dispositivo, que demonstra o resultado da decisão, além da data e local em que a sentença foi proferida, juntamente com as assinaturas dos árbitros.

Portanto, verifica-se a possibilidade de que haja vícios formais ou materiais na sentença, como em qualquer procedimento. Caso o procedimento arbitral seja desenvolvido sem respeitar as formalidades legais previstas, os princípios constitucionais e convencionais ou os direitos humanos fundamentais, o direito brasileiro deverá dispor de mecanismo que venha corrigir eventual desrespeito, efetivando-se os direitos humanos fundamentais no caso concreto. Por isso, o microsistema arbitral brasileiro prevê medidas de correção para eventuais problemáticas envolvendo a arbitragem. Caso exista alguma necessidade quanto a discussão de algum erro material na sentença, é possível que haja pedido de esclarecimento, sendo necessário a solicitação do pedido dentro de 05 (cinco) dias após o recebimento da sentença, com fundamento no Artigo 30 da Lei de arbitragem.

Caso as hipóteses do artigo 32 da Lei 9.307/96⁷⁸ sejam evidenciadas, haverá a nulidade da sentença arbitral, fator que possibilitará a apresentação de Ação anulatória de sentença arbitral perante o Poder Judiciário. Após a notificação da sentença, as partes terão o prazo de 90 (noventa) dias para que seja proposta uma demanda com a finalidade da declaração de nulidade da sentença arbitral. Verifica-se que as hipóteses taxativas de nulidade da Sentença Arbitral se relacionam com a nulidade da convenção de arbitragem, com eventuais incapacidades dos árbitros, com os referidos requisitos obrigatórios da sentença arbitral, com os limites máximos estabelecidos pelas partes na convenção de

⁷⁸ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- [...]
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

arbitragem, que foi proferida com relação a fatos criminalmente tipificados, desrespeitando prazos previstos na lei ou, em conformidade com o recorte do presente estudo se “forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º[...]” da Lei 9.307/96, quais sejam, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, corolários do princípio do devido processo legal, havendo casos em que o referido desrespeito já trouxe, como consequência, a invalidade da Sentença Arbitral⁷⁹.

A ação de nulidade da sentença arbitral não possui a finalidade de revisar a sentença nem para tratar de eventuais inconformismos com o mérito da decisão⁸⁰, mas verificar alguma das causas de nulidade, desconstituindo eventual ilegalidade, desrespeito aos princípios constitucionais e previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como ao devido processo legal, princípio fundamental na arbitragem, que deve criar balizas À autonomia da vontade, para que haja a efetivação de um procedimento arbitral justo, equânime, promovendo-se os direitos humanos fundamentais e o acesso à justiça por meio da garantia do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa. Caso haja alguma nulidade, é importante salientar que a ação de nulidade do procedimento arbitral que será processada e analisada no Poder Judiciário, funcionará como importante mecanismo de verificação da constitucionalidade e da convencionalidade da arbitragem, tendo como parâmetro, o devido processo legal para efetivação da justiça no caso concreto, salientando-se que a intervenção judicial deve ser excepcional e deverá influenciar na arbitragem da menor forma possível, sendo, inclusive, um controle subsidiário⁸¹, apenas quando as causas do art. 32 da Lei 9.307/96 estiverem evidenciadas e comprovadas com o prejuízo de alguma das partes.

5 CONCLUSÃO.

⁷⁹ VALLE, Martim Della. ADAME, Victor. ZOCAL, Raul Longo. Jurisprudência Estatal Nacional Comentada. Arbitragem. Anulação da Sentença Arbitral. Decisão por Equidade. Dever de Fundamentação. Inadmissibilidade da Revisão da Sentença Arbitral. Imparcialidade Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível no 1048961-82.2019.8.26.0100. Relator Desembargador Azuma Nishi. 10.03.2021.

⁸⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. BARIONI, Rodrigo. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA ARBITRAL. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 46/2015 | p. 265 - 276 | Jul - Set / 2015 DTR\2015\13116.

⁸¹ YARSHEL, Flávio Luiz. AINDA SOBRE O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO CONTROLE JURISDICIONAL ESTATAL DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 50/2016 | p. 155 - 163 | Jul - Set / 2016 DTR\2016\23865.

Após a presente investigação, é possível concluir no sentido de que existem diversas vantagens que podem demonstrar a arbitragem como mecanismo efetivo de resolução de conflitos no panorama brasileiro, promovendo-se de forma ampla e efetiva o direito humano fundamental ao acesso à justiça que se encontra prejudicado pelo elevado número de processos pendentes de julgamento no poder judiciário, bem como a média da duração de cada processo no âmbito estatal. Conclui-se, também que, dentre as referidas vantagens, constata-se a presença da autonomia privada, que deve ser limitada aos limites constitucionais e convencionais, respeitando-se o devido processo legal e os demais princípios processuais previstos nos referidos diplomas, sob pena de violação a direitos humanos fundamentais. Por fim, conclui-se que, caso no âmbito da arbitragem haja algum desrespeito ao devido processo legal ou aos direitos humanos fundamentais, a ação de nulidade do procedimento arbitral e o controle judicial atuarão, de forma subsidiária, excepcional e com uma intervenção mínima, como garantia dos direitos humanos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO:

- AIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BLANCO, Carolina Souza Torres. O Direito de Acesso à Justiça nas Jurisprudências Interamericana e Brasileira, uma Análise Comparativa. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 85 - 125, jul./dez. 2012. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2012v61p85. p. 89.
- BONFIM, Thiago. Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa. Análise da Prática Jurisprudencial. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 71.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 03/12/2008 TRIBUNAL PLENO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO. RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO.
- BRASIL. STJ, REsp. 1.636.102/SP, Relator Ministro Cueva, j. 13/06/2017.
- CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 491.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 268-269).

CARMONA, Carlos Alberto. ENSAIO SOBRE A SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL. Revista de Processo | vol. 165/2008 | p. 9 - 28 | Nov / 2008 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 663 - 686 | Set / 2014 DTR\2008\675.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>. Acesso em 24/05/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021: Judiciário manteve serviços com inovação durante a pandemia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/> Acesso em: 21 de novembro de 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 637.

DE MEDEIROS NETO, Elias Marques. A efetividade do processo, reformas processuais, o projeto de um novo Código de Processo Civil e a Arbitragem: a terceira onda de transformação da doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. In CAHALI, Francisco Jose. RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. Arbitragem. Estudos sobre a Lei nº 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 203.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERREIRA, Olavo. ROCHA, Matheus Lins. FERREIRA, Débora. Lei de Arbitragem Comentada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário, *in* O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 22.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, pp.20 e 61/62.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática – 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LEMES, Selma, ARBITRAGEM. PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO, Revista dos Tribunais vol. 686/1992, p. 73 – 89, Dez / 1992.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. BARIONI, Rodrigo. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA ARBITRAL. A CAUSA DE PEDIR DAS AÇÕES ANULATÓRIAS DE SENTENÇA

ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 46/2015 | p. 265 - 276 | Jul - Set / 2015 DTR\2015\13116

MALHEIRO, Emerson Penha. BENATTO, Pedro Henrique Abreu. *Arbitragem no Poder Público do Brasil*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 131-144, jan./jun. 2017. p.132

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 402.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. ESTRUTURA DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Processo | vol. 107/2002 | p. 9 - 17 | Jul - Set / 2002 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3/2014 | p. 737 - 746 | Set / 2014 DTR\2002\338

RIBEIRO, Daniela Menengoti. ROMANCINI, Malu. *Acesso À Justiça: do Conceito à Análise de Casos Práticos e da Efetividade do Instituto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, Escola de Direito PUC RS. Direitos Fundamentais & Justiça - ano 9, n.º 32, P. 75-96, JUL./SET. 2015. p. 77.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Princípios processuais civis na Constituição, p. 52-53);

SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 216: 9-23. abr/jun. 1999.

VALLE, Martim Della. ADAME, Victor. ZOCAL, Raul Longo. Jurisprudência Estatal Nacional Comentada. Arbitragem. Anulação da Sentença Arbitral. Decisão por Equidade. Dever de Fundamentação. Inadmissibilidade da Revisão da Sentença Arbitral. Imparcialidade Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível no 1048961-82.2019.8.26.0100. Relator Desembargador Azuma Nishi. 10.03.2021.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico e mandado de segurança contra atos judiciais, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

YARSHEL, Flávio Luiz. AINDA SOBRE O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO CONTROLE JURISDICIONAL ESTATAL DA SENTENÇA ARBITRAL. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 50/2016 | p. 155 - 163 | Jul - Set / 2016 DTR\2016\23865

BREVES NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE AO PROCEDIMENTO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL

Eduardo Braga Bacal
Júlia Maria de Oliveira e Dias

Resumo

A Convenção de Nova Iorque criou mecanismos para uniformizar o regime acerca da homologação de laudos arbitrais estrangeiros. Apesar de ter sido formulada em 1958, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2002. Por meio deste artigo, pretende-se demonstrar os benefícios da utilização da Convenção de Nova Iorque como fonte jurídica principal para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Sumário: Introdução; 1. A Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro; 2. Sentença Arbitral Estrangeira Contestada nº 5782; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Introdução

O aumento dos fluxos de comércio internacional, fruto do processo de globalização dos mercados teve por consequência a redução das barreiras territoriais e ampliação da liberdade de circulação de pessoas, investimentos e bens que tiveram início após a 2ª Guerra Mundial e se consolidaram após a queda do Muro de Berlim e a difusão dos meios de comunicação, sobretudo com o surgimento da internet. Isso, por sua vez, teve grande impacto nas relações jurídicas que não mais se limitaram à esfera de cada país, alcançando cada vez mais indivíduos e empresas situados em diferentes quadrantes geográficos.

No campo da arbitragem, tal situação acarretou a necessidade de dinamizar e uniformizar o procedimento de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.

A partir desse objetivo foi criada a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, celebrada em Nova Iorque (“Convenção de Nova Iorque” ou “Convenção”). Como resultado de um sentimento internacional de insatisfação com a Convenção de Genebra de 1927, também relativa ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, a Convenção de Nova Iorque trouxe inovações em relação à Convenção de Genebra, como a eliminação da exigência do duplo *exequatur* para a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras; a alteração sobre a distribuição do ônus probatório, passando a incumbindo a quem solicita a homologação demonstrar a existência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, bem como que a sentença arbitral que pretende homologar transitou em julgado, porém passando a ser dever requerido, alegar existência de quaisquer invalidades.

Outra mudança significativa foi a abolição do requerimento de nacionalidade, segundo o qual as partes que requerem a homologação da sentença arbitral estrangeira deveriam ter a nacionalidade de um dos países signatários da Convenção de Genebra.

Como consequência, a homologação foi bastante facilitada e simplificada, sendo que hoje aproximadamente 90% dos laudos arbitrais estrangeiros submetidos ao procedimento da Convenção são homologados⁸².

No Brasil, a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras tem sido cada vez mais difundida, o que se deve, em grande parte, à promulgação da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) e à internalização de diversos tratados internacionais sobre o tema, como a Convenção de Nova Iorque, em 2002, a Convenção do Panamá, em 1996, e o Protocolo de Las Leñas, em 2009.

Muito embora o artigo 34 da Lei de Arbitragem e o artigo 13 do Código de Processo Civil façam referência aos tratados internacionais como fonte principal para análise dos pedidos de homologação de sentenças arbitrais, o Superior Tribunal de Justiça os utiliza como fonte suplementar de interpretação, dando preferência à legislação pátria.

Por meio deste artigo, pretende-se demonstrar os benefícios da utilização da Convenção de Nova Iorque como fonte jurídica principal para a

⁸² VAN DEN BERG, Albert Jan. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*, 2008. Disponível em: <https://legal.un.org/avl/ha/crefaa/crefaa.html>. Acesso em: 22 de out. de 2022.

homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. A Convenção de Nova Iorque traz diversos benefícios, dentre os quais a facilitação da confiança nas relações jurídicas comerciais internacionais, ao criar um ambiente jurídico estável e previsível, simplificando o procedimento de homologação de sentenças arbitrais.

1. **A Convenção de Nova Iorque e a Inter-relação com o Direito brasileiro**

Torna-se cada vez mais difícil a regulamentação estatal de aspectos econômicos de forma desvinculada do cenário mundial. Como consequência, há um esforço da comunidade internacional para elaboração de tratados que criam parâmetros com a finalidade de harmonizar o tratamento jurídico nas transações internacionais e na jurisprudência dos diferentes tribunais e câmaras arbitrais de cada país, gerando maior segurança jurídica às relações empresariais, aos investimentos estrangeiros, de forma a contribuir para o progresso socioeconômico.

Nessa perspectiva, a Convenção de Nova Iorque é um dos tratados multilaterais de maior êxito no campo da arbitragem cível e comercial. A convenção foi ratificada e inserida no ordenamento jurídico por 169 (cento e sessenta e nove) Estados, dentre eles o Brasil. A essa Convenção é atribuída uma das principais razões para que a arbitragem internacional tenha chegado às proporções atuais e alcançado números tão expressivos, especialmente em disputas decorrentes do comércio internacional.

Em suma, a Convenção de Nova Iorque teve como objetivo assegurar que (i) as cláusulas e convenções arbitrais celebradas entre as partes sejam respeitadas; e (ii) as sentenças arbitrais estrangeiras sejam homologadas.

Ainda que o principal objetivo da Convenção seja reduzir os óbices à homologação dos laudos arbitrais estrangeiros, o artigo V(1) prevê cinco hipóteses nas quais as cortes locais podem rejeitar o pedido:

“a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

- b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou
- c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou
- d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou
- e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.”

Ainda, o parágrafo 2 do artigo V prevê, adicionalmente, duas exceções, que são referentes à violação da ordem pública e da soberania do país no qual se pede a homologação. Assim, quando em relação ao mérito ou a aspectos formais a sentença arbitral fere a soberania ou a ordem pública, é permitido à jurisdição local rejeitar o pedido de homologação do laudo arbitral estrangeiro.

Assim, a Convenção busca encorajar o comércio internacional, garantindo um processo neutro, imparcial e eficiente de resolução de disputas destinado a operar num cenário transfronteiriço, aumentando a confiança em contratos e na arbitragem como instituto de resolução de disputas. A esse respeito, o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, se manifestou em 1998, por ocasião do aniversário de 40 (quarenta) anos da Convenção:

“Este instrumento pioneiro possui muitas virtudes. Ele nutriu o respeito por compromissos vinculativos, quer eles tenham sido firmados entre entidades privadas ou entre governos. Ele inspirou confiança no Estado de direito. E ele ajudou a garantir tratamento justo quando surgem

disputas acerca de direitos e obrigações contratuais. (...) O comércio internacional prospera com o Estado de direito, sem ele, as partes de um contrato frequentemente relutam em entrar em transações comerciais transnacionais ou fazer investimentos internacionais.” (tradução nossa)⁸³

Apesar disso, a Convenção de Nova Iorque apenas foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2002, por meio do Decreto nº 4.311/2002. Esse fenômeno é atribuído, em grande parte, à resistência por parte da doutrina brasileira, em especial de Clóvis Beviláqua, que ainda era muito ligada ao Protocolo de Genebra de 1923. Isso porque havia forte oposição doutrinária quanto à natureza jurídica das sentenças arbitrais. Conforme o entendimento que predominava à época, os laudos arbitrais estrangeiros, antes de serem homologados pelo Judiciário brasileiro eram equivalentes a contratos, traduzindo uma mera transação entre as partes⁸⁴. Esse posicionamento é resquício da teoria doutrinária segundo a qual o tribunal arbitral não possui jurisdição (ao menos não no sentido de “jurisdição estatal” que usualmente se lhe atribui), já que seu poder tem origem na vontade das partes.⁸⁵

Embora inicialmente rechaçada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a Convenção de Nova Iorque voltou a ser objeto de debate no Brasil na década de 1990, com a remessa ao Congresso Nacional da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial no ano de 1996 e com a edição da Lei de Arbitragem, em 1996, reconhecidos esforços para a modernização do direito arbitral brasileiro.

⁸³ Kofi Annan, “Opening address commemorating the successful conclusion of the 1958 United Nations Conference on International Commercial Arbitration,” in *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention – Experience and Prospects*, 1 (United Nations 1999).

No original: “This landmark instrument has many virtues. It has nourished respect for binding commitments, whether they have been entered into by private parties or governments. It has inspired confidence in the rule of law. And it has helped ensure fair treatment when disputes arise over contractual rights and obligations. (...) International trade thrives on the rule of law: without it parties are often reluctant to enter into cross border commercial transactions or make international investments.

⁸⁴ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978. V. III p. 217.

⁸⁵ VILLELA, Álvaro da Costa Machado, *O direito internacional privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921, p. 512.

A partir disso, as sentenças arbitrais internacionais deixaram de ser vistas como contratos e alcançaram o status de decisões judiciais⁸⁶, não sendo mais exigido o procedimento de duplo *exequatur*, por meio do qual o laudo arbitral primeiro adquiria força de decisão judicial e depois era homologado.

Mais uma inovação trazida pela Convenção foi alteração do ônus probatório, competindo à requerente apenas juntar clausula compromissória válida e sentença arbitral transitada em julgado. Assim, compete à parte requerida demonstrar qualquer invalidade. Anteriormente, cabia à parte requerente fazer prova negativa de que inexistem vícios no laudo cuja homologação se pretende.

Adicionalmente, a Convenção de Nova Iorque requer apenas que a arbitragem esteja em conformidade com o acordo firmado entre as partes ou com a lei do país de sede do tribunal, garantindo maior flexibilidade ao procedimento arbitral⁸⁷. Quanto a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96) faz referência direta às convenções e aos tratados internacionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e que disciplinam a homologação de sentença arbitral estrangeira.

Neste sentido, Francisco José Cahali⁸⁸ sustenta que o texto do artigo 34, da Lei de Arbitragem, é ao mesmo tempo conservador e inovador ao dispor que:

“A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.”

É conservador porque manteve a necessidade de homologação da sentença para que seja eficaz no Brasil. É inovadora porque faz referência aos tratados de direito internacional sobre a matéria, que prevalece sobre a legislação interna⁸⁹.

⁸⁶ ARAÚJO, Nadia de, *Direito internacional privado – teoria e prática brasileira*, 9ª ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 414.

⁸⁷ Em contrapartida, a Convenção de Genebra exigia que o procedimento estivesse de acordo, cumulativamente, com a convenção entre as partes e com a lei do país de sede

⁸⁸ CAHALI, Francisco José *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*, 8ª ed., São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 496

⁸⁹ *Ibid*

Além da Lei de Arbitragem e da Convenção de Nova Iorque, o procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira também é regulado pelos artigos 960 a 965, do Código de Processo Civil e pelas disposições dos artigos 216-A a 216-X e artigo 67, incisos XXXI e XXXII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para processar e homologar laudos arbitrais estrangeiros.

Uma vez submetida a sentença ou decisão que se pretende homologar perante o STJ, a Corte Especial, composta por 15 (quinze) ministros, realiza juízo de deliberação, que consiste na análise dos requisitos formais previstos em lei pela decisão a ser homologada. A análise do mérito da decisão é superficial e limitada a identificar se o conteúdo material fere a ordem pública ou postulados fundamentais do sistema jurídico do país em que se pretende homologar a decisão⁹⁰.

O limite do juízo feito no procedimento de deliberação está, então, delimitado ao rol taxativo de questões estipuladas pela legislação. Esse sistema também é o acolhido pela Convenção de Nova Iorque.

A Convenção prevê em seu artigo IV(1) os documentos que devem instruir o pedido de homologação, quais sejam: (a) a sentença original devidamente autenticada ou cópia devidamente certificada; e (b) comprovação da cláusula ou compromisso arbitral assinado pelas partes. Segundo o arcabouço legal da Convenção, os países devem se abster de criar requisitos adicionais para a homologação.

A despeito disso, o ordenamento jurídico brasileiro estipula que o pedido de homologação deve preencher os requisitos da petição inicial previstos no art. 319, do Código de Processo Civil. Além disso, o art. 216-D do RISTJ estipula mais três requisitos que devem ser observados para homologação: (a) a decisão deve ter sido proferida por autoridade competente; (b) a comprovação da citação regular das partes ou que tenha sido certificada a revelia no procedimento arbitral de origem; e (c) que a decisão tenha transitado em julgado.

A criação de óbices adicionais à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pela legislação brasileira, em certa medida, gera insegurança jurídica. Isso porque, uma das vantagens da aplicação da lei modelo da Convenção de Nova Iorque e dos diversos tratados multilaterais dos quais o Brasil é signatário,

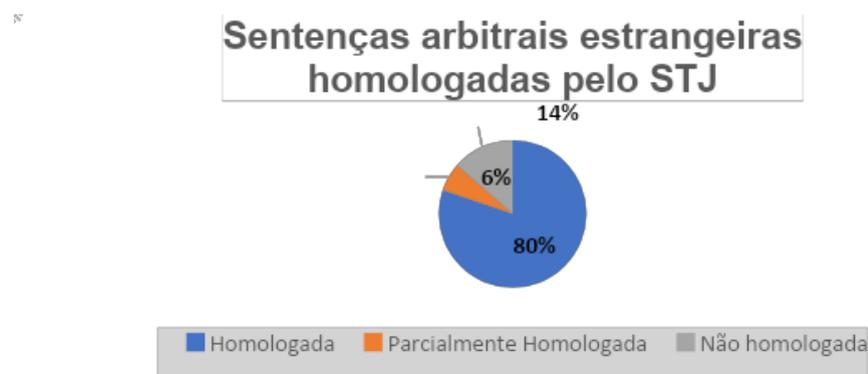
⁹⁰ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 24

como a Convenção de Las Lenãs, é permitir maior previsibilidade acerca do sistema de homologação e simplificar o respectivo procedimento.

Ao se analisarem julgados do STJ acerca da homologação de sentença estrangeira, percebe-se que eles raramente mencionam a Convenção de Nova Iorque, dando preferência à legislação nacional brasileira⁹¹, o que contrasta com o artigo 34, da Lei de Arbitragem e artigo 960, § 3º, do CPC, uma vez que ambos preceituam que devem ser aplicadas as Convenções internacionais, que regulam o tema de forma mais específica do que a legislação nacional, mais genérica.

Essa postura do judiciário brasileiro é criticada pelo professor Albert Jan van den Berg visto que uma das principais propostas da Convenção é a existência de lei modelo que seja aplicável a todos os respectivos signatários⁹².

A despeito disso, pode-se concluir que a grande maioria das sentenças arbitrais estrangeiras é homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Até 2022, apenas 14% dos pedidos de homologação foram rejeitados pela Corte Especial, contrastando com 86% de pedidos de homologação deferidos, sendo 80% das decisões integralmente homologadas e 6% parcialmente homologadas:



É com base nesse panorama fático-jurídico que se passa analisar um dos casos mais emblemáticos em que o pedido de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras foi rejeitado, como ocorreu com a Sentença Estrangeira Contestada n.º 5782.

⁹¹ ARAÚJO, Nadia de *A aplicação da Convenção de Nova Iorque no processo de reconhecimento de sentenças* in : WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira *25 anos da lei de arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021 – p. 62.

⁹² BERG, Albert Jan van den. *Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards*. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf>

2. **Sentença Estrangeira Contestada nº 5782**

Em 2015, o STJ enfrentou pela primeira vez o pedido de homologação de uma sentença arbitral estrangeira que foi anulada no país de origem.

Naqueles autos, a empresa EDF International S.A. – EDFI S.A. requereu a homologação de sentença arbitral estrangeira proferida por tribunal arbitral com sede na Argentina em desfavor das empresas Endesa Latinoamérica S.A. e YPF S.A. Essa sentença arbitral foi anulada em procedimento conduzido perante a Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires, sob o fundamento de que o laudo arbitral havia sido proferido fora dos limites da convenção de arbitragem uma vez que não se baseou no direito material argentino, conforme estipulado pelas partes.

Anteriormente ao pedido de homologação no Brasil, a requerente havia pleiteado a mesma medida perante a Corte Distrital de Delaware, nos Estados Unidos, no Chile e na Espanha, onde também foi denegado.

Nesse caso em específico, o Superior Tribunal de Justiça indicou os tratados e convenções internacionais, fazendo menção expressa à Convenção de Nova Iorque, à Convenção do Panamá e ao Protocolo de Las Leñas além da Lei de Arbitragem e do Regimento interno do STJ como base para rejeitar o pedido de homologação.

Ao fazer referência aos instrumentos legais supramencionados, o STJ destacou que é imprescindível que a sentença estrangeira tenha a força da coisa julgada para que possa ser homologada no Brasil. Isso porque, para que uma sentença arbitral seja reconhecida em outro país é imprescindível a presença dos pressupostos de existência e validade no país onde foi proferida.

Segundo o acórdão se eficácia foi impedida por julgamento proferido no judiciário da sede do tribunal arbitral, em razão do reconhecimento de sua nulidade, não cabe pedido de homologação no judiciário brasileiro.

No voto condutor do acórdão do STJ, o Ministro Relator Jorge Mussi ressaltou, ainda, que o procedimento homologatório apenas confere eficácia à sentença estrangeira arbitral no país onde se postula a homologação, não sendo capaz de sanar eventuais vícios que a tornem inválida, como, por exemplo, sua anulação no país de origem.

Neste sentido, é relevante a comparação feita por Luiz Olavo Baptista:

“O processo de recepção do direito estrangeiro por um sistema jurídico pode ser comparado ao da reação de um organismo ao implante cirúrgico de um órgão proveniente de outro corpo. Problemas de compatibilidade, de qualidade e imunológicos operam com base numa mecânica similar à da admissão de uma decisão proferida fora da esfera de soberania do Estado, ou seja, são elementos estranhos que precisam ser compatíveis com o sistema que os colhe, equivalentes à ideia de utilização da sentença estrangeira, tais sentenças sendo fruto da ação soberana de outro estado, ou produzida sob a égide de suas leis.”⁹³

No caso analisado, a importância e o papel atribuídos por esse julgado do STJ às convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário contribuiu para que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça esteja em conformidade com a jurisprudência e doutrina internacional majoritárias. Essa decisão chama atenção por destoar de outros precedentes do STJ, por prestigiar e fazer menção expressa à Convenção de Nova Iorque.

Conforme anteriormente explicitado, isso contribui para garantir maior segurança jurídica à ordem jurídica brasileira e à prática da arbitragem como um todo, servindo, inclusive, para fomentar um ambiente mais atraente aos investimentos estrangeiros, além de conferir mais credibilidade à arbitragem como meio adequado de solução de conflitos.

Conclusão

A Convenção de Nova Iorque é um dos tratados internacionais com maior número de signatários, contando com a adesão de 169 (cento e sessenta e nove) países⁹⁴, demonstrando sua efetividade em garantir maior estabilidade e segurança jurídica, reduzindo os riscos para as partes de um contrato de comércio internacional. Atualmente, é considerado um dos grandes catalizadores da expansão do comércio internacional.

⁹³ BAPTISTA, Luiz Olavo, *Arbitragem comercial e internacional*, P. 281

⁹⁴ NEW YORK ARBITRATION CONVENTION, New York Convention, 2022. List of Contracting States. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>. Acesso em 22 de out. de 2022.

Diante deste cenário, conclui-se que apesar da referência da Lei de Arbitragem e do artigo 13 do Código de Processo Civil à Convenção de Nova Iorque, o STJ costuma aplicar majoritariamente a legislação nacional, ainda que isso não acarrete um aumento substancial do número de decisões que não homologam sentenças arbitrais.

De toda forma, uma vez que tanto a Lei de Arbitragem quanto o Decreto 4311/02 que aprovou a Convenção de Nova Iorque têm *status* de Lei Federal, defende-se que seja priorizada a aplicação da Convenção especificamente no procedimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras (que constituiu o cerne do seu objeto), uma vez que prevalece, nessa hipótese, o critério da especialidade da lei.

Ademais, a aplicação prioritária da Convenção de Nova Iorque fará com que a jurisprudência brasileira esteja em conformidade com a jurisprudência internacional sobre a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Isso cria um ambiente mais favorável para recebimento de investimentos estrangeiros e ao estreitamento das relações comerciais entre países diante da previsibilidade dos requisitos e das decisões que serão proferidas caso seja solicitada a homologação de decisão arbitral estrangeira, no STJ.

Referências Bibliográficas

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 24

ARAÚJO, Nadia de *A aplicação da Convenção de Nova Iorque no processo de reconhecimento de sentenças in* : WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira *25 anos da lei de arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021 – p. 62.

ARAÚJO, Nadia de, *Direito internacional privado – teoria e prática brasileira*, 9ª ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 414.

BAPTISTA, Luiz Olavo, *Arbitragem comercial e internacional*, P. 281

BERG, Albert Jan Van den. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*, 2008. Disponível em:

<https://legal.un.org/avl/ha/crefaa/crefaa.html>. Acesso em: 22 de out. de 2022.

BERG, Albert Jan van den. *Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards*. Disponível

em:<http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf

CAHALI, Francisco José *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*, 8ª ed., São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 496

Kofi Annan, "Opening address commemorating the successful conclusion of the 1958 United Nations Conference on International Commercial Arbitration," *in Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention – Experience and Prospects*, 1 (United Nations 1999).

NEW YORK ARBITRATION CONVENTION, New York Convention, 2022. List of Contracting States. Disponível em:

<https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>. Acesso em 22 de out. de 2022.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978. V. III p. 217.

VILLELA, Álvaro da Costa Machado, *O direito internacional privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921, p. 512.

A VINCULAÇÃO DE NÃO SIGNATÁRIOS À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: UMA PERSPECTIVA PRAGMÁTICA SOBRE OS VALORES EM JOGO

Guilherme Enrique Malosso Quintana

Bacharel e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *Master of Laws* (LL.M) *candidate* pela Universidade da Califórnia, Berkeley. Advogado em São Paulo. Sócio de Manassero Campello Advogados.

Gregory Terry Ubillús

Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Membro do CBAr, YAF da CCI, YIAG e LCIA. Advogado em São Paulo. Associado de Manassero Campello Advogados.

Sumário

I) Um gargalo sistemático – má-fé e limites do sistema arbitral; II) A experiência brasileira na extensão da cláusula compromissória a não signatários; II.a) O entendimento do Superior Tribunal de Justiça; II.b) O entendimento dos tribunais estaduais III) Conclusão – *better right than consistent?*⁹⁵

I. Um gargalo sistemático – má-fé e limites do sistema arbitral

⁹⁵Artigo originalmente publicado na obra “Arbitragem e Processo” – Homenagem ao Professor Carlos Alberto Carmona – Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2022, pp.587-605. Organizado por MACHADO FILHO, José Augusto Bittencourt; QUINTANA, Guilherme Enrique Malosso; RAMOS, Gustavo Gonzalez; BAQUEDANO, Luís Felipe; BIOZA, Daniel Mendes; PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes;

A vinculação de não signatários à convenção de arbitragem é há muito problematizada – dentro⁹⁶ e fora⁹⁷ do Brasil – em torno da importância e do conteúdo da expressão da vontade dos contratantes⁹⁸. Tornou-se senso comum a ideia de que a vinculação de não signatários deve partir de uma investigação em torno do *consentimento* daquele que não manifestou por escrito a vontade de obrigar-se pelo negócio jurídico processual disciplinado no artigo 4º da Lei de Arbitragem.

Na fórmula largamente conhecida, vincular não signatários – ou “estender” a convenção arbitral – seria decidir se a substância deve prevalecer sobre a forma, concretizando a força vinculante de uma obrigação assumida, ao se determinar os reais envolvidos nas manifestações de vontade das quais derivada⁹⁹.

A prática, entretanto, revela que os operadores do direito possuem bastante dificuldade em juntar *lé com cré*¹⁰⁰ na operacionalização das várias teorias e valores que gravitam em torno do tema e acabam, mais das vezes, trazendo complexidade excessiva ao que deveria ser bastante simples – o que

⁹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e Terceiros – Litisconsórcio fora do Pacto Arbitral. Outras Intervenções de Terceiros. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (coord.) Reflexões sobre arbitragem. São Paulo, LTr, 2002, pp. 252-253. No mesmo sentido, WALD, Arnoldo, A Arbitragem, os Grupos Societários e os Conjuntos de Contratos Conexos, pp. 49-51. Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 1, vol. 2, maio-agosto 2004; GUERREIRO, Luiz Fernando. Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral, 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014, pp. 133-154; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias no direito societário, pp. 1-16; BENETI, Ana Carolina; BARALDI, Eliana; CUNHA, Elina. Extensão dos Efeitos da Cláusula Compromissória a Partes não signatárias. Arbitragem e Mediação – Temas Controvertidos. pp. 1-15; e GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. Extensão objetiva da cláusula arbitral. Revista Brasileira de Arbitragem, ano XI, n. 43, jul./ago./set. 2014.

⁹⁷ GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, para. 500ff.; HANOTIAU, Bernard. *L'arbitrage et les groupes de sociétés* Gaz. Pal. (18/19 December 2002); REDFERN, Alan.; HUNTER, Martin. Law and Practice of International Arbitration, 4th ed. Sweet & Maxwell, 2004) pp. 148-152; SANDROCK, Otto. *'Arbitration Agreements and Groups of Companies'* In.: Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 625; SENTNER, James Jr, *'Who is Bound by Arbitration Agreements? Enforcement by and Against Non-Signatories.'* Business Law International vol. 6/no. 1 (January 2005); e CLAY, Thomas. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. Revista Brasileira de Arbitragem e Mediação, n. 9, abril-junho, 2006, p. 120-133.

⁹⁸ Até porque, na prática, “[a]n arbitration agreement only applies to the disputes that fall within its scope (*rationae materiae*) and in relation to the persons who may be considered to be parties to the arbitration agreement (*rationae personae*)” in: HANOTIAU, Bernard. *Non-signatories, groups of companies and groups of contracts in selected Asian Countries: a case law analysis.* Journal of International Arbitration, Kluwer Law International; Kluwer Law International, v. 32, n. 6, p. 571, 2015.

⁹⁹ No mesmo sentido, veja-se: Canada No. 2016-1, *Depo Traffic Facilities (Kunshan) Co. v. Vikeda International Logistics and Automotive Supply Ltd.*, Superior Court of Justice, Ontario, Case No. CV-13-483322, 18 February 2015 in Albert Jan van den Berg (Ed.). Yearbook Commercial Arbitration, v. 41, Kluwer Law International 2016); *E. Holding v Z Ltd., Mr. G. and others, Final Award*, 24 August 2010, ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage.

¹⁰⁰ Para usar uma das expressões habituais de nosso homenageado.

pouco contribui para uma decisão (ou avaliação de riscos). Resultado disso é que, ao menos no Brasil, as decisões sobre a vinculação de não signatários acabam sendo tomadas sem profundidade, consistência ou rigor teórico que permitam inferir regras¹⁰¹ razoavelmente claras, lançando os operadores em um alargado (e, quiçá, inevitável) casuísmo.

Entendemos que a análise da questão sob uma perspectiva bastante simplificada – proposta neste artigo – possa ser útil para identificar, no caso concreto, quais as circunstâncias e valores que devem ser polarizados e ponderados para se alcançar uma decisão sobre a vinculação de terceiros à convenção de arbitragem. Para tanto, apresentamos um recorte de precedentes nacionais que entendemos bastante ilustrativos, a partir dos quais é possível inferir uma tensão subjacente a todas as discussões sobre extensão da cláusula compromissória, qual seja: a garantia de acesso ao Poder Judiciário (e todas as regras formais estruturadas para sua defesa) vs. a necessidade de repressão de comportamentos maliciosos (imperativo de justiça ínsito ao próprio conceito de Direito).

De um lado, a garantia de acesso ao Judiciário é tida como questão de Ordem Pública. Desta premissa se deriva a constatação de que o consentimento é a única maneira de validamente vincular alguém à arbitragem – instituto que afasta a jurisdição do Estado para a decisão sobre o mérito¹⁰² de controvérsias. Também desta mesma premissa são derivadas as posições sobre as formas de manifestação e aferição do consentimento, que vão desde (i) posições mais permissivas, que, em nosso sentir, podem trazer perigosa insegurança jurídica, passando por (ii) posições que buscam formalidades justificáveis à luz de situações concretas, até (iii) posições que se atém a formalismos capazes de cancelar situações antijurídicas (injustas).

Por outro lado, a necessidade de estender a convenção de arbitragem surge como forma de impedir a eficácia de comportamentos maliciosos. A necessidade de discutir a vinculação de não signatários surge,

¹⁰¹ “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” In.: ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 193.

¹⁰² A arbitragem não escapa do controle formal do Judiciário (anulatórias), tampouco da necessidade da *coertio* estatal, exclusivamente aplicada por este último para efetivação das decisões arbitrais (execuções *lato sensu*, incluindo efetivação de tutelas de urgência).

essencialmente, quando a boa-fé – “*um dos grandes pressupostos da opção arbitral*”¹⁰³ – deixa de ser observada pelas partes litigantes. A discussão vem à tona quando, eclodido o litígio, tenta-se “fugir” da arbitragem pactuada¹⁰⁴ ou vincular à arbitragem parte estranha à relação jurídico-obrigacional litigiosa, com quem não há qualquer tipo de vínculo.

Não hesitamos, para o propósito do reducionismo aqui proposto, em considerar que o suporte fático das discussões sobre vinculação de não signatários, em alguma medida, pode ser enquadrado em situações de má-fé. Ao menos em um conceito *lato*, considerando-se que, mesmo em situações de dúvida razoável sobre a extensão subjetiva de convenções arbitrais, litigantes imbuídos de boa-fé *tenderiam* a um consenso sobre a forma de solucionar suas disputas – seja pela via estatal ou mesmo arbitral. Tal abstração generalizante se confirma pela análise casuística, que, no mais das vezes, acaba se valendo da análise do comportamento (malicioso ou não) dos litigantes como fundamento para vinculação de não signatários.

Em um recorte bastante pragmático¹⁰⁵, na tentativa de enfrentar este gargalo do sistema arbitral e facilitar a *decidibilidade* em situações concretas, sem qualquer rigorismo científico e dentro de uma perspectiva tecnológica do saber jurídico¹⁰⁶, expomos, nas páginas que seguem, como uma

¹⁰³ Ampliamos, aqui, as acertadas críticas do Professor Cândido Rangel Dinamarco à permissibilidade em matéria de anulação de sentenças arbitrais, por entendermos que tais ponderações são também aplicáveis à má-fé das partes litigantes a qualquer modo de frustração da convenção arbitral: “Essa abertura atingiria também, na alma, um dos grandes pressupostos da opção arbitral, que é a boa-fé dos litigantes, que deve levá-los a resignar-se com os azares de uma decisão previamente aceita mediante o compromisso que celebraram”. In.: DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 43-44.

¹⁰⁴ Novamente, as lições do Professor Cândido Rangel Dinamarco, também perfeitamente aplicáveis ao tema em voga: “Pondero a respeito, com Piero Pajardi, que ‘a arbitragem é uma coisa muito séria, mas um dos fatores que tendem a reduzir sua seriedade é constituído precisamente pelo comportamento pessoal das partes e de seus defensores. Feito o compromisso ou aprovada a cláusula, registra-se uma ampla e intensa tendência a fugir da arbitragem, quase como sujeitos arrependidos de ter ousado tanto. E toso os meios são bons, inclusive a tentativa de alargar ilimitadamente as impugnações por invalidade’. Essa severíssima advertência deve levar o intérprete e o juiz a acautelarem-se contra soluções muito ampliadas e contra a ilusão de que o controle jurisdicional pelo Estado fosse um monopólio capaz de neutralizar as soluções concertadas pelo ajuste de vontades. Alargar tanto o controle estatal implicaria comprometer a própria arbitragem como instituição que a cultura dos povos modernos tende a incrementar” (Idem, p. 56).

¹⁰⁵ Também por influência do homenageado.

¹⁰⁶ “Nesse sentido, podemos observar que, em sua transformação histórica, o saber jurídico foi tenso alterado o seu estatuto teórico. De saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana, foi atingindo as formas próximas do que se poderia chamar hoje de saber tecnológico. Na verdade, a chamada ciência (dogmática) do direito, sendo uma sistematização do ordenamento e sua interpretação, suas “teorias” chamadas, no conjunto, de “doutrina”, são antes complexos argumentativos, não teoria no sentido zetético, isto é, sistema de proposições descritivas que, de um lado, compõe um conjunto lógico de sistemas primitivos, não observáveis (como, por exemplo, nêutron, elétron) e, de outro, um conjunto de regras que permitem interpretar empiricamente,

ponderação entre a garantia de acesso ao Poder Judiciário e a necessidade de repressão da má-fé acabam sendo a tônica da experiência prática, ainda que os precedentes existentes não tenham feito referência a essa ponderação de valores de forma explícita.

II. A experiência brasileira na extensão da cláusula compromissória a não signatários

A validade da própria arbitragem e o possível conflito entre a eficácia negativa da convenção arbitral com a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário foi objeto de intenso debate, que perdurou por anos¹⁰⁷. O teste de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, à luz da interpretação dada ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, acabou sendo – até segunda ordem – pacificado apenas a partir do julgamento do agravo regimental na homologação da Sentença Arbitral Estrangeira nº 5.206-8/246¹⁰⁸, pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), em 12.12.2001.

relacionando a fenômenos observáveis os termos não observáveis (cf. *Suppes*, 1967). Ao contrário dessas, quando o jurista discute temas como a ‘nulidade das sentenças’, a ‘natureza jurídica das convenções coletivas’, os ‘efeitos jurídicos da aparência de direito’, suas teorias (doutrinas) constituem, na verdade, um corpo de fórmulas persuasivas que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a decidibilidade de possíveis conflitos”. In.: FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 84-85.

¹⁰⁷ “Constitui erro grosseiro de direito dizer-se que a Constituição [referindo-se ao texto elaborado a partir da Emenda Constitucional 1/1969] - 'proibiu o juízo arbitral', quando, no art. 153, § 4.º, declara que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual. Nem a Constituição atual nem as que a antecederam contém essa proibição. Ao juízo arbitral podem recorrer as partes, se o preferirem à jurisdição estatal, para a solução de suas controvérsias. O que as Constituições não admitem, nem toleram, é que os indivíduos e pessoas, ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, porque a lei tenha fechado esse caminho. Ao prever o juízo arbitral e ao discipliná-lo, não está a lei excluindo a lesão ao direito individual, ou pessoal, de apreciação do Poder Judiciário. Está, apenas, oferecendo mais um meio - facultativo - de acertarem suas relações”. In.: BARROS, Hamilton de Moraes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. Forense, 1976. vol. IX, pp. 377-378.

¹⁰⁸ STF, SE-Agr nº 5.206, *Reino de Espanha - MBV v. Resil*, dj. 12.12.2001, em que prevaleceu o entendimento, por maioria (Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso) de que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que concretize a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não resultam em violação ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. A posição vencida, do Min. Sepúlveda Pertence, seguida pelos Ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, foi no sentido de que “[s]e ao juiz é dado suprir com a sentença a manifestação final da vontade da parte recalcitrante, em relação àquilo que já esteja previamente avençado, não lhe é lícito, contudo, substituir a vontade dela pela sua própria, regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar” (fl. 22 do voto do Min. Sepúlveda Pertence)

Ao final do debate sobre as possíveis implicações (e consequente inconstitucionalidade) da Lei Brasileira de Arbitragem¹⁰⁹, afortunadamente¹¹⁰ prevaleceu o entendimento de que (i) a exequibilidade da convenção arbitral com a qual houve prévio consentimento consistiria em concretizar a vontade da parte em submeter-se à arbitragem – e não substituí-la¹¹¹; e (ii) a renúncia à jurisdição do Estado em detrimento da jurisdição arbitral não implica qualquer tipo de violação ao direito de ação ou de denegação de acesso à Justiça.

Passados cerca de vinte anos de tal julgamento, mantêm-se o entendimento de que o livre exercício da autonomia privada (consentimento) é o elemento legitimador da arbitragem, enquanto forma adequada de resolução de disputas¹¹². A elasticidade das noções de consentimento é o parâmetro que informa as posições mais restritivas – que privilegia a garantia de acesso ao Poder Judiciário – e as mais permissivas – repressão ao que aqui definimos como má-fé – nas decisões sobre vinculação de não signatários.

A jurisprudência brasileira ainda é incipiente e há poucas situações em que o assunto foi diretamente enfrentado por nossos tribunais – em nosso

¹⁰⁹ Notadamente de seus artigos 6º, parágrafo único, 7º (em todos os seus incisos), e 41.

¹¹⁰ Aqui fazemos a menção ao debate entre , Maurício Almeida Prado, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, promovido pelo Canal de Arbitragem, em 20.10.2021, em que nosso homenageado, com a perspicácia que lhe é característica, expôs: “[P]ara minha completa decepção, ele acha que tem quatro artigos que são inconstitucionais, entre eles justamente os artigos que tratam da eficácia da cláusula compromissória... o que, se fosse realmente referendado pelos demais ministros, simplesmente acabaria com a arbitragem no Brasil! Um dos pilares da arbitragem no Brasil é justamente a eficácia da cláusula compromissória [tal como prevista em lei]” (do minuto 24:50 em diante) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=d_1CIM_kSqc&t=1737s (acesso em 11.11.2021).

¹¹¹ Ao comentar sobre o artigo 5º, inciso XXXV, a noção de que o Estado possui o monopólio da jurisdição e à coadunação da arbitragem, por força do livre exercício da autonomia privada, o ex-ministro Sidnei Beneti expõe que “[é] preciso não extrair das palavras do texto constitucional mais do que ele efetivamente diz, com o resultado de fulminar toda e qualquer possibilidade de utilização larga dos meios alternativos de solução de conflitos. Não se pode, na matéria, usar da interpretação extensiva, nem restritiva, senão da interpretação estrita. A extensão da previsão constitucional significaria nada mais nada menos que suprimir princípio que nem mesmo precisa ser constitucional para situar-se na órbita da intangibilidade: o princípio da autonomia da vontade. Este permite que os cidadãos envolvidos em dissensões a respeito de seus direitos resolvam-nas por si sós, sem a intervenção do Estado. Daí se segue que podem, por vontade autônoma, buscar o auxílio de outrem para o encaminhamento das vontades no sentido do ajuste, nem que seja mediante a aceitação, como própria, da vontade de interveniente neutro, que lhes solucione o conflito”. In.: BENETI, Sidnei, Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e Constitucionalidade. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 6/2014, p. 337 – 358, Set/2014.

¹¹² Como ensina, inclusive, nosso homenageado: “[o] efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial. (...) [tendo em vista que] jurisdição do árbitro está naturalmente limitada pela convenção arbitral (objetiva e subjetivamente), de forma que seria inadmissível (e ineficaz) a decisão do árbitro que envolvesse na arbitragem terceiro que não lhe outorgou jurisdição”. In. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo, Ed. Atlas, 2009, pp.102-104.

sentir, sem apego a rigor técnico e às teorias utilizadas no direito estrangeiro (que a doutrina brasileira parece ter tentado tropicalizar). Diante do extremo casuísmo que informa nossa jurisprudência, selecionamos, a seguir, precedentes que permitem inferir a ponderação de valores que, na prática, parece ser a única constante a nortear nosso corpo de decisões a respeito do assunto.

a. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Nas situações em que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) enfrentou a possibilidade de homologação de sentenças arbitrais que estenderam os efeitos da convenção arbitral a terceiros não signatários, o fiel da balança tradicionalmente pendeu para a valorização da formalidade¹¹³ em detrimento da substância, permitindo-se a superação da forma apenas nos casos em que não havia resistência do não signatário em participar da arbitragem.

Talvez por uma maior familiaridade com a arbitragem realizada fora do Brasil, apenas mais recentemente houve precedente favorável à homologação de sentenças estrangeiras em que se pretendeu a extensão forçada da cláusula arbitral (isto é, o terceiro não signatário se opôs à convenção de arbitragem e resistiu à sua vinculação). A evolução jurisprudencial é ilustrada em quatro decisões: (i) SEC nº 856¹¹⁴; (ii) SEC 866¹¹⁵, (iii) SEC nº 967¹¹⁶; e (iv) SEC 14.930-EX¹¹⁷.

Quando o assunto é discutido à luz de sentenças arbitrais domésticas, observa-se uma postura mais flexível do STJ sobre parâmetros para extensão da cláusula compromissória, como ilustram os dois precedentes abaixo selecionados: (i) AgRg na MC no REsp nº 24.815¹¹⁸; e (ii) REsp nº 1.727.979¹¹⁹.

No caso da Sentença Estrangeira Contestada de nº 856, a Corte Especial (“Corte”)¹²⁰, por unanimidade, convalidou a extensão da convenção

¹¹³ Na acepção garantista, apegada à uma interpretação restritiva da lei, que definimos no capítulo anterior.

¹¹⁴ STJ, SEC nº 856, Grã-Bretanha, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 18.05.2005, d. 27.06.2005.

¹¹⁵ STJ, SEC nº 866, Grã-Bretanha, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 17.05.2006, dj. 16.10.2006.

¹¹⁶ STJ, SEC nº 967, Grã-Bretanha, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 15.02.2006, dj.20.03.2006.

¹¹⁷ STJ, SEC nº 14.930, Estados Unidos da América, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 15.05.2019, dj. 27.06.2019.

¹¹⁸ STJ, AgRg em MC nº 24.815, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, dj. 06.10.2015

¹¹⁹ STJ, REsp nº 1.727.979, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, dj. 19.06.2018

¹²⁰ Que autorizou a produção de efeitos de sentença arbitral estrangeira que estendeu a convenção arbitral a terceiro não signatário.

arbitral, ao considerar que a ausência de cláusula compromissória assinada¹²¹ poderia ser suplantada pela participação ativa do não signatário na arbitragem, sem objeção à jurisdição do tribunal arbitral¹²². Adicionalmente à participação sem objeção no procedimento, a Corte considerou a existência de adimplemento parcial do contrato verbal celebrado, o que implicaria acordo quanto à forma de resolução de disputas, ainda que de modo não expresso¹²³. Sem resistência do não signatário, não houve, portanto, problema em analisar o consentimento à luz das circunstâncias materiais e do corolário da boa-fé objetiva, relativizando qualquer interpretação mais formal e privilegiando uma interpretação alargada para aferição do consentimento¹²⁴.

Situação substancialmente diferente foi enfrentada no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 866¹²⁵, relativo ao pedido de homologação de decisão em que um não signatário fora vinculado de modo forçado à convenção arbitral. Diante da recalcitrância do não signatário, a decisão da Corte pendeu para a formalidade e foi no sentido de que a competência do juízo prolator da decisão homologanda estaria condicionada à apresentação de documento comprobatório do consentimento, sob pena de ofensa à Ordem Pública nacional¹²⁶ e denegação de acesso ao Poder Judiciário. No caso,

¹²¹ De fato, as partes sequer haviam firmado os contratos sobre os quais versava a disputa.

¹²² “A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação indubitosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória”. (vide nota de rodapé nº 21 *supra*, fl. 16 do Voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito)

¹²³ Nesse sentido, expõe José Emílio Nunes Pinto que “Se, no julgamento da SEC 856, o Superior Tribunal de Justiça veio a conceder o exequatur, fê-lo em razão de ter sido sobejamente demonstrado, no juízo de homologação que, a despeito da inexistência de adesão por Têxtil União à cláusula compromissória, esta aderiu voluntariamente ao procedimento arbitral, tendo praticado todos os atos nele previstos e, sobretudo, por jamais haver apresentado exceção de incompetência do tribunal arbitral formado. Dessa forma, diante de prova de manifestação inequívoca de vontade de Têxtil União de participar do procedimento, o Superior Tribunal de Justiça veio a homologar a sentença arbitral”. In.: PINTO, José Emílio Nunes. Homologação de sentença estrangeira. Descabimento. Ausência de manifestação expressa da parte requerida para eleição do juízo arbitral. Ofensa a princípio de ordem pública. Inexistência de Omissão e Contradição. Correção de erro material. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT 2007, nº 13, pp; 202-203

¹²⁴ “Se o contrato foi parcialmente cumprido, se dos autos consta a indicação precisa de que a parte requerida efetivamente manifestou defesa sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar a instauração do Juízo arbitral, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. Ademais, se a empresa requerida, tomando conhecimento da instauração do Juízo arbitral, não apresentou impugnação sobre a ausência da convenção arbitral, mas, ao contrário, apresentou sua defesa, não se pode negar que houve o reconhecimento da cláusula arbitral”. (vide nota de rodapé nº 22 *supra*, fl. 15 do voto do Min. Relator Carlos Alberto Menezes Direito).

¹²⁵ Em que também a arbitragem foi instaurada a partir de contrato verbal.

¹²⁶ A homologação foi denegada sob o fundamento de que a inexistência de anuência expressa das partes de relação obrigacional celebrada verbalmente quanto à forma de resolução de disputas pela via arbitral implicaria a inexistência de convenção arbitral. Nesse sentido, destacamos o seguinte trecho do julgado: “[d]esta forma, o fato de os contratos firmados entre as partes terem sido

constatou-se que a parte demandada não participou efetivamente da arbitragem cujo resultado pretendia-se homologar (não indicou árbitro e suscitou preliminar de incompetência da jurisdição arbitral)¹²⁷ e, nos autos da homologação, peremptoriamente contestou a existência de qualquer tipo de confirmação à relação contratual.

A recalitrância do terceiro não signatário também foi objeto de análise no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 967¹²⁸. O entendimento da Corte foi, novamente, o de que a ausência de manifestação expressa do demandado, cuja vinculação forçada fora admitida pelo juízo arbitral, representaria risco de ofensa à Ordem Pública interna¹²⁹, em que pese parecer da Procuradoria Geral da República (“PGR”) favorável à homologação da sentença

celebrados verbalmente não impediria, por si só, a estipulação de cláusula compromissória, desde que esta estivesse pactuada de forma expressa e escrita em outro documento referente ao contrato originário ou em correspondência. (...) Com efeito, não há nos autos elementos seguros de que a empresa requerida acordou com a cláusula compromissória, renunciando à jurisdição estatal, o que impõe o reconhecimento da incompetência do juízo arbitral”. No mesmo sentido foi o parecer do Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, que entendeu que “[a] ausência de prova inequívoca da estipulação de cláusula compromissória acaba por causar repercussão decisiva na apreciação da competência do Tribunal Arbitral inglês, segundo as regras do GAFTA, não havendo porque solicitar esta prova quando a própria requerente assume que os contratos foram formalizados verbalmente, onde a corretora da requerente encaminhou, por *telex*, o aceite da negociação, sem que para isso tenha sido assinado ou confirmado pela empresa requerida, não podendo, assim, ter-se como comprovada a convenção de arbitragem”.

¹²⁷ Conforme destaca Luis Fernando Guerrero, “[A] sentença estrangeira não foi homologada porque não existiam elementos seguros de que a parte demandada tinha concordado com a convenção de arbitragem (...) o STJ apresentou seu entendimento sobre a questão [*validade da extensão da cláusula compromissória e possibilidade de homologação*] extraíndo-o corretamente do art. 4º, § 1º da Lei de Arbitragem” In. GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral*, São Paulo, Ed. Atlas, 2ª Ed., 2014, pp. 149-150.

¹²⁸ Cujas homologação havia sido anteriormente denegada pelo STF, no julgamento da SEC nº 6.753-7, de 11.12.2002 (STF, Tribunal Pleno, SEC nº 6.753-7 – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Acórdão de 13.06.2002, dj. 04.10.2002, Ementário nº 2085-2). Ao contrário dos dois primeiros casos supramencionados, aqui havia contrato firmado, porém, o quadro fático era bem próximo do caso anterior: a sociedade (brasileira) contra a qual pretendia-se a execução de sentença no Brasil era terceiro não signatário, que questionava a validade de sua vinculação à arbitragem.

¹²⁹ “Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral. A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia”. Conforme ementa da Sentença Estrangeira Contestada nº 967/GB, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, dj. 20.03.2006.

estrangeira¹³⁰. Adotando uma posição formal-garantista¹³¹, a Corte considerou que a anuência tácita e a participação em atos processuais da arbitragem por sociedade empresária brasileira seriam insuficientes para constatação de sua concordância com vinculação à jurisdição arbitral (estrangeira) e homologação da respectiva sentença¹³².

Por último, no caso da Sentença Estrangeira Contestada nº 14.930-EX, foi autorizada a homologação de sentença arbitral que admitiu a vinculação de segurador não signatário de relação contratual por força da sub-rogação operada perante seu segurado, parte signatária do contrato. O não signatário demandado, apesar de ter assumido a posição contratual da parte originária por força da sub-rogação legal, contestava a extensão da convenção arbitral e os limites da sub-rogação, que estaria restrita ao crédito e às características materiais do contrato – e não à forma de resolução de disputa¹³³.

Este último reflete o posicionamento mais recente do STJ sobre a internalização de decisões proferidas contra não signatários da convenção arbitral e trouxe ainda mais complexidade ao debate por incluir na discussão (i) os parâmetros para conceituação de ofensa à Ordem Pública nacional; e, conseqüentemente, (ii) o limite da análise formal da Corte aos casos cujo pedido de homologação seria objeto de análise. Na linha de fundamentos apresentada pelo voto vencedor¹³⁴, inexistindo ofensa manifesta e escancarada à Ordem

¹³⁰ Edson de Oliveira de Almeida (então PGR), entendeu existir comprovação de estabelecimento da cláusula compromissória, de submissão às regras do órgão arbitral estrangeiro e de concordância tácita da parte vinculada à arbitragem quanto aos termos do contrato. Na ótica do PGR, a irresignação do demandado sobre a jurisdição arbitral subverteria a tutela da confiança das relações privadas e seria suplantada pela análise de informações apresentadas, que demonstrariam a existência de consentimento com a arbitragem, o que, a nosso ver, significa admitir a extensão da convenção arbitral como forma de repressão à má-fé da parte recalcitrante.

¹³¹ “A questão, portanto, não há de ser vista por ângulo diferente do posto pela requerente. A discussão está centrada na ausência da manifestação voluntária por escrito da requerida em aceitar a cláusula arbitral. É, portanto, ofensa à ordem pública por ir de encontro a princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico que exige aceitação expressa das partes para submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem” (vide nota de rodapé nº 23 *supra*, trecho do voto do relator, fl. 18).

¹³² No curso da arbitragem, as participações do não signatário consignaram sua posição sobre a incompetência do tribunal arbitral e sua discordância sobre a arbitragem instaurada. Nada além disso. “[O] caso em análise não se amolda ao princípio da aceitação tácita de juiz arbitral” (vide nota de rodapé nº 23 *supra*, trecho do voto do relator, fl. 16).

¹³³ Cujas voluntariedade e natureza alternativa, em seu entendimento, demandariam seu consentimento inequívoco, na medida em que implicariam renúncia à garantia fundamental do acesso à jurisdição estatal

¹³⁴ E, em linhas gerais, o voto vencido, repetiu as fórmulas formalistas usuais, no sentido de que a natureza consensual da jurisdição arbitral tornaria imprescindível a existência de manifestação expressa de vontade sob pena de violação da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal e acesso ao Poder Judiciário.

Pública nacional, o Judiciário sequer poderia adentrar ao mérito dos fundamentos utilizados para vinculação de não signatários em seu juízo de deliberação da sentença arbitral estrangeira.

O voto vencedor do Ministro Og Fernandes estabeleceu como premissa que ofensa à Ordem Pública apenas se caracterizaria quando constatada “*repulsa integral*” da (i) legislação interna; (ii) ideia internalizada pela doutrina sobre a matéria; e (iii) orientação jurisprudencial da Corte¹³⁵. Analisando tais fatores, acabou-se por entender que denegar a internalização da sentença arbitral estrangeira em questão constituiria intromissão indevida no mérito da decisão arbitral¹³⁶. Se a sub-rogação não ofendeu à ordem pública da jurisdição alienígena, não haveria razão para reanalisar os fundamentos considerados para vinculação de não signatário pelos árbitros.

Neste último precedente, pela primeira vez, a balança pendeu para o que definimos como “repressão à má-fé”, em caso de homologação de sentença estrangeira.

Em se tratando de sentenças arbitrais domésticas, no Agravo Regimental na Medida Cautelar no Recurso Especial nº 24.815, a Terceira Turma do STJ confirmou a decisão proferida pelo juízo arbitral que admitiu a extensão forçada da cláusula compromissória à sociedade controladora que não a havia assinado. Assegurou-se eficácia ao comportamento, considerando-se a existência de um consentimento implícito com os termos da convenção arbitral, a partir do

¹³⁵ “Como visto, o entendimento prevalecente nesta Corte Superior, para firmar o conceito de ofensa à ordem pública suficiente a fim de se negar homologação à sentença estrangeira, baseia-se nas seguintes premissas: a) ordem pública, nesse particular, não equivaleria à ordem pública internacional, mas a um conceito de ordem pública interna; b) há de existir uma absoluta incompatibilidade entre a sentença estrangeira e o norma (norma-princípio ou norma-regra) interna prevista sobre a matéria; c) a norma interna – seja ela princípio ou regra – deve ser fundante, ou seja, deve consistir em dispositivo essencial à própria ideia internalizada de direito no Brasil. De tudo isso pode-se concluir que se a sentença estrangeira conflitar com determinada norma que não seja fundante do ordenamento jurídico pátrio, não se pode conceber, por si só, tratar-se de ofensa à ordem pública. Demais disso, há de se ter uma absoluta incompatibilidade entre a decisão estrangeira e o escopo dessa norma fundante do ordenamento brasileiro.” (vide nota de rodapé nº 24 *supra*, trecho do voto do relator, fl. 44).

¹³⁶ “[I]nexistindo absoluta incompatibilidade da sentença arbitral com norma fundante do direito brasileiro, ingressar na seara da interpretação feita da norma jurídica pela decisão homologanda corresponderia a uma intromissão indevida no seu mérito, desde quando suas conclusões não se divorciam de parte relevante da doutrina pátria. Admitir o contrário seria o mesmo que exercitar um juízo de correção – adotando tese jurídica defendida por parcela da doutrina pátria – em face da sentença homologanda, o que se assevera descabido”. Em nosso sentir, o ponto de partida para o deferimento da homologação, portanto, seria a compatibilidade do fundamento adotado para a extensão da cláusula compromissória com o direito brasileiro, sob uma perspectiva legal, sendo dispensável a análise do comportamento do sub-rogado no caso, pelo juízo deliberatório da sentença arbitral estrangeira. (vide nota de rodapé nº 24 *supra*, trecho do voto do relator, fl. 47).

papel desempenhado pela controladora na negociação do contrato cujo incumprimento estava em disputa e em sua execução¹³⁷.

O posicionamento favorável à extensão da convenção arbitral repetiu-se no julgamento do Recurso Especial nº 1.727.979, no qual entendeu-se que, enquanto não concluída a dissolução parcial de sociedade, a cláusula compromissória constante de contrato social da liquidanda vincularia os sucessores do sócio falecido que expressamente concordara com tal disposição contratual¹³⁸. Rechaçou-se, no caso, as alegações do espólio sobre uma não vinculação à cláusula compromissória em decorrência da ausência de *affectio societatis* entre sucessores e o sócio remanescente ou de anuência expressa dos sucessores quanto à convenção arbitral¹³⁹. Toda a linha de argumentação do espólio, na tentativa de atacar sentença arbitral que lhes foi desfavorável, gravitava em torno de uma alegada afronta à garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Sobre a extensão subjetiva da convenção arbitral e endereçando especificamente a alegação vinculada ao artigo 5º, XXXV, Constituição Federal, a Corte reconheceu que abrangência da cláusula compromissória arbitral se estenderia aos sucessores, independente da aceitação expressa dos últimos, na medida em que “[a] dissolução parcial de sociedade repercute diretamente no pacto social, já que, diante da alteração do quadro societário operada, no caso, pela morte do sócio, disporá sobre a própria subsistência da sociedade”¹⁴⁰. Prevaleram, assim, aspectos concretos relacionados à função da cláusula compromissória inserta no contrato social (e, a nosso sentir, ausência de prejuízo

¹³⁷ A análise do Min. Marco Aurélio Bellizze partiu da premissa de que “[a] qualidade de signatário de instrumento contratual resulta não da denominação que as partes a ele atribuem no documento, mas da substância das relações que emergem do contrato” (vide nota de rodapé nº 25 *supra*, trecho do voto do relator, fl. 5).

¹³⁸ “Enquanto não concluída a ação de dissolução parcial, com a exclusão, em definitivo, da participação societária do sócio falecido, os sucessores, representados, em regra, pelo Espólio, hão de observar detidamente, para efeitos societários, o contrato social e as deliberações sociais (...) estabelecida no contrato social a cláusula compromissória arbitral, seus efeitos são, necessariamente, estendidos à sociedade, aos sócios — sejam atuais ou futuros —, bem como aos sucessores da quota social do sócio falecido, até que ingressem na sociedade na qualidade de sócios ou até que efetivem a dissolução parcial de sociedade, a fim de excluir, em definitivo, a participação societária daquele” (vide nota de rodapé nº 25 *supra*, trecho do voto do relator, fl. 12).

¹³⁹ Também se afastaram os argumentos de que os direitos inerentes ao sócio falecido seriam personalíssimos e, por conseguinte, não arbitráveis na forma do art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem, o que foi rechaçado pela decisão.

¹⁴⁰ Consigna o Ministro que o rigor formal da cláusula compromissória “longe de encerrar formalismo exacerbado, tem, na verdade, o propósito de garantir e preservar a autonomia de vontade das partes [i.e. daquele que originalmente aquiesceu com a cláusula compromissória], essência da arbitragem.” ((vide nota de rodapé nº 25 *supra*, trecho do voto do relator, fl. 10).

dos sucessores e irrazoabilidade dos seus argumentos formalistas) à evocação equivocada de garantias constitucionais.

Em todas as situações acima, pode-se empiricamente confirmar que as discussões dos casos concretos são polarizadas entre a necessidade de se garantir acesso à jurisdição estatal e de se repreender a má-fé (conduta não consentânea com dever de colaboração, de forma geral).

Quando há intenção ou comportamento do signatário apto a demonstrar sua concordância com a vinculação à convenção de arbitragem, o excepcional exercício para estender os efeitos do pacto arbitral deve ser admitido, não havendo que se falar em denegação à justiça e renúncia ao Poder Judiciário ou mesmo violação a garantias e direitos fundamentais, salvo os casos envolvendo a Administração Pública.¹⁴¹

b. O entendimento de tribunais estaduais

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”)¹⁴², destacamos os seguintes julgados, que indicam uma postura mais tendente à repressão de comportamentos maliciosos: (i) *Trelleborg v. Anel*,¹⁴³; (ii) *Matlinpatterson Global Oportunities Partners II L.P e outros v. VRG Linhas Aéreas S.A.*¹⁴⁴; (iii) *GP Capital Partners V.L.P e Smiles, LLC v. Arbeit Gestão de Negócios*

¹⁴¹ Exceto para os casos envolvendo a administração pública, em que a interpretação que deve prevalecer é a mais restritiva, formalista, da convenção arbitral. Menos apegada ao *favor arbitralis*, mais ao *favor validatis*.

¹⁴² Circunscrevemo-nos aos tribunais estaduais ora mencionados tão somente porque apresentam maior volume de precedentes sobre o assunto.

¹⁴³ Julgado pela 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, em 24.06.2006, em que se entendeu acertada a extensão da cláusula compromissória a não signatário sob a análise da participação ativa do terceiro na relação contratual, que seria relevante para sua qualificação como parte e, por conseguinte, vinculação à convenção arbitral: “[é] o que se vê nos autos, em que não obstante inexistente assinatura da apelante ‘*Trelleborg Industri AB*’, é mais do que evidente, face à farta documentação existente, a relação jurídica que há entre as partes, decorrente dos negócios em comum travados, em que se observa participação ativa da apelante ‘*Trelleborg Industri AB*’.

¹⁴⁴ TJSP, Recurso de Apelação 0214068-16.2010.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, dj. 16.10.2012. Nele, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou improcedente o recurso de apelação interposto pela *Matlinpatterson* contra a ação de anulação de sentença arbitral e reafirmou do decisão do tribunal arbitral de que, embora a *Matlinpatterson Funds* não fosse signatária da cláusula compromissória, havia (i) assinado um aditamento contratual que fazia menção expressa à cláusula contratual e renunciado expressamente à jurisdição arbitral; e (ii) participado na elaboração e consecução do negócio jurídico firmado entre as partes da convenção de arbitragem.

Ltda.¹⁴⁵; (iv) *Tianda South America Sistemas Ltda. v. Aeroportos Brasil Viracopos S.A*¹⁴⁶; e (v) *Argo Seguros Brasil S.A v. Saga Welco AS*¹⁴⁷.

Em todos os casos, confirmou-se a vinculação forçada de não signatários. Os principais argumentos aduzidos pelos não signatários recalitrantes, que figuraram como requerentes das demandas anulatórias de sentença arbitral em questão, foram no sentido de que a ausência de consentimento explícito e de manifestação expressa de vontade (escrita) seriam óbices intransponíveis para a vinculação deles à cláusula compromissória. Em todos esses precedentes, a constante comum foi a rejeição dos argumentos formalistas e repressão de comportamentos maliciosos dos requerentes, com a subsunção dos fatos concretos a uma hipótese de consentimento tácito.

Nos precedentes encontrados no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (“TJMG”), destacamos duas situações envolvendo conflitos societários em que a extensão dos efeitos da convenção arbitral foi apreciada. No primeiro caso¹⁴⁸, reformou-se sentença de primeiro grau que havia extinguido a ação pela existência de cláusula compromissória, nos termos do artigo 267, VII do Código de Processo Civil de 1973¹⁴⁹. O entendimento de que a extensão subjetiva

¹⁴⁵ TJSP, Apelação nº 0035404-55.2013.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, dj. 26.08.2015. *In casu*, analisando a operação de compra e venda de ações por subsidiária da GP Capital Partners V, entendeu o TJSP em grau de apelação que, apesar de não ser signatária da cláusula compromissória arbitral, houve a prestação de garantia pelo cumprimento de todas as obrigações assumidas por sua subsidiária no contrato principal pelo não signatário. Isto, somado à sua participação ativa no negócio seria o suficiente para entender que a decisão proferida pelo tribunal arbitral que admitiu a extensão da cláusula compromissória e consequente imposição de condenação eram acertadas.

¹⁴⁶ TJSP, Recurso de Apelação nº 1013502- 45.2017.8.26.0114. Rel. Des. Daniela Menegatti Milano. São Paulo. dj. 09.05.2018. O Tribunal Arbitral havia concluído, a partir das circunstâncias negociais e da consecução do objeto contratual submetido à arbitragem, que tanto as empresas signatárias, quanto não signatárias anuíram em vincular-se à convenção de arbitragem. No julgamento do recurso de apelação, foi admitida a extensão da cláusula compromissória sob os mesmos argumentos “caso se considerasse que a vontade do terceiro basta para que este se sujeite à convenção de arbitragem, seria suficiente a manifestação da apelada Aeroportos Brasil nesse sentido. Neste caso, a presente declaração de vontade da apelada Aeroportos Brasil, de se submeter a eventual arbitragem futura, não poderia ser negada em sede de procedimento arbitral instaurado por requerimento da apelante, vez que tal consistiria em evidente *venire contra factum proprium*, buscando a apelada maliciosamente subtrair-se a qualquer tipo de jurisdição. Todavia, a convenção de arbitragem não é uma declaração unilateral de vontade, e sim um ato bilateral, que depende da concordância de ambas as partes. Portanto, não basta apenas avaliar a vontade de um terceiro de se submeter a cláusula arbitral pactuada entre as partes de um contrato, devendo ser objeto de análise também a vontade destas partes de resolver eventuais disputas com o terceiro por meio de procedimento arbitral”.

¹⁴⁷ TJSP, Apl. nº 1072135-86.2020.8.26.0100, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia Rocha, dj. 14.06.2021

¹⁴⁸ TJMG, Apl. 1.0024.09.758634-1/001, Des. Rel. Luiz Artur Hilário, dj. 06.09.2016

¹⁴⁹ Atual artigo 485, inciso VII do Código de Processo Civil de 2015. Em seu recurso de apelação, os recorrentes argumentavam que (i) a convenção de arbitragem se aplicaria apenas a conflitos entre sócios – e não conflitos envolvendo o interesse exclusivo da sociedade; (ii) que o sócio (apelante)

da convenção arbitral dependeria de demonstração clara, inequívoca e expressa da “vontade de entregar a solução do litígio aos árbitros”. Na medida em que o ex-sócio (já falecido, representado por seus herdeiros) sequer pôde manifestar sua concordância com a convenção arbitral¹⁵⁰, não haveria razão para estender os efeitos para vinculá-lo a litígio envolvendo a sociedade, ainda que tal litígio fosse consubstanciado em relação contratual firmada à época em que este era sócio¹⁵¹.

No segundo caso¹⁵², seguindo o racional do Ministro Marco Aurélio Bellizze no Recurso Especial nº 1.727.979, decidiu-se que a cláusula compromissória prevista em contrato social seria vinculante aos sucessores do sócio falecido, não havendo que se falar em indisponibilidade de direitos ou

não mais integrava o quadro societário de empresa quando da instituição da cláusula compromissória, sem ter, portanto, sido regularmente convocado para aprovar tal alteração social; e (iii) admitir a extensão da convenção arbitral a terceiro implicaria ameaça ao princípio do livre acesso à Justiça, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal.

¹⁵⁰ “No caso em análise, no momento da instituição de referido compromisso arbitral, o recorrente não integrava o ente social, situação que perdura até os dias atuais, pelo que se depreende das provas produzidas. Não sendo sócio à época da instituição da cláusula compromissória, não haveria meios de manifestar o seu consentimento em relação à sua adoção, o que evidencia que os efeitos de referida cláusula adotada pelo ente social não lhe são extensivos.” (trecho do voto do Rel. Des. Rel. Luiz Artur Hilário).

¹⁵¹ “A adoção da convenção de arbitragem deve demonstrar, clara e inequivocamente, a vontade dos contratantes de entregar a solução do litígio aos árbitros. Por esta razão, o consentimento dos interessados é essencial para sua instituição, exigindo-se, portanto, que a cláusula compromissória seja estipulada por escrito e com a concordância expressa dos pactuantes (art. 4º e parágrafos, da Lei 9.307/96). Adotada a convenção, a jurisdição do árbitro não deve ser estendida ao terceiro que não lhe outorgou o consentimento. (...) Após detida análise dos autos, entendo que as razões recursais devem ser acolhidas para fins de determinar o retorno dos autos à comarca de origem, com o seu regular prosseguimento, vez que os efeitos do compromisso arbitral adotado pelo ente social não se estendem ao apelante. De fato, o recorrente busca preservar o seu direito ao recebimento de valores decorrentes de desapropriação, por utilidade pública, da área em que se localizava a sede da sociedade Fazenda da Lapa Grande Ltda, com base em direito sucessório, ante o falecimento de sócio integrante do ente coletivo. Embora o contrato social da empresa Fazenda Lapa Grande Ltda tenha sofrido alterações, conforme demonstra o doc. de fls. 32/55, instituindo-se cláusula compromissória, os efeitos desta decisão não se estendem ao recorrente. (...) No caso em análise, no momento da instituição de referido compromisso arbitral, o recorrente não integrava o ente social, situação que perdura até os dias atuais, pelo que se depreende das provas produzidas. Não sendo sócio à época da instituição da cláusula compromissória, não haveria meios de manifestar o seu consentimento em relação à sua adoção, o que evidencia que os efeitos de referida cláusula adotada pelo ente social não lhe são extensivos” (idem).

¹⁵² TJMG – Ed. Apl. 1.0000.16.073163-4/002, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais, dj. 04.12.2018

mesmo acolher alegações no sentido de que recorrer à jurisdição arbitral inviabilizaria o acesso à Justiça¹⁵³.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”), destacamos o caso Itarumã Participações S.A. v. Petróleo Brasileiro S.A.¹⁵⁴. O tribunal arbitral constituído para dirimir a controvérsia entre as partes entendeu que Petrobras e Mitsui, apesar de não terem firmado o contrato do qual constava a convenção arbitral, estariam a ela vinculadas, por terem participado da execução contratual e contraído obrigações perante seus signatários. Em primeira instância, Petrobrás e Mitsui haviam conseguido anular a sentença arbitral parcial que lhes havia vinculado e condenado, com fundamento no artigo 32, IV da Lei de Arbitragem. O juízo de primeira instância entendera que a extensão subjetiva da cláusula compromissória, ainda que sob uma valoração dos documentos que demonstrassem consecução do contrato pelo terceiro não signatário, seria inadmissível ante a ausência de consentimento expresso (escrito) com a convenção arbitral. Em sede de apelação, a decisão que anulou a sentença arbitral parcial foi confirmada pela 19ª Câmara Cível do TJRJ¹⁵⁵, a qual, seguindo o entendimento do SEC nº 866, reiterando que, diante da resistência dos não signatários à sua vinculação à arbitragem, deveria prevalecer uma interpretação formal dos requisitos de validade da cláusula compromissória.

Novamente, a experiência revela posicionamentos a favor e contra a extensão da cláusula compromissória, fortemente calcados na análise das situações concretas e pouco rigorismo teórico. Situações em que o

¹⁵³ “Importante lembrar que, mesmo que fosse diferente, no direito sucessório as transferências das posições contratuais feitas pelo de cujus para seus herdeiros os vinculam no limite da herança. Logo, como a cláusula compromissória faz parte do corpo estatutário da empresa, indubitável que a regra - fazendo parte do todo contratual - é transferida no conjunto com o resto do contrato. (...) Logo, se a ação versa sobre direitos de ordem patrimonial da sociedade e se há cláusula arbitral no estatuto - contrato da empresa -, deve ser mantida a sentença que declarou a incompetência da Justiça Estadual, pouco importando se as herdeiras e sucessoras do quotista falecido não anuíram a ela. No mesmo sentido, desarrazoada a alegação de que o alto custo da arbitragem inviabiliza o acesso, pois conforme exaustivamente apontado, a escolha pela arbitragem partiu da autonomia da vontade das partes e faz parte do estatuto social da sociedade empresária. Dessa forma, por consistir a escolha exclusiva dos próprios interessados - sócios da empresa -, não há falar em violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Aliás, na seara arbitral todas as questões serão analisadas segundo regras de direito.” (trecho do voto do Rel. Des. Manoel dos Reis Morais).

¹⁵⁴ TJRJ, Apl. nº 0329761-15.2011.8.19.0001, Des. Relator: Ferdinando Nascimento. dj. 30.01.2013.

¹⁵⁵ O que acabou por criar uma situação inusitada para o tribunal arbitral ora constituído, que ainda decidiria questões sede de sentença arbitral final. Da sentença final deveriam ser excluídos os pedidos contra os terceiros não signatários, mas aproveitadas as provas e documentos por eles apresentados antes de sua exclusão do polo passivo.

comportamento contraditório e de má-fé parecem mais evidentes, acabam favorecendo decisões permissivas à vinculação dos não signatários.

III. Conclusão – better right than consistent?

A experiência prática revela que, longe de girar em torno da aplicação de teorias sistematizadas sobre extensão da cláusula compromissória – especialmente daquelas formadas a partir de precedentes estrangeiros e repetidas à exaustão por quase todos aqueles que trataram do assunto no Brasil¹⁵⁶ – decisões são tomadas a partir da ponderação de valores feitas pelo julgador, fortemente influenciadas pelas circunstâncias do caso concreto.

Existem aqueles julgadores que, adotando postura garantista extremada, *a priori* afastam a possibilidade de vinculação de não signatários e sequer consideram a possibilidade de aferir consentimento, a não ser a forma escrita. Existem aqueles que, fortemente influenciados pela busca de uma equidade nos casos concretos, entendem pela possibilidade de vincular não signatários e, para tanto, buscam elementos fáticos que possam subsumir a uma visão mais alargada e menos formal de consentimento, permitindo, assim, estender os efeitos da convenção de arbitragem a terceiros, sem choque direto com a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

O consentimento é essencial, sendo a fonte primária para vinculação de qualquer pessoa à arbitragem¹⁵⁷. Esta premissa não está em xeque nas situações concretas em que se discute a vinculação de não signatários, nas quais não se questiona a necessidade de *algum* consentimento. Toda a problemática é travada em torno dos parâmetros para aferi-lo.

Em nossa leitura da experiência prática, a falta de consistência – ou, até mesmo de detalhamento – nos parâmetros utilizados pela jurisprudência revela situações em que a cláusula compromissória foi “estendida” tão somente

¹⁵⁶ Como a teoria dos grupos de sociedades, a teoria da agência e a aferição do consentimento implícito nos moldes descritos no célebre caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain* (Caso CCI n.º 4.131, de 1984, disponível em 110 *Journal du droit international (Clunet)* 1983, pp. 899-905, with note Y. Derains, pp. 905-907).

¹⁵⁷ Como já nos ensinou o homenageado: “A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. O efeito severo de afastar a jurisdição do estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial”. In.: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo, Ed. Atlas, 2009, p. 83

porque decidiu-se repreender comportamentos contraditórios e privilegiar a justiça no caso concreto, sem a necessidade de uma demonstração inequívoca – por vezes, até mesmo impossível – de consentimento. Estamos convencidos de que as decisões sobre vinculação de terceiros foram tomadas à luz da ponderação equitativa entre a garantia de acesso ao Judiciário e a necessidade de repreensão da má-fé. Todo o arcabouço teórico, que aparece de forma bastante desconexa e superficial, parece ser utilizado apenas como meio de racionalização do resultado desta ponderação prévia.

Sem pretender ressignificar a garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal¹⁵⁸ ou o dogma do consentimento, entendemos ser possível reconhecer, com franqueza, que a *extensão-sanção* é uma realidade – para não dizer, a regra – nos precedentes em que se decidiu pela vinculação de não signatários, independentemente da roupagem racionalizada nos fundamentos dos precedentes. Indo além, e considerando que o *acesso à justiça* é magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo¹⁵⁹, entendemos que seria até mesmo contraditório adotar solução diversa, prestando eficácia a comportamentos maliciosos e ignorando o ideário de *justiça* que informa não apenas as garantias constitucionais do processo – incluindo a garantia de acesso ao Judiciário – mas toda a ordem jurídica.

*Talvez*¹⁶⁰, para enfrentar o gargalo sistemático discutido no presente artigo e decidir questões relacionadas à vinculação de não signatários à convenção arbitral, seja desejável dar respostas equitativas para situações concretas em detrimento de aplicar consistentemente uma interpretação garantista, o que torna o casuísmo atual inevitável.

¹⁵⁸ “A partir daí, constatamos que a noção de consentimento tem, hoje, contornos imprecisos e flexíveis, que se adequam de acordo com as circunstâncias fáticas, em cada caso concreto. Apesar disso, alguma manifestação de consentimento deve necessariamente estar presente para que um determinado sujeito possa ser considerado parte de uma arbitragem. Isso sob pena de atentar-se, a um só tempo, à Lei de Arbitragem e à CF. Enfim, não sendo possível identificar o consentimento do não signatário em parte e de modo algum, deve ser considerado efetivamente um terceiro, não vinculado à convenção de arbitragem. O dogma do consentimento, portanto, permanece vivo e presente, ainda que de modo cada vez mais brando. Para que seja finalmente rompido, será preciso, sobretudo, ressignificar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que não foi o objetivo deste trabalho”. In.: COUTINHO, Renato Fernandes, *Convenção de Arbitragem: a vinculação de não signatários*, São Paulo, Almedina, 2020, p. 172

¹⁵⁹ “Quando se pensa no acesso à justiça, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais”. In.: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 40

¹⁶⁰ E se trata apenas de um “talvez” de quem propõe uma reflexão.

Seja como for, caso estejamos certos em nossa leitura da experiência prática, o exercício de ponderação de valores do modo proposto nestas breves provocações sempre será instrumento útil e referencial para o operador do direito: seja para convencimento de outrem, seja para decidir sobre a vinculação de não signatários em situações concretas.

BIFURCAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM ARBITRAGENS DE CONSTRUÇÃO

Guilherme Vinseiro

Letícia Lomez

Resumo

O presente artigo analisa as possibilidades e riscos que envolvem a bifurcação do procedimento em arbitragens de construção, ramo com crescente número de disputas arbitrais. Nesses tipos de disputa, é comum a multiplicidade de pleitos, que vem acompanhada de requerimentos para prolação de sentença parcial que julgue pedidos já maduros, deixando outros para dilação probatória.

As arbitragens que envolvem matérias técnicas de construção têm se tornado cada vez mais habituais. Em sua maioria, trata-se de arbitragens sobre espécies de contratos extremamente específicos do ramo, como os Contratos de EPC (“Engineering, Procurement and Construction”), os quais possuem detalhes peculiares. Por isso, geram procedimentos com matérias fáticas e jurídicas complexas para deliberação dos árbitros, o que reflete no curso do procedimento.

Esses litígios normalmente possuem uma extensa lista de pedidos a serem analisados pelo tribunal, os quais vão desde a verificação de inadimplementos, passando pela aplicação de garantias legais e contratuais e chegando à qualificação e quantificação de danos indenizáveis. Diante desse cenário, percebe-se a popularização da técnica de bifurcação dos procedimentos, utilizada para que o tribunal profira uma sentença parcial no decorrer do feito sobre questões jurídicas e/ou maduras, deixando para momento posterior questões e pedidos que ainda demandem produção de provas. Essa medida é capaz de simplificar o procedimento e auxiliar o Tribunal Arbitral a esgotar mais facilmente o extenso rol de pleitos deduzidos.

Além disso, a bifurcação pode garantir a celeridade do procedimento, para que uma das partes já contemple aquilo que tem direito, sem ter que aguardar a sentença arbitral final.

Essa medida é uma forma de garantir eficiência na resolução do conflito discutido na arbitragem. Nesse sentido, Anexo IV do Regulamento de Arbitragem da ICC – Internacional Chamber of Commerce de 2012 já apontava a bifurcação do procedimento como técnica que pode ser usada como forma de gerir o caso de modo mais eficiente.¹⁶¹

Contudo, a bifurcação não é imperiosa, mesmo que o Termo de Arbitragem e/ou o Regulamento da Câmara Arbitral disponham sobre sua possibilidade, e possui determinados requisitos para ser adotada.

Nesse contexto, no âmbito da *soft law*, a ICC – International Chamber of Commerce, publicou relatório sobre Arbitragens envolvendo Construções Industriais (o “ICC COMMISSION REPORT - Construction Industry Arbitrations Recommended Tools and Techniques for Effective Management 2019 Update”). O relatório tem como objetivo expor algumas ferramentas e técnicas para orientar os envolvidos no procedimento arbitral a um gerenciamento eficiente da arbitragem. Esse documento tem servido como auxiliador de procedimentos complexos envolvendo questões de construção.

O relatório traz a necessidade de preenchimento de inúmeros requisitos para a bifurcação, tais como: i) a probabilidade de os pleitos serem decididos separadamente sem considerar todo o mérito do caso; ii) além disso, as expectativas das partes quanto à bifurcação devem estar alinhadas no procedimento; e iii) a bifurcação só pode ocorrer se houver plena clareza sobre a possibilidade de fazê-lo, ou seja, somente cabe a bifurcação em relação a pedidos

¹⁶¹ “A seguir, exemplos de técnicas de gerenciamento de casos que podem ser usadas pelo tribunal arbitral e pelas partes para controlar tempo e custo. O controle adequado de tempo e custo é importante em todos os casos. Em casos de baixa complexidade e baixo valor, é particularmente importante garantir que o tempo e os custos sejam proporcionais ao que está em jogo na disputa. (...) Bifurcando os procedimentos ou prestando uma ou mais sentenças parciais em questões-chave, ao fazê-lo, pode genuinamente resultar em uma solução mais eficiente do caso.” (CCI - Regras de Arbitragem da CCI (2012. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/icc-rules-of-arbitration-2012/> Acesso em: 25/09/2022, 17:00).

que podem ser decididos de forma apartada sem depender da decisão envolvendo o resto das demandas a serem analisadas pelo tribunal.¹⁶²

Esse último requisito ocorre, por exemplo, quando a responsabilidade das partes já puder ser definida e não houver mais nenhuma prova a ser produzida a respeito da configuração dos seus elementos, ficando restante apenas a quantificação dos danos em fase posterior. Lado outro, a bifurcação não pode ocorrer quando questões em torno da causalidade se misturam e não podem ser cindidas, de modo que a produção probatória deve recair integralmente sobre a lide como um todo.

Para além, também deve ser analisada a possibilidade da bifurcação do procedimento arbitral ser uma mera estratégia de uma das partes de estender o procedimento arbitral, já que com o advento da promulgação de sentença parcial, deve ser aberto prazo para ambas as partes em relação a pedidos de esclarecimento, o que pode ir contra o princípio da economia processual.¹⁶³

Por fim, mas não menos importante, é essencial que a bifurcação do procedimento arbitral, no qualquer momento que seja realizada, respeite o direito do contraditório e da ampla defesa dos envolvidos na arbitragem.¹⁶⁴ Nessa

¹⁶² ICC – International Chamber of Commerce. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR on Construction Industry Arbitrations: Recommended Tools and Techniques for Effective Management:2019 Update. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/construction-industry-arbitrations-report-icc-commissionarbitration-adr/> Acesso em: 23/09/2022, 15:56. Tradução nossa.

¹⁶³ “15.2 When deciding whether to split a case (i.e. bifurcate, trifurcate, quadfurcate the proceeding), tribunals should be guided by the following considerations, in whole or in part: 1) the likelihood of whether the separated issue(s)/claim(s)/defence(s) can be determined without considering the overall merits of the whole case; 2) the specific reasons for splitting the case and the parties’ expectations as to the effect of splitting the case; 3) whether the split would delay or expedite the arbitral proceedings; 4) whether the split will increase or decrease the costs of the arbitral proceedings; 5) whether splitting the specific issue(s)/claim(s)/defence(s) is a mere tactical device to delay the proceeding or not; 6) the prima facie likelihood of success of the party seeking the split, if the parties are in disagreement as to splitting the case; and 7) whether isolating specific issue(s)/claim(s)/defence(s) for decision necessitate expeditious determination for factual or legal purposes (e.g., if there are parallel proceedings and the arbitral tribunal is required to determine its jurisdiction over certain issues/claims/defences to avert overlap or conflicting awards).” (ICC – International Chamber of Commerce. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR on Construction Industry Arbitrations: Recommended Tools and Techniques for Effective Management:2019 Update. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/construction-industry-arbitrations-report-icc-commission-arbitration-adr/> Acesso em: 23/09/2022, 15:56).

¹⁶⁴ “Caberá então às partes ou ao árbitro estabelecer (ou adotar) um procedimento que possa garantir plenamente a recíproca manifestação dos contendentes a respeito das provas e das razões do adversário, o que significa, também, contemplar formas efetivas de comunicação dos atos processuais e concessão de tempo razoável para as respectivas manifestações. Mas não é só isso: a feição moderna do princípio do contraditório exige que o julgador – seja ele juiz togado, seja ele árbitro – não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada às partes a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento.” (CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei no*

perspectiva, para que o tribunal decida prolatar sentença parcial, deve garantir que as Partes já esgotaram seu escopo de defesa e debate em relação ao ponto a ser decidido.

Portanto, tem-se que a bifurcação do procedimento em arbitragens de construções pode ser um aliado das partes e do Tribunal Arbitral, por garantir celeridade, além da concretização de direito devido ao Requerente e/ou Requerido sem ter que aguardar o final do procedimento que pode se prolongar em razão de matéria complexa para deliberação, o que se mostra comum em conflitos de construção quando apenas a quantificação dos danos pode ser relegada para fase posterior.

Por outro lado, esse instrumento processual pode colocar em risco o direito ao contraditório de um dos litigantes no procedimento. Em contradição à economia processual que a bifurcação pode gerar, a prolação da sentença parcial pode estender o procedimento, porque se corre eventual risco de a decisão ser impugnada pela parte insatisfeita, além de também poder ser impugnada judicialmente, e estender ainda mais a Arbitragem.

Assim, cada caso deve ser analisado à luz das circunstâncias concretas em que está inserido, para que os interesses de cada parte sejam atendidos da melhor forma possível, não havendo regra estanque que aplique a bifurcação de forma automática. Nesse aspecto, é preciso fazer uma análise dos riscos que a prolação de uma sentença parcial acarretaria para cada determinada parte, considerando-se todos os requisitos acima expostos e, principalmente, evitando-se que essa medida de eficiência acabe por violar o contraditório e a ampla defesa. Nesse contexto, a prudência é essencial para que a higidez e a validade do procedimento e da sentença arbitrais sejam preservados, em equilíbrio com a eficiência e a duração razoável que se espera desse método adequado de solução de controvérsias.

REFERÊNCIAS

9.307/96 / Carlos Alberto Carmona. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009 p. 295. (Grifos não originais).

CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96* / Carlos Alberto Carmona. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009 p. 295.

ICC – International Chamber of Commerce. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR on Construction Industry Arbitrations: Recommended Tools and Techniques for Effective Management: 2019 Update. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/construction-industry-arbitrations-report-icc-commissionarbitration-adr/> Acesso em: 23/09/2022, 15:56.

ICC – International Chamber of Commerce. Rules of Arbitration. 2012. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/icc-rules-of-arbitration-2012/> Acesso em: 25/09/2022, 17:00.

A VACINA PARA OS EFEITOS SOCIETÁRIOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Gustavo Licks

Sumário

Efeito da pandemia e da crise sobre as relações societárias; discórdia sem fim e os diferentes critérios; a relevância da arbitragem e da mediação na proteção da empresa; a dificuldade do poder judiciário em proteger a empresa – jurimetria

Resumo

A crise econômica nacional iniciada em 2014, e potencializada pela pandemia do coronavírus, gerou desgastes ente sócios que afeta a continuidade das operações. O Poder Judiciário não consegue minimizar tais efeitos, cuja alternativa mais eficaz é a arbitragem e a mediação.

1) EFEITO DA PANDEMIA E DA CRISE SOBRE AS RELAÇÕES SOCIETÁRIAS

Conforme dados publicados pelo IBGE, no Brasil, entre 2013 e 2018, houve a redução de aproximadamente meio milhão de “empresas e outras organizações”¹⁶⁵. Neste período de 6 anos, o número de sociedades empresárias e outras entidades passou de 5.392.234 para 4.937.861, ou seja, ocorreu uma redução de 454 mil.

165

Fonte: www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/industria/9016-estatisticas-do-cadastro-central-de-empresas.html?edicao=34125&t=series-historicas, acessado em 25 de outubro de 2022.

No ano seguinte, em 2019, o indicador melhorou em 6%, porém, logo em seguida, a pandemia causada pelo coronavírus provocou uma nova crise econômica, em que muitas sociedades não resistiram.

Aquelas que sobreviveram não tiveram tranquilidade. Os incentivos governamentais para a preservação delas e dos postos de trabalho exigiu dos gestores assumir riscos até então desconhecidos, pois não havia previsão de quando as “ondas” terminariam, tampouco a reação da demanda após a retomada da “normalidade”.

Em uma sociedade, as características dos sócios, nem sempre, são homogêneas. Enquanto alguns aproveitaram a oportunidade para estimular as operações, outros optaram pela criogenia.

De um lado, os sócios tomadores de risco contaram com auxílios governamentais para estimulá-los. Por exemplo, (i) a adoção de banco de horas para compensar posteriormente (Medida Provisória 927/2020), (ii) o Proname - Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Lei nº 13.999/2020) e (iii) a Redução da jornada de trabalho e, proporcionalmente, do salário até 70% (Medida Provisória 936/2020), entre outros.

De outro lado, há os sócios avessos ao risco. Apesar de todo estímulo oferecido pelas Fazendas, sentiram-se pusilânime diante de um mercado colapsado. A divulgação de dados econômicos causou um estupor catatônico nesses empresários. Por exemplo, a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes da seção Carioca (Abrasel-RJ)¹⁶⁶ informou, em novembro de 2020, que “mais da metade (53%) dos donos de bares e restaurantes diz que suas empresas operam no prejuízo”, bem como “35% dos bares e restaurantes tinham empréstimos em atraso” em julho de 2020.

Logo, nem todos têm a mesma aptidão para correr riscos. Como esclarece Richard Posner (2010, p. 12): “a incerteza gera riscos, que a maioria das pessoas abominam”. Na mesma linha, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 31) defendem que “a incerteza ou a ignorância relativa a circunstâncias que afetam nossa vida e o elemento-surpresa resultantes são aspectos inafastáveis da condição humana”.

¹⁶⁶ Fonte: <https://rj.abrasel.com.br>, acessado em 25 de outubro de 2022.

Desse modo, fundamenta-se a noção de que a crise econômica brasileira de 2014, acrescida à crise da pandemia do coronavírus, criaram um ponto de ruptura entre muitos sócios. Porque, enquanto há sócios crédulos que identificam uma recuperação econômica capaz de justificar o esforço presente para preservar a continuidade das operações; outros sócios, céticos, necessitam reduzir a exposição ao risco.

A resolução da sociedade em relação a um sócio, ou mais, é o caminho natural para tal impasse. Como previsto no art. 1029 do C.C “qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias”.

Esse cenário, tão somente, liquida-se a quota, ou ação, do sócio retirante, o que diverge da dissolução da sociedade prevista no art. 1033 do C.C, pois as atividades sociais continuam em operação.

O ponto de discussão passa a ser o valor dos haveres daquele que não pretende seguir na sociedade. Por vezes, os sócios conseguem alcançar um ponto de unicidade, ou então, as quotas/ ações são transferidas para terceiros, esvaziando tensões societárias.

Contudo, em outros casos, os sócios não conseguem evitar o conflito e a ação de dissolução parcial de sociedade (art. 599 e seguintes do CPC) passar a ser o único meio pelo qual o sócio retira-se com a remuneração justa de suas quotas/ ações.

Todavia, aferir o preço justo por quotas ou ações, nem sempre, é atribuição fácil. Os diferentes tipos de sociedade e os mais diversos segmentos econômicos faz com que o imbróglio seja de difícil solução. Para dificultar ainda mais, há diferentes critérios de apuração do valor justo.

Da mesma forma que o ditado popular, na briga entre o rochedo e o mar, quem sofre são os mariscos; na briga societária, quem sofre é a empresa, cuja capilaridade afeta os empregados, fornecedores, clientes etc.

2) DISCÓRDIA SEM FIM E OS DIFERENTES CRITÉRIOS

Em uma aquisição societária usual de um veículo, normalmente o vendedor entende que o seu carro é especial, diferente dos demais, logo vale mais. O comprador, por sua vez, só consegue identificar os pontos negativos, apesar de desejar o bem.

Aos poucos, o proprietário do veículo percebe que não consegue vendê-lo pelo valor desejado. De mesma forma, o comprador entende que as propostas hostis não foram aceitas e que o veículo então desejado foi alienado por valor superior.

Assim, oferta e demanda alcançam um ponto de equilíbrio. Para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 99): “A interação entre a oferta e a demanda tende, na ausência de perturbações, a fazer os preços evoluírem para a intersecção de duas curvas”.

As aquisições societárias passam pela mesma racionalidade. Os consensos são alcançados por meio de apresentação de documentos e informações. Assim, o comprador convence-se do preço a ser pago, da mesma forma que o vendedor se certifica que a proposta é justa. Esta fase é conhecida como *due diligence*. Para reduzir o risco da negociação, o que ambos aproveitam, ainda há os mecanismos de retenção de parte do preço. Por exemplo, o percentual de 30% do valor será retido e depositado em uma aplicação financeira por 5 anos. Após esse período, se os resultados da empresa se confirmarem, o valor será pago. Caso contrário, será descontado.

Em um processo de dissolução parcial de sociedade, em que o sócio retirante deve ser indenizado pelas suas quotas ou ações, não há o convencimento. Apenas um perito, após avaliá-la decide o valor dos haveres.

O perito ainda conta com outras dificuldades, como (i) normalmente não conhece o segmento, além (ii) dos assistentes técnicos por vezes trabalham para defender os interesses dos clientes ao invés de contribuir para identificar o valor justo e (iii) contar com um prazo exíguo sob pena de substituição.

Para aprofundar as dificuldades, a doutrina financeira admite mais de um critério para se apurar uma empresa. Aswath Damodaran explica (2001, p.11) que há 3 critérios mais corriqueiros: fluxo de caixa descontado, avaliação relativa e avaliação de direitos contingentes.

Em termos gerais, há três abordagens para a avaliação. A primeira, avaliação por fluxo de caixa descontado, relaciona o valor de um ativo ao valor presente dos fluxos de caixa futuros esperados relativos àquele ativo. A segunda, a avaliação relativa, estima o valor de um ativo enfocando a precificação de ativos "comparáveis" relativamente a uma variável comum, como lucros, fluxos de caixa, valor contábil ou vendas. A terceira, avaliação de direitos contingentes, utiliza modelos de precificação de opções para medir o valor de ativos que possuam características de opções. Poderá haver diferenças significativas de resultados, dependendo de qual abordagem for utilizada.

Seria natural identificar que cada parte escolha o critério que melhor convir, com a chancela da doutrina como método científico. Porém, nas ações de dissolução parcial de sociedade, nenhum dos três é aceito.

Na elaboração do Balanço de Determinação, previsto no art. 606 do Código de Processo Civil, a metodologia do fluxo de caixa descontado dever ser desconsiderada, em observância ao entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1877331/SP, 2021, p.28) que fixou como inadequado a aplicação conjunta dos referidos métodos: Avaliação Patrimonial x Fluxo de Caixa Descontado.

Na oportunidade, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, cujo voto vencedor conduziu o julgamento, concluiu que o método legal, o do balanço de determinação, é o mais adequado quando se trata de apuração de haveres, esclarecendo ainda que não se deve associar a ele o do fluxo de caixa descontado, pois assim se evitaria incertezas futuras.

No mesmo sentido, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça também decidiu (AgInt no AREsp 1626253, 2020, p. 4) pelo critério do valor patrimonial apurado em Balanço de Determinação para valoração da empresa:

...Em caso de dissenso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o balanço de

determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa...

Dessa forma, enquanto a doutrina financeira consolida critérios para apurar o valor das quotas/ ações, os Tribunais (Apelação 0008900-87.2017.8.19.0028, 2019, p. 9) consolidaram o valor patrimonial, “tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma” (art. 606 do CPC).

3) A RELEVÂNCIA DA ARBITRAGEM E DA MEDIAÇÃO NA PROTEÇÃO DA EMPRESA

Inevitavelmente, os desentendimentos societários geram reflexos na atividade operacional. Por vezes, aqueles que ficam na sociedade desenvolvem o receio do valor dos haveres do sócio retirante aumentar com a melhoria da empresa, o que compromete a gestão.

Outra limitação imposta à gestão em virtude de desentendimentos societários está relacionada com a liquidez. As decisões empresariais são tomadas visando o longo prazo. Neste sentido, investimentos que demandam desembolsos imediatos serão recuperados apenas no futuro, o que nem sempre é possível em caso de dissolução parcial de sociedade, porque as reservas devem ser provisionadas para o pagamento do sócio retirante.

Um terceiro exemplo de consequência está associado com a responsabilidade do gestor. A tomada de decisões requer assumir riscos que pode ser questionada adiante em caso de insucesso. Outra possibilidade, a decisão pode ser contestada em uma prestação de contas.

Desse modo, a segurança dos gestores para a tomada de decisão é necessária para preservação das operações. Neste diapasão, um ambiente que amenize os efeitos dos desentendimentos societários é de grande valia.

Os procedimentos arbitrais, por si, são mais adequados do que a judicialização do conflito. A escolha dos árbitros pelo sócio retirante e por aqueles que permanecem reduzem a assimetria entre julgador e tutelado.

As decisões em colegiado proferidas nas câmaras arbitrais durante a fase de apuração de haveres também contribui para alcançar o valor justo. Se for judicializado, o perito está submetido ao juiz, único competente para analisar as questões de fato. Ainda que seja possível interpor agravo de instrumento de eventual homologação do valor dos haveres que contenha equívocos, há um distanciamento entre a instância revisora e o profissional nomeado para a apuração, que, normalmente, sequer é intimado pelo juízo *ad quem*.

Esse distanciamento, acrescido à sofisticação natural da matéria, dificulta o exame da decisão. Entretanto, os procedimentos arbitrais, em que o perito e os assistentes técnicos são ouvidos diretamente pelos árbitros reduz as deficiências de compreensão das premissas adotadas nos laudos periciais, permitindo identificar eventuais incorreções mais facilmente.

A possibilidade do perito da câmara arbitral e dos assistentes técnicos sofrer questionamento em audiência também colabora para se alcançar o valor justo dos haveres do sócio retirante.

4) A DIFICULDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM PROTEGER A EMPRESA – JURIMETRIA

Ao todo, o Estado do Rio de Janeiro possui sete varas empresariais. Elas recebem brigas societárias, dissolução parcial de sociedade, além dos pedidos de falência e de recuperação judicial, entre outras competências.

Em 2020, considerando as 3 primeiras varas empresariais cariocas, verificou-se um aumento das dissoluções parciais de sociedade de 21% em relação ao ano anterior (2019), com demonstrado no gráfico. A diferença aumentou para 71% se o ano pre-pandemia for comparado com 2021.

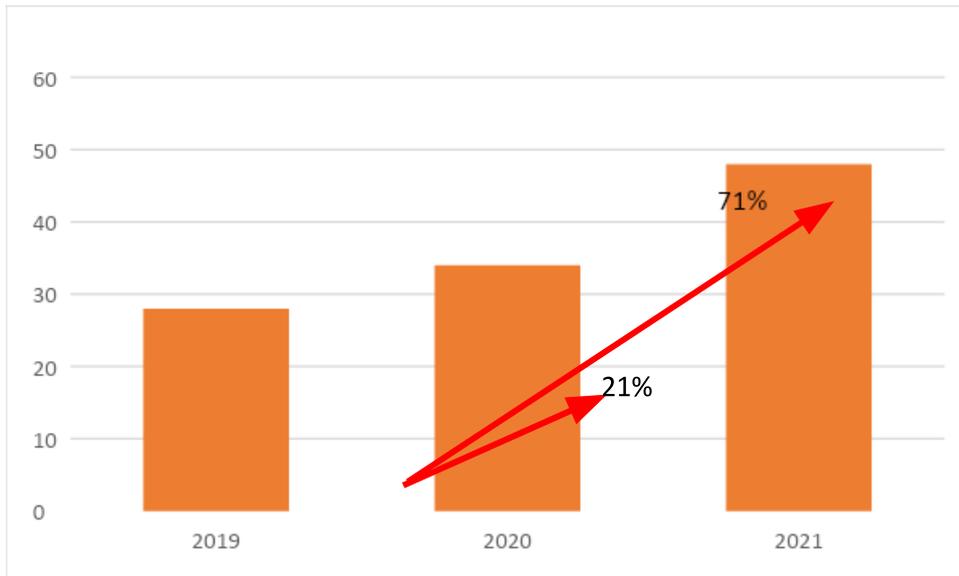


Figura 1: Produção própria

Em 2019, foram distribuídos 28 processos de dissolução parcial de sociedade para essas três varas, que aumentou para 34 no ano seguinte e para 48 no próximo.

Considerando apenas os processos distribuídos para a primeira vara empresarial do Estado do Rio de Janeiro, durante o período de janeiro até agosto de 2022, verificou-se que poucos tiveram as quotas dos sócios retirantes liquidadas.

Conforme a planilha abaixo, foram localizados 29 processos. Desses, somente em 8 casos ocorreu a apuração dos haveres do sócio retirante.

N.	ANO	PROCESSO
1	2020	0297041-77.2020.8.19.0001
2	2020	0295217-83.2020.8.19.0001
3	2020	0103193-28.2020.8.19.0001
4	2020	0126926-23.2020.8.19.0001
5	2020	0033309-09.2020.8.19.0001
6	2020	0296108-07.2020.8.19.0001
7	2020	0184831-83.2020.8.19.0001
8	2020	0006675-73.2020.8.19.0001
9	2021	0319763-71.2021.8.19.0001
10	2021	0206959-63.2021.8.19.0001

11	2021	0169366-97.2021.8.19.0001
12	2021	0154710-38.2021.8.19.0001
13	2021	0204919-11.2021.8.19.0001
14	2021	0138787-69.2021.8.19.0001
15	2021	0003080-87.2021.8.19.0209
16	2021	0249107-89.2021.8.19.0001
17	2021	0165287-75.2021.8.19.0001
18	2021	0295350-91.2021.8.19.0001
19	2021	0007608-85.2021.8.19.0203
20	2021	0264815-82.2021.8.19.0001
21	2021	0129593-45.2021.8.19.0001
22	2021	0330609-50.2021.8.19.0001
23	2021	0150876-27.2021.8.19.0001
24	2022	0057348-02.2022.8.19.0001
25	2022	0014506-07.2022.8.19.0001
26	2022	0133198-62.2022.8.19.0001
27	2022	0066760-54.2022.8.19.0001
28	2022	0067167-60.2022.8.19.0001
29	2022	0220265-65.2022.8.19.0001

Os 8 processos representam um percentual de 27% do total da amostra, o que é aquém do esperado. Principalmente, se for levado em conta que 8 processos foram distribuídos em 2020. Desses, até outubro de 2022, somente metade tiveram perícia realizada.

Em 2021, foram distribuídos 15 processos de dissolução parcial de sociedade. Até outubro de 2022, apenas em 3 casos ocorreu a liquidação das quotas do sócio retirante, o que perfaz apenas de 20%.

Não obstante a exclusão do sócio ocorra antes da liquidação de suas quotas, as limitações impostas sobre a gestão permanecem até que se saiba o valor do desembolso dos haveres do sócio retirante. Por exemplo, as disponibilidades da sociedade devem ser provisionadas ao invés de serem investidas nas operações.

5) CONCLUSÃO

A severa crise econômica iniciada em 2014, acrescida aos efeitos da pandemia da COVID-19, “esgaçaram” as relações societárias. Muitas delas sem solução, deveriam optar pela arbitragem ou pela mediação para que os vínculos societários sejam desfeitos sem prejudicar as operações.

A divergência entre os critérios de apuração do valor justo gera uma morosidade excessiva e interrompe o desenvolvimento da atividade econômica, uma vez que os recursos ficam provisionados até a liquidação dessa “conta”.

Os Tribunais vêm tentando estabelecer premissas para reduzir essas oposições, mas o tema abarca variáveis como o segmento avaliado, a documentação disponibilizada, os ânimos e as expectativas das partes envolvidas.

Os dados evidenciam a dificuldade da resolução desses conflitos na esfera judicial, principalmente, com o advento do COVID-19 que aumentou relevantemente as demandas de dissolução parcial de sociedade, fazendo com que o Poder Judiciário fique sobrecarregado.

Dessa forma, a arbitragem e a mediação têm sido o caminho mais célere para a resolução da sociedade em relação a um sócio e a consequente retomada do curso natural das operações com o menor grau de prejuízo para os envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 1877331/SP. Antonio Carlos Maia Gutierrez. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 13 de abril de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Agravo no Recurso Especial nº 1835693/PR. Fiasul Industria de Fios Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Brasília, DF, 07 de outubro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Agravo no Recurso Especial nº 1626253/SP. Stefan Ikert Schimenez. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 24 de agosto de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 ago. 2020.

DAMODARAN, Aswath. Avaliação de Investimentos – Ferramentas e Técnicas para a Determinação do Valor de Qualquer Ativo. 2ª ed. Editora Qualitymark, 2001, p. 11.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

POSNER, Richard Allen. **Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação:
0008900-87.2017.8.19.0028. 9ª Câmara Cível. Apelante: Semi Alexandre Filho.
Relator: Desembargador José Roberto Portugal Compasso. Rio de Janeiro, 2019.

A ROMÂNTICA RELAÇÃO ENTRE ADMINISTRADORES E COMPANHIAS NO NOVO MERCADO: O CONSENTIMENTO NECESSÁRIO À VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM ESTATUTÁRIA

João Paulo Hecker da Silva

Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP, Professor e Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito do IBMEC-SP. Secretário Adjunto da Comissão Especial de Direito Processual Civil da OAB-SP, Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Advogado em São Paulo. jphecker@vh.adv.br

Palavras-chave

Novo Mercado; Administração; Arbitragem; Vinculação; Cláusula Compromissória Estatutária.

Sumário

Introdução. 1 Lei de Arbitragem: 1.1 Consentimento explícito. 2 Vínculo entre Administrador e Sociedade Anônima. 2.1 Termo de Posse. 3 Adesão ao Estatuto Social. 3.1 Cláusula Compromissória Estatutária. 4 Regulamento do Novo Mercado. 5 Consequências do Descumprimento do Regulamento do Novo Mercado. Considerações Finais.

*“Like consummated romance, arbitration rests on consent. An agreement of some sort waives each side’s right to invoke the jurisdiction of otherwise competent courts”.*¹⁶⁷

¹⁶⁷ PARK, William W. Non Signatories and International Contracts: an Arbitrators Dilemma. In: HOUT, Tjaco T. van den (Org.). *Multiple Party Actions in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 33.

Introdução

Desde os anos 2000, a B3 mantém um padrão de governança diferenciado para companhias de capital aberto que implica a adoção de um conjunto de regras societárias para listagem no Novo Mercado¹⁶⁸. Dentre tais regras está a necessária cláusula compromissória arbitral estatutária que deveria vincular acionistas, administradores e membros do conselho fiscal. Diante da relação orgânica que tais cargos possuem perante a companhia e deixando de lado a visão mercadológica – e às vezes apaixonada – pela jurisdição arbitral, faz-se necessário compreender que a figura *sui generis* do administrador de companhias abertas não está automaticamente vinculada a tal pacto arbitral.

Isso porque a vinculação do administrador à cláusula compromissória estatutária só se opera se houver a sua expressa manifestação de vontade, assim como um romance¹⁶⁹ se baseia no consentimento mútuo e inquestionável da relação.

Para além de uma simples exigência disposta no Regulamento do Novo Mercado, é possível demonstrar por meio de uma interpretação sistemática da legislação aplicável que a necessidade de um instrumento que exprima a voluntariedade dos administradores de se vincularem à cláusula compromissória estatutária não é mero formalismo. É, sim, elemento necessário e essencial para possibilitar a renúncia ao direito constitucional de acesso à jurisdição estatal.

O reconhecimento da imprescindibilidade de uma sujeição expressa à cláusula compromissória estatutária está – conforme veremos ao longo deste breve estudo – na contramão de parte da doutrina. O que não significa que se trata de uma visão conservadora ou fruto de uma cultura da litigância¹⁷⁰ filiada à uma devoção religiosa ao juiz estatal. Muito pelo contrário. Se reconhecermos os limites de operabilidade do pacto pela jurisdição privada, reforçaremos o instituto da Arbitragem no Brasil nas hipóteses em foi desenhado para operar.

¹⁶⁸ B3. Segmentos de listagem, Novo Mercado. Disponível em https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/solucoes-para-emissores/segmentos-de-listagem/novo-mercado/ Acesso em: 20 jul. 2022.

¹⁶⁹ PARK, William W. *Non Signatories and International Contracts...*, cit., p. 33.

¹⁷⁰ SANTOS, Boaventura; LEITÃO, Maria Manuel; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995.

A moldura kelseniana¹⁷¹ utilizada neste estudo é formada a partir da Constituição Federal de 1988, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976). É, portanto, a partir do conceito de interpretação desse jurista¹⁷² e por meio da análise dos pressupostos legais impostos pela Lei de Arbitragem que pretendemos demonstrar que só é possível vincular os administradores a um pacto arbitral por meio da expressa e escrita sujeição desse administrador à cláusula compromissória estatutária.

Além disso, aliaremos essa estrutura à compreensão da relação contratual *sui generis* que é a posição de administrador de sociedades anônimas. A exigência contida no Regulamento do Novo Mercado de vinculação desses administradores à cláusula compromissória estatutária também reforça a hipótese da problemática em pauta. Ao criar um padrão para a governança corporativa de companhias no Novo Mercado, a fim de fortalecer a segurança jurídica para o mercado de ações e os acionistas, o regulamento também vincula a posse dos administradores a instrumento contratual bilateral que contemple sua expressa sujeição escrita à cláusula compromissória estatutária.

A construção teórica, legislativa e doutrinária que pretendemos expor brevemente aqui não tem a pretensão de esgotar a discussão sobre o tema, mas colocá-lo em perspectiva por meio de uma abordagem objetiva e desapassionada, mas também baseada na ótica de que a jurisdição arbitral tem por espinha dorsal o princípio da autonomia da vontade.¹⁷³

1. Lei de Arbitragem

A Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), com a redação dada pela Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015, é a responsável por instituir a figura da Arbitragem no Brasil. Esse meio privativo e adequado de solução de conflitos possibilita às partes contratantes *optarem* por um juiz privado e é

¹⁷¹ “Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao acto de produção normativa ou de execução que a aplica, o carácter de um quadro ou moldura a preencher por este acto.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 464).

¹⁷² Para Kelsen, a interpretação é “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 463).

¹⁷³ Ou, como postulado por SELMA LEMES, sua *alma mater* (LEMES, Selma M. Ferreira. Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem. In: MARTINS, Pedro A. Batista; CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira (coord.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 73-111).

instituído e regulado por essa legislação sob a espinha dorsal do princípio da *autonomia da vontade*.

Diante do contraste com a redação da Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXXV, que determina que a lei não pode excluir da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito, criando a manifesta garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário, a Lei de Arbitragem teve sua constitucionalidade discutida perante o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Sentença Estrangeira 5.206-AgR.

O então Presidente do STF e Relator do caso, Min. Sepúlveda Pertence, entendeu que a redação da Lei de Arbitragem feria o direito de ação criando uma renúncia ao acesso à justiça em abstrato. No entanto, prevaleceu a corrente do Min. Carlos Velloso que reforçou que tal dispositivo constitucional representa um direito à ação e não um dever¹⁷⁴, bem como a do Min. Nelson Jobim¹⁷⁵ que afirmou não haver renúncia à solução do conflito, mas uma renúncia quanto ao mecanismo estatal. O STF julgou, por sete votos a quatro, constitucional¹⁷⁶ a Lei de Arbitragem a partir do pressuposto de imprescindibilidade do consentimento das partes para a sujeição das disputas ao juízo arbitral, pois “ante a ausência clara e inequívoca do consentimento, a instituição da arbitragem esbarra em vedação constitucional, que assegura a todos o acesso à jurisdição estatal.”¹⁷⁷. Em seu voto, o Min. Sepúlveda Pertence afirmou que a constitucionalidade da arbitragem sustenta-se essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes optam por entregar determinada controvérsia que gira em torno de direitos disponíveis a um terceiro, particular, ao invés de submetê-la à decisão judicial.

A Lei de Arbitragem enquanto parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro está atrelada ao entendimento vinculante do STF. O pressuposto de constitucionalidade estabelecido no julgamento da Sentença Estrangeira 5.206-Agr baseia-se no fato de que só é possível, então, pactuar pela arbitragem

¹⁷⁴ STF declara que Lei de Arbitragem é constitucional. *Conjur.* 14/12/2001. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf-declara-lei-arbitragem-constitucional#:~:text=Por%20sete%20votos%20a%20quatro,STF%20nos%20%C3%BAltimos%20quatro%20anos>. Acesso em 25 jul. 2022.

¹⁷⁵ O Ministro Nelson Jobim afirma em seu voto: “Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12/12/2001, Plenário, DJ de 30/04/2004).

¹⁷⁶ STF, Tribunal Pleno, SE 5.206 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001.

¹⁷⁷ *Idem*.

no Brasil se esse pacto nascer de uma manifestação de vontade expressa das partes.

A redação da legislação arbitral também acompanha essa visão. O artigo 4º da Lei de Arbitragem ao definir a cláusula compromissória a caracteriza como “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir”. Essa disposição, além de ser um reflexo da essencialidade da declaração de vontade e na forma escrita, constitui um núcleo duro legal que representa os parâmetros ditados pelo legislador, como normas de ordem pública processual.

A declaração de vontade como requisito de validade em um contrato é evidente, especialmente diante da aquiescência com a jurisdição privada e por representar uma renúncia de jurisdição, conclusão essa que é reforçada por haver um rol limitado de possibilidades para propositura de ação de anulação da sentença arbitral. Além disso, como espécie do gênero dos negócios jurídicos, a cláusula compromissória é considerada um contrato dentro de outro contrato e, portanto, exige declaração de vontade expressa e por escrito para se aperfeiçoar como tal, sob pena de ser inexistente e, portanto, incapaz de outorgar jurisdição aos árbitros.¹⁷⁸

Os efeitos jurídicos de negócios bilaterais decorrem diretamente de declarações de vontade, feitas com o intuito de produzi-los. Esse fenômeno faz com que a vontade seja a força criadora no direito privado¹⁷⁹. O que se considera essencial¹⁸⁰ no plano da existência é a declaração de vontade *per se*. Sem ela não existe¹⁸¹ negócio jurídico. É por isso que atribuímos à autonomia da vontade o patamar de princípio jurídico e, também, um dos motivos pelos quais a convenção de arbitragem constitui um negócio jurídico pela qual as partes contratantes convencionam submeter a solução de seus litígios à arbitragem,

¹⁷⁸ NANNI, Giovanni E. Cláusula Compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 39.

¹⁷⁹ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 310.

¹⁸⁰ “A essência da arbitragem, como se sabe, consiste na renúncia à jurisdição estatal, motivada pela autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, elegem um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (STJ, REsp. nº 1.733.685/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 06/11/2018, *DJe* 12/11/2018).

¹⁸¹ O plano da existência é então marcado pela presença ou não da manifestação de vontade, o que não implica que haverá efeitos jurídicos decorrentes disso pois ainda é necessária uma análise da validade. Ou seja, é preciso conhecer a qualidade dessa manifestação volitiva, se viciada ou não.

renunciando à jurisdição estatal¹⁸². É diante dessa composição que tal consentimento escrito e expresso é elemento essencial da convenção de arbitragem, manifestação essa de vontade que todos os envolvidos emitem sem dúvidas ou suposições sobre o seu conteúdo, sob pena de anulação da sentença arbitral pela própria Lei de Arbitragem, art. 32, incisos I e IV.

Deve haver, na seara da eleição da via arbitral, diante da renúncia¹⁸³ ao acesso à jurisdição estatal para julgamento do mérito de controvérsias havidas entre as partes, uma necessária interpretação restritiva dessa manifestação de vontade. Tal interpretação deve, então, ser espontânea, específica e inequívoca, porque o art. 114 do Código Civil dispõe que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

Não é por outro motivo que o Código Civil, no art. 113, *caput*, dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e em seu §1º diz que “a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”.

Ademais, de acordo com a boa-fé prevista nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, entre as partes deve haver uma conduta de cooperação, sem qualquer dúvida sobre a verdadeira intenção de cada uma, já que constitui ato ilícito exercer um direito excedendo os limites da boa-fé. Além disso, as partes são obrigadas na conclusão ou execução de um contrato a guardar os princípios da probidade e boa-fé.

A autonomia privada gera para as partes dois efeitos, um, positivo, refletido na liberdade de pactuação e, outro, negativo, que sujeita as partes aos limites dos termos ajustados.¹⁸⁴ É diante desse efeito impositivo da renúncia à jurisdição estatal que a expressa e escrita manifestação de vontade fornece a segurança jurídica¹⁸⁵ necessária à opção pela arbitragem.

¹⁸² COUTINHO, Renato Fernandes. *Convenção de Arbitragem: vinculação de não signatários*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 39.

¹⁸³ “[Renúncia] ato unilateral e gratuito pelo qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a quem quer que seja. Produz a perda absoluta do direito pela manifestação de vontade do titular nesse sentido.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 214).

¹⁸⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: Comentários à Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 271-272.

¹⁸⁵ “[...] onde a segurança jurídica o exige, dê-se forma; onde a dispensa, dê-se a dispensa” (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio. Parte Geral. 1979. p. 266).

Se é por meio do exercício de autonomia de vontade que as partes podem convencionar a jurisdição privada, é natural que a jurisdição do árbitro esteja limitada pela redação da convenção arbitral estatuída entre as partes. Por isso que, por exemplo, considera-se inadmissível e ineficaz a sentença arbitral que envolve terceiro em uma arbitragem sem que tenha ocorrido a outorga de jurisdição aos árbitros.¹⁸⁶

1.1 Consentimento explícito

Os critérios estabelecidos pela Lei de Arbitragem no Brasil e pelo julgamento da Sentença Estrangeira 5.206-AgR pelo STF, juntamente com os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre esse tema¹⁸⁷, parecem convergir para reforçar que o vínculo pelo pacto arbitral nasce do consentimento que só pode ser depreendido a partir da expressa manifestação de vontade explícita de todas as partes envolvidas no conflito.

A expressa manifestação de vontade para a vinculação das partes contratantes é um parâmetro no qual até parte da doutrina estrangeira está alinhada com a nacional, como ressaltado por GARY BORN¹⁸⁸, EMMANUEL GAILLARD e

¹⁸⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.

¹⁸⁷ “Processual Civil. Sentença Estrangeira Contestada. Artigos 15 e 17 da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Falta de assinatura do contrato. Inexistência de Cláusula Compromissória. Incompetência do Juízo Arbitral. [...] 2. Contrato de frete entre portos brasileiros, negociado e executado no Brasil. não assinado pela parte requerida. Não observância da forma escrita para a cláusula compromissória, exigida pela lei brasileira (art. 4º, § 1º, da Lei 9.307/1996), aplicável em primeiro lugar para a verificação da validade da cláusula de lei e foro (art. 99 § 1º, da LINDB). 3. Não há nos autos, ademais, elementos que comprovem a aceitação do juízo arbitral por parte da requerida. 4. Não demonstrada a competência do juízo arbitral que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação, nos termos do art. 15, 'a', da LINDB. 5. Homologação indeferida” (STJ. Sentença Estrangeira Contestada n. 11.593-EX, Ministro Benedito Gonçalves, j: 16/12/2015. No mesmo sentido, mas anterior: STF. Sentença Estrangeira Contestada n. 6.753-7, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 13/06/2002).

¹⁸⁸ “*The foundation of international commercial arbitration is the parties’ agreement to arbitrate and their procedural autonomy. Equally important, parties agree do arbitrate with particular other parties, according to specified procedures – not to arbitrate with anybody, in any set of proceedings*” (BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2014. p. 2072).

JOHN SAVAGE¹⁸⁹. Inclusive, a Convenção de Nova York, no artigo II (1) e (2)¹⁹⁰ expressamente corrobora essa necessidade quanto à forma escrita, não somente da convenção de arbitragem, como também do consentimento daqueles que optam por renunciar à jurisdição estatal. No Brasil há um efeito severo de renúncia ao direito de confiar seu litígio à justiça pública¹⁹¹ que não pode simplesmente ser deduzido.

A modalidade inequívoca de manifestação de vontade válida para firmar pacto de jurisdição arbitral no Brasil é a manifestação por escrito em instrumento contratual bilateral que vincula as partes signatárias. Afinal, a Arbitragem é parte integrante do âmbito dos negócios jurídicos que têm na manifestação de vontade elemento estrutural para sua formalização. No entanto, existem exceções a essa clássica externalização de manifestação de vontade vinda do contrato bilateral como se verá adiante, mas que destoam das hipóteses aqui tratadas.

Na qualidade de negócio jurídico, é possível em tese e em determinadas circunstâncias admitir que o consentimento à cláusula compromissória seja manifestado via comportamento das partes. O STJ¹⁹², restringindo tal assertiva, entendeu que é possível depreender uma manifestação de vontade a partir do

¹⁸⁹ “*It is equally inappropriate to resort to a general principle of interpretation in favorem validitatis or in favorem jurisdictionis, whereby arbitration agreements are to be interpreted extensively. Although it is true that arbitration is now a normal means of resolving disputes in international trade, and that arbitration agreements should therefore not be interpreted 'restrictively' or 'strictly', it remains perfectly legitimate to choose to have one's international disputes settled by the courts. Consequently, and in contrast to statutory interpretation, there is no place here for logic of principle and exception. All that matters is the parties' common intention, established on the basis of the principles of interpretation described earlier. A mere allegation that an arbitration agreement exists will not raise a presumption that the allegation is well-founded by virtue of a supposed principle of favorem validitatis.*” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International, 1999. p. 261-262).

¹⁹⁰ Artigo II 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

¹⁹¹ “Se hoje não se mostra aceitável recusar o caráter jurisdicional à sentença obtida por meio da arbitragem, não se pode, porém, deixar de ressaltar sua fonte remota, mas relevante, no negócio privado livremente estabelecido entre os litigantes, e sem o qual a jurisdição do árbitro nem sequer existiria. [...] É de se ressaltar sempre que a justiça desempenhada pela arbitragem é originariamente uma justiça privada instituída pelos contratantes para excluir seus litígios da jurisdição pública. São eles, os contratantes, que afastam, nos termos do contrato, a função estatal e a substituem pela jurisdicção de particulares que, nas circunstâncias negociais, assumem a missão de julgar. [...] Porque se trata de uma renúncia ao direito de confiar seu litígio à justiça pública, a submissão ao juízo arbitral só obriga às partes que o contrataram.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e Terceiros. Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral: Outras Intervenções de Terceiros*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; ROSSANI GARCEZ, José Maria. *Reflexões sobre Arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 245-246).

¹⁹² STJ. REsp n. 1.818.982/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/02/2020, DJe de 06/02/2020.

comportamento das partes envolvidas, como, por exemplo, quando uma das partes solicita, por escrito, a instauração de um processo arbitral. No Recurso Especial nº 1.818.982/MS julgado em 2020, o STJ compreendeu que o consentimento da Recorrida em se submeter à arbitragem seria inequívoco, uma vez que foi a própria recorrida quem solicitou a instauração do procedimento arbitral.

A manifestação é tácita quando se infere a partir da conduta do agente, exteriorizando a sua vontade como consequência do seu comportamento, normalmente formal e escrito. Tal comportamento apoia-se nos fatos operacionalizados de forma concreta em que se pode construir um significado claro sendo, portanto, uma exteriorização de uma conduta e ação positivas e inquestionáveis da manifestação de vontade de se vincular a uma cláusula compromissória. No comportamento de instaurar uma arbitragem, como no caso julgado pelo STJ, há uma ação concreta e por escrito que manifesta inequivocamente a sujeição da parte à jurisdição arbitral e, portanto, ainda que na ausência de instrumento por escrito expressando tal manifestação, pode-se falar em existência do necessário consentimento (ou de ter-se operado a renúncia à jurisdição estatal).

Nota-se, portanto, que pretendemos diferenciar os conceitos de “tácito” e “implícito”. Enquanto a manifestação tácita é aquela que não é expressa por palavras, mas é decorrência de uma interpretação de um comportamento com base em uma atribuição advinda da lei, o implícito é aquela interpretação de uma manifestação que é presumida, sem ação ou omissão legalmente prevista. Portanto, ainda que seja possível observar uma manifestação que expresse um consentimento tácito, não é possível permitir que a aferição do consentimento à arbitragem se faça de modo mínimo, implícito, sob pena de banalizar a cláusula compromissória e suscitar movimento adverso aos princípios basilares da sua instituição.

Além disso, o consentimento tácito não se confunde com as hipóteses de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros¹⁹³ que são restritas às situações em que haja (i) um terceiro beneficiário e vinculado à manifestação de

¹⁹³ “A participação de um terceiro em um processo arbitral está condicionada a um requisito adicional, que é a vontade do terceiro não signatário da convenção de arbitragem. Não desejando participar do processo arbitral, sua inserção por provocação de uma das partes seria um ultraje à sua liberdade de contratar e equivaleria a uma indevida extensão subjetiva da cláusula compromissória.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124).

vontade; (ii) coligação contratual; (iii) grupo econômico; ou (iv) desconsideração da personalidade jurídica. Em resumo, sem uma vinculação expressa de significado ao silêncio legal¹⁹⁴ não há vinculação à arbitragem, especialmente porque as hipóteses citadas acima decorrem de uma relação bilateral em que houve um consentimento – também bilateral – dos agentes envolvidos ou relacionados e um comportamento ativo e não um silêncio embutido de uma interpretação que transgride o art. 111¹⁹⁵ do Código Civil. Isso porque, no caso da vinculação à arbitragem, a lei expressamente exige a expressa manifestação de vontade.

Apesar do art. 107 do Código Civil admitir que o consentimento para vincular uma parte pode ocorrer expressa ou tacitamente, fato é que, no que se refere à escolha da arbitragem, tal manifestação de vontade deve ser expressa e concludente, de modo a “não permanecer qualquer dúvida sobre a intenção do titular no que concerne à sua vontade em renunciar a direito fundamental”.¹⁹⁶ Ora, se o art. 114 do Código Civil dispõe justamente que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”, qualquer renúncia de direito então deve ser interpretada de maneira restrita, e isso não poderia ser diferente no tocante à vinculação do administrador à cláusula compromissória estatutária.

Assim, é evidente que não se pode permitir que a aferição do consentimento à arbitragem se faça de modo automático, mínimo ou implícito. Não existe aderência automática à arbitragem por omissão e isso decorre, como visto, pela aplicação direta da lei, da intenção do legislador e do entendimento do STF quando declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Repise-se que no sistema jurídico brasileiro a exteriorização da vontade de se comprometer ou de se submeter à arbitragem exige forma solene, por intermédio de um consentimento escrito, admitida excepcionalmente a concordância tácita e presumida mediante a evidência de comportamento concludente, positivo e inquestionável.¹⁹⁷

¹⁹⁴ “[...] é incontestável e incontestado que o silêncio possui, na ordem jurídica, certo valor... Na realidade, o silêncio só produz efeitos jurídicos quando, devido às circunstâncias ou condições de fato que o cercam, a falta de resposta à interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, a abstenção, a atitude omissiva e voluntária de quem silencia induz a outra parte, como a qualquer pessoa induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada.” (RÁO, Vicente. *Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 119-120).

¹⁹⁵ “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

¹⁹⁶ ADMY, Pedro. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 65, 199-204.

¹⁹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Op. cit.*, p. 52.

Perceba-se, por exemplo, que o consentimento presumido¹⁹⁸ que se afere pelo comportamento inquestionável do agente, tal como o consentimento pelo não exercício do direito de retirada do art. 136-A da Lei da S/A, pressupõe exatamente a existência dessa garantia do direito de retirada para os acionistas contrários à inserção da cláusula compromissória no estatuto social. Nesse caso, como veremos ainda adiante, há um comportamento positivo cuja conclusão se vincula diretamente à adesão à cláusula compromissória. Porém, essa hipótese diz respeito aos acionistas, mas não aos administradores, que sequer são parte ou signatários do contrato de sociedade. Se o acionista não exerce o direito de retirada, a cláusula compromissória está tacitamente aceita.

Não há tal mecanismo para os administradores e nem seria o caso mesmo. Não há, na posse de sua função pelos administradores de uma sociedade anônima de capital aberto qualquer comportamento de que se possa depreender uma manifestação de vontade expressa, por escrito e ainda inquestionável de sua submissão à cláusula compromissória estatutária. Parece óbvia a diferença entre o exercício da administração de uma companhia aberta e o não exercício do direito de retirada do acionista.

Por isso que é necessário, na seara da eleição da via arbitral pelos administradores, aplicar uma lógica e coerente interpretação restritiva, assim como se dá em caso de renúncia a direitos¹⁹⁹⁻²⁰⁰. A interpretação dos instrumentos contratuais celebrados pelos administradores com a companhia, tal como o documento pelo qual há a adesão do administrador à cláusula compromissória estatutária, deve não só ser interpretada restritivamente, mas também destacar que tal renúncia à jurisdição estatal é espontânea, específica e inequívoca.

Como se verá, a doutrina parece se apegar ao vínculo entre o administrador e a sociedade anônima (especialmente ao fato de os administradores terem a missão e o dever fiduciário de cumprir os estatutos) para interpretar um

¹⁹⁸ “Presumido” é o que se baseia em indícios e suposições (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2294).

¹⁹⁹ “E como todo e qualquer mecanismo de restrição de direitos, a interpretação da efetiva vontade das partes deve ser feita de forma restritiva, ou seja, devem-se considerar como efetivamente vinculadas à arbitragem apenas aquelas partes que, inequivocamente, manifestaram sua ciência e adesão ao referido mecanismo.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Extensão da Cláusula Compromissória a Partes Não Signatárias no Direito Societário. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXXIII, n. 119, abril de 2013. p. 143).

²⁰⁰ “[Renúncia é] ato unilateral e gratuito pelo qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a quem quer que seja. Produz a perda absoluta do direito pela manifestação de vontade do titular nesse sentido” (AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 214).

comportamento capaz de expressar manifestação à cláusula compromissória a partir da simples anuência à função de administrador. Tal visão, além de sobrepor aspectos paralelos da função exercida pelo administrador e seu vínculo perante a sociedade anônima, também constrói uma possível manifestação implícita, o que seria impossível diante do fato de que há renúncia implícita a direito fundamental estatuído em cláusula pétrea da Constituição Federal.

2. Vínculo entre Administrador e Sociedade Anônima

Para compreendermos se as responsabilidades do administrador estão em um patamar tão caro à companhia que os direitos fundamentais da pessoa física que ocupa tal cargo estariam derogados pelo que dispõe o estatuto social é necessário compreendermos qual é a natureza jurídica da relação havida entre eles.

A relação orgânica que os administradores têm perante a sociedade é radicalmente oposta à relação contratual que os acionistas têm. Os administradores, ao contrário dos sócios, não subscrevem o estatuto social da companhia que administram nem são signatários do contrato de sociedade²⁰¹. Assim, a relação jurídica estabelecida pelo administrador com a sociedade é celebrada por contrato diverso e possui natureza jurídica também diversa daquela havida entre os sócios e a sociedade. Com os administradores, celebra-se novo negócio jurídico, um contrato *sui generis*²⁰² de administração, que em nada se confunde com o contrato de sociedade, seja quanto à forma, seja quanto à regulação. Exatamente por essas diferenças essenciais é que a forma de anuência do administrador e do sócio à cláusula compromissória estatutária não é a mesma nem possui os mesmos requisitos.

O fato de que o administrador deve obediência ao estatuto social conforme o art. 154 da Lei das S/A, não o torna parte desse contrato, pelo que obrigações de caráter personalíssimo e desvinculadas das atividades puramente relacionadas à administração da sociedade – como é a derrogação da jurisdição

²⁰¹ , Ivo; RENNÓ, Ana Cláudia de Oliveira. Arbitragem societária: a inserção do art. 136-A na Lei n. 6.404/76 e algumas questões ainda pendentes de solução. In: TEIXEIRA, Tarcisio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da C. (coords). *Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral*. Barueri: Manole, 2018.

²⁰² “A teoria do contrato de administração, ou contrato *suis generis*, surgiu a partir da insuficiência das demais teorias contratuais a explicar a natureza da relação jurídica.” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Administradores de Sociedades Anônimas: relação jurídica entre o administrador e a Sociedade*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 127).

estatal – não são oponíveis ao administrador, a menos que ele, em instrumento apartado e de forma clara e inquestionável, aquiesça com a assunção dessas obrigações (na forma do art. 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem).

A escolha por renunciar à jurisdição estatal e dirimir conflitos pelo meio arbitral é vinculante, pois decorre de um *arbítrio* das partes e constitui um direito subjetivo do administrador. Isso significa uma vinculação estrita àqueles que são signatários do contrato onde está inserida a cláusula compromissória.²⁰³ Em consequência disso, tem-se que não se pode vincular à cláusula arbitral estatutária um administrador de uma companhia aberta sem seu consentimento expresso e por escrito.

Além disso, não é a eventualidade de ausência de um acionista controlador em uma companhia aberta que seria capaz de harmonizar as relações societárias a ponto de suprir a necessidade de uma anuência expressa e por escrito do administrador à cláusula compromissória estatutária. Embora as atribuições comerciais do administrador ganhem força pela ausência de um acionista controlador ou bloco de controle, haver ou não um controle disperso não implica alteração substancial do vínculo jurídico havido entre os administradores e a sociedade administrada; muito menos para viabilizar tal vinculação do administrador sem seu consentimento claro e por escrito.

Aliás, importante também mencionar que como a derrogação da jurisdição estatal em benefício da arbitral é matéria afeta à esfera pessoal do administrador, sem nenhuma ligação com a limitação dos poderes e deveres inerentes ao exercício da atividade profissional para a qual foi contratado, não há razão para concluir pela relevância da presença (ou não) de um acionista controlador para fins de definição da jurisdição à qual o litígio em análise se submete. A existência de um controle disperso ou pulverizado em nada prejudica a não vinculação automática do administrador à cláusula compromissória estatutária, nem mesmo pela suposta maior (nem sempre!) responsabilidade do administrador nesses casos. Ou seja, a inexistência de um controlador em nada altera a natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade, muito menos tem efeitos diretos ou indiretos na sua vinculação à cláusula compromissória estatutária.

²⁰³ SCHUTESKY, Igor; BARROS, Guilherme Freire de Melo. Terceiros na arbitragem: um estudo da jurisprudência brasileira. In: MARINONI, Luiz Guilherme; LEITÃO, Cristina Bichels (coords.). *Arbitragem e direito processual*. São Paulo: RT, 2021. p. 103.

Isso porque a responsabilidade societária – regulada pelos deveres elencados nos artigos 153 a 160 da Lei das S/A – não se confunde com a responsabilidade que a pessoa física do administrador compactua por meio da aceitação desse *múnus*, nem mesmo quando devidamente registrada por meio de competente Termo de Posse em que não se inseriu a expressa submissão à cláusula compromissória estatutária. As atividades inerentes ao cargo de administrador e seu dever fiduciário e funcional não se confundem com o negócio jurídico processual de sua sujeição à cláusula compromissória, direito subjetivo esse que somente poderia ser objeto de renúncia se fosse expressa e nos termos da lei.

Por isso não procede o fundamento de que o administrador é responsável pelo conhecimento do estatuto social, o que o vincularia à cláusula compromissória por extensão²⁰⁴. Não há espaço para construir o entendimento de que ao aceitar o cargo de administrador e de fazer cumprir o disposto no estatuto social, automaticamente estaria vinculado à cláusula compromissória sem manifesta violação ao exercício da autonomia da vontade. Se o administrador não participa do estatuto social, mas o obedece e implementa, apenas as disposições estatutárias diretamente relacionadas com a administração da sociedade são a ele oponíveis, não seu direito subjetivo de buscar ou se submeter à jurisdição estatal para solução de seus conflitos com a sociedade, algo de cunho eminentemente processual.

A partir de tal modelo estrutural teórico, podemos compreender que, sob a ótica administrativa, há um fluxo de decisões e informações que operam de modo mais fluido, menos custoso e dinâmico, mas, ao mesmo tempo, com maior risco e responsabilidade. Se os administradores agem como a companhia e não apenas a representando, os atos praticados por eles são válidos porque vinculam a companhia diretamente. É por isso que, segundo ARMANDO ROVAI e ALEXANDRE

²⁰⁴ “Permita-se apenas uma digressão para lembrar que a vinculação dos administradores e fiscais à cláusula arbitral já incluída no estatuto antes de seu empossamento, mesmo sem a sua assinatura no termo de anuência, parece-nos uma exigência lógica, considerando que, em quase todos os casos em que a companhia for parte em um litígio, será o administrador ou fiscal o seu litisconsorte. Também uma exigência moral, pois o administrador é, sem sombra de dúvida, aquele que não apenas conhece o estatuto de sua companhia, mas tem o dever de conhecê-lo”. (LEVY, Daniel de Andrade. Aspectos Polêmicos da Arbitragem no Mercado de Capitais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Issue 27, 2010. p. 7-37. Disponível em <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/7.27/RBA2010039>. Acesso em 21 jul. 2022).

GINZEL,²⁰⁵ esses órgãos representam centros de poder dentro da sociedade anônima e, sob uma ótica jurídica, acarretam *formalidades* que devem ser seguidas para se alcançar a validade e eficácia dos atos praticados pela sociedade.

É sutil, mas de essencial importância atentar-se aos efeitos que as formalidades operam nesse modelo estrutural. Os centros de poder decisório da companhia estão atrelados a requisitos legais e regulatórios. Tanto a Assembleia Geral do Conselho de Administração, quanto a Diretoria e o Conselho Fiscal possuem uma função dentro da sociedade anônima cujos contornos de operação são determinados por questões formais.

O objeto norteador da investigação, a previsão de vinculação à cláusula compromissória estatutária no Termo de Posse, é exemplo dessa formalidade essencial que compõe a estrutura societária.

2.1 Termo de Posse

O modelo estrutural orgânico das sociedades anônimas aperfeiçoa-se por meio das formalidades necessárias postuladas por meio de legislação e regulação. No caso dos administradores, o art. 157²⁰⁶ da Lei das S.A. vincula a investidura dos conselheiros e diretores à assinatura do Termo de Posse. A assinatura desse termo é ato unilateral do administrador que, atrelado à eleição deste, ato unilateral da companhia, consuma a bilateralidade contratual de vinculação entre administrador e companhia²⁰⁷.

O vínculo entre a companhia e seus administradores decorre de um contrato absolutamente diverso do estatuto social. Ao aceitar a posse, o administrador vincula-se ao estatuto social, o qual deverá integrar a disciplina de seus poderes e limitar o exercício de suas funções. A cláusula arbitral estatutária, no entanto, extrapola o regramento dos limites da atuação do administrador. A

²⁰⁵ ROVAI, Armando; GINZEL, Alexandre. Responsabilização de Diretores na administração de sociedade anônima. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 72 (abril-junho 2016), item 1.

²⁰⁶ Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular.

²⁰⁷ “[T]rata-se de negócio jurídico bilateral *suis generis* ou atípico, de forma solene e passível de rescisão ad nutum, em que se exigem a plena capacidade de exercício, requisitos específicos e a inexistência de impedimentos do contratado para a atribuição, mediante remuneração, de poderes de apresentação e/ou gestão, indelegáveis e intuitu personae, para o exercício, autônomo e com a diligência de um administrador competente e consciencioso, de uma atividade destinada à obtenção do interesse social” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Op. cit.*, p. 235).

jurisdição em que os conflitos devem ser apreciados não se confunde com a limitação dos deveres ou poderes do administrador, de modo que se exige a renúncia expressa à jurisdição estatal.

Prevalece, por isso, a posição mais conservadora, no sentido de que profissionais não abrangidos pela cláusula somente aderem a ela por instrumento separado. Segundo RICARDO APRIGLIANO²⁰⁸, somente assim é que se pode cogitar modalidade de extensão da convenção de arbitragem. Sendo, então, uma supressão de uma garantia constitucional, a interpretação dessa modalidade de anuência deve ser restritiva, exigindo do administrador o consentimento expresso por meio de termo em que expressa a sua anuência à referida cláusula. CARLOS DE MAGALHÃES também sustenta que é necessário que o administrador firme um termo específico ou que concorde expressamente, em seu termo de posse, em se submeter à arbitragem.²⁰⁹

Diante da necessidade de se cumprir com a bilateralidade dos negócios jurídicos para vincular ambas as partes à cláusula compromissória estatutária, na ausência de tal sujeição escrita no Termo de Posse ou em documento apartado, o administrador não está vinculado de forma implícita, muito menos pelo fundamento de que deve obediência ao estatuto social da companhia. Apesar de haver uma bilateralidade no contrato de administração, existente por meio da assinatura do Termo de Posse, até por ser uma exigência formal da Lei das S/A para a investidura na função, analogamente, então, não estaria o administrador vinculado à cláusula compromissória estatutária sem que essa renúncia à jurisdição estatal esteja expressa no referido Termo de Posse.

Seria um contrassenso supor que um descumprimento pela companhia do disposto em seus estatutos pudesse gerar consequências a terceiros e especialmente absurdo concluir que por esse motivo tal terceiro estaria vinculado à jurisdição arbitral. Aqui retorna-se ao básico: a vinculação à arbitragem deve ser expressa e formalizada por escrito. Não existe aderência automática à arbitragem, ainda mais por consequência de omissão de terceiro.

²⁰⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Extensão da cláusula compromissória..., cit., p. 140.

²⁰⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. A responsabilidade dos administradores em alienações e aquisições de ativos relevantes. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, São Paulo, jul./set., 2013. p. 92.

3. Adesão ao Estatuto Social

A estrutura das Sociedades Anônimas tem como lastro fundamental o disposto no estatuto social. À luz da teoria organicista e a sua analogia, o estatuto social é como o *DNA* daquele organismo societário que tem por objetivo a satisfação dos fins sociais. Enquanto a Assembleia Geral é o centro de competência política da companhia²¹⁰, os outros órgãos são responsáveis pela execução e direção dos negócios, gestão de bens e persecução da finalidade social.

Há, diante da repartição de competências estabelecida legalmente, uma relação assimétrica hierárquica nas sociedades anônimas entre o acionista e o administrador²¹¹. Enquanto o acionista compõe a Assembleia Geral, que é órgão responsável por, inclusive, alterar o estatuto social, os administradores devem se ater à extensão de seus poderes conforme o estatuto social.

A assimetria implica, inclusive, uma relação contratual diferente. Enquanto os acionistas se vinculam às finalidades sociais da companhia, tendo por finalidade última a distribuição de dividendos, a partir do instrumento de compra e venda de ações, o que lhe garante uma parcela da companhia, os administradores, conforme abordado acima, tomam posse desse cargo por meio de dois atos unilaterais: eleição pela Assembleia Geral e assinatura do Termo de Posse.

Apesar de se compreender que o estatuto social não é, nem perante os acionistas, um contrato bilateral, uma vez que prevalece o caráter institucional da sociedade anônima²¹², ao adentrar na sociedade, o acionista passa a integrar e a se submeter aos termos do instrumento que disciplina sua vida nessa instituição, não podendo escolher os dispositivos estatutários aos quais pretende ou não

²¹⁰ BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 72, n. 2, p. 389-401, 1977.

²¹¹ “Além do objeto social, o estatuto poderá restringir a extensão dos poderes dos diretores à prática dos atos de ordinária administração. Referidos atos serão concebidos como todos aqueles dentro do objeto social e que não tenham sido atribuídos pela Lei ou reservados pelo estatuto à deliberação prévia do Conselho de Administração ou da Assembleia Geral de Acionistas.” (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Administradores de sociedades anônimas. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/238/edicao-1/administradores-de-sociedades-anonimas>. Acesso em 20 jul. 2022).

²¹² WEBER, Ana Carolina. A Cláusula Compromissória Estatutária e o Direito de Recesso; ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.) *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6.

estar vinculado. Por isso, há uma diferença jurídica fundamental entre as figuras do acionista e dos administradores, já que aquele possui posição de signatário do contrato de sociedade com poderes, inclusive, para alterar seu estatuto, e estes são eleitos para administrar a sociedade em atendimento a deveres fiduciários.

Apesar desse desequilíbrio de forças entre acionista e administrador não significar que o estatuto social seja juridicamente qualificado como um típico contrato de adesão²¹³ perante os administradores, não nos impede de fazer uma analogia a partir dos contornos legais estipulados no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem. Não seria *absurdo*, mas algo coerente e lógico, traçar um paralelo entre a situação do administrador e a de um indivíduo ao se vincular a um contrato de adesão que contém cláusula compromissória de arbitragem. Isso porque a intenção legislativa é impor como regra a aferição da explícita manifestação de vontade em contratos não negociados ou nos quais uma das partes é mera aderente de seus termos: exatamente como ocorre entre os administradores e o estatuto social.

Há uma semelhança entre os contratos de adesão e o estatuto social que é a não negociabilidade e o fato de a aceitação para firmar aquele negócio jurídico estar no simples consentimento²¹⁴ de aderência àquele conteúdo preestabelecido da relação jurídica contido no Termo de Posse. Por parte dos administradores essa ausência de negociabilidade é patente, a aderência é total, já que no Termo de Posse o administrador se compromete a respeitar o disposto no estatuto social no exercício de suas funções. O administrador, diferente do acionista, não tem sequer prerrogativas para alterar a redação ou discutir as cláusulas do estatuto social, pois a posse do cargo de administrador é sempre para cumprimento dos termos desse contrato social negociado entre os acionistas.

²¹³ “Os defensores dessa tese argumentam que a sociedade é um contrato plurilateral, sendo, portanto, próprio da natureza de tal espécie contratual o fato de a eficácia de suas cláusulas produzir-se em relação a todos os sócios, inclusive, àqueles que eventualmente foram dissidentes da deliberação, haja vista a prevalência do princípio majoritário, como ocorre no caso das sociedades anônimas.” (MUNHOZ, Eduardo. A importância do sistema de solução de conflitos para o direito societário: limites do instituto da arbitragem. In: YARSELL, Flávio; SETOGUTI, Guilherme. (Coord.) *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 77).

²¹⁴ “[...] adere, em suma, a uma situação jurídica que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento há de se manifestar como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 134).

O equilíbrio de forças que é pressuposto da arbitragem, conforme entendimento de HENRY MOTULSKY e ROBERT PLAISANT²¹⁵, não está presente diante da posição assimétrica da relação entre administrador e companhia, uma vez que não é possível obrigar²¹⁶ o polo que não tem condições de negociar os termos do contrato a renunciar ao acesso à justiça estatal e vinculá-lo à arbitragem. Portanto, e nem é necessário reconhecer uma possível hipossuficiência do administrador perante a sociedade, é razoável utilizarmos a sistemática do contrato de adesão ou por adesão para equiparar tais figuras para, assim, afirmar que necessariamente a anuência do administrador à cláusula compromissória estatutária deve se dar de forma escrita, em destaque ou em separado, tal como ocorre nos casos de contrato de adesão²¹⁷.

Não há, então, como a mera assunção e permanência no cargo ser capaz de gerar um consentimento implícito apto a vincular o administrador à cláusula compromissória estatutária²¹⁸. Até porque, o art. 113, § 1º, inciso IV do Código Civil dispõe que “a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que (...) IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável”.

Trata-se de um exemplo de uma discussão maior, algo como postulou TULLIO ASCARELLI, para quem as Sociedades Anônimas representariam “uma espécie de microcosmo jurídico, singularmente rico de problemas, que às vezes

²¹⁵ ROBERT, Plaisant; MOTULSKY, Henry. *L'arbitrage et les conflits du travail*. *Revue de l'arbitrage*. 1956, pp. 78-86.

²¹⁶ “[...] para que tais demandas possam ser resolvidas por arbitragem é necessário que os administradores e os fiscais subscrevam convenção de arbitragem [...] não nos parece que disposição inserta em cláusula compromissória estatutária, incluindo os administradores e fiscais, seja eficaz para obrigá-los a percorrer a via arbitral.” (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22. fevereiro de 2018).

²¹⁷ Ver: AgInt nos EDcl no AREsp 1.560.937/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 14/03/2022. STJ; AgInt no AgInt no AREsp n. 1.029.480/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 06/06/2017.

²¹⁸ “No entanto, de acordo com expressiva corrente doutrinária, a rejeição da vinculação automática não significa que o administrador estaria impedido de concordar com a cláusula compromissória estabelecida no estatuto social, admitindo-se, assim, a inclusão do administrador a partir de uma adesão expressa à cláusula por meio de documento apartado, como, por exemplo, termo de posse. Os autores que assim defendem levam em consideração que a impossibilidade de vinculação automática sucederia pelo fato de que o administrador não seria parte do “contrato social”, não estando, desse modo, sujeito aos seus efeitos. Uma outra corrente doutrinária defende, em oposição, que haveria efetivamente uma vinculação tácita à cláusula arbitral. Segundo sustentam estes autores, na existência de cláusula compromissória estatutária que abranja expressamente o administrador, este estaria automaticamente a ela vinculado quando do exercício de sua função, vez que, ao aceitar o cargo, os administradores devem ter conhecimento do estatuto social e devem respeitar integralmente seus termos, inclusive com respeito à resolução de conflitos pela arbitragem. A permanência voluntária no cargo, portanto, para esta corrente, é como se fosse uma concordância tácita ao estatuto social, o que tornaria devesas desnecessária a adesão, por parte dos administradores, a uma de suas disposições em um documento apartado.” (MÜSSNICH, Francisco. A Cláusula Compromissória Estatutária no Direito Societário. *In*: ROCHA, Caio Cesar; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.) *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 141).

correspondem, em um campo mais limitado, a problemas de carácter bem mais geral²¹⁹.

Diante do prisma da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea, a ausência da formalização da submissão escrita e expressa do administrador à cláusula compromissória estatutária contamina a arbitragem ao excluir a possibilidade de acesso ao judiciário²²⁰. É por isso que uma concordância inequívoca do administrador representa elemento obrigatório para o convênio arbitral, pois a renúncia ao judiciário sem o devido consentimento constitui violação a um direito fundamental subjetivo dele.

3.1 Cláusula Compromissória Estatutária

Conforme abordado, os acionistas são parte do contrato de sociedade e possuem poderes de alteração do estatuto social por meio de deliberação tomada em Assembleia Geral. É, portanto, por meio do voto que os acionistas manifestam as suas vontades individuais²²¹, inclusive, criando a vontade coletiva que se torna a vontade concretizada pelo princípio majoritário.

O princípio majoritário é, segundo FRANCISCO MÜSSNICH²²², uma necessidade lógica no âmbito das relações societárias. E, nesse âmbito, a reforma da Lei das S/A, promovida pela Lei nº 10.303/2001, garantiu maior segurança jurídica à arbitragem societária e legitimou o uso do instituto para solução dos litígios societários²²³. Ao incluir o § 3º no art. 109 da Lei das S/A, estabeleceu-se a arbitragem – via cláusula compromissória estatutária – como um direito essencial

²¹⁹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008. p. 503.

²²⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 424-425.

²²¹ COUTO SILVA, Alexandre. anotações sobre a Evolução Histórica das Sociedades Anônimas: In: COUTO SILVA, Alexandre (Coord.). *Direito societário: estudos sobre a Lei de Sociedades por Ações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 450.

²²² MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; PERES, Fábio Henrique. Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso. In: MELO, Leonardo Campos; BENEDUZI, Renato (coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 675.

²²³ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem no direito societário. In: FINKELSTEIN, Maria Reis. *Direito societário: sociedades anônimas*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 319.

dos acionistas de companhias abertas, e não dos administradores, que sequer são referidos no mencionado dispositivo.²²⁴

Mas, no entanto, foi somente em 2015, por meio da Lei nº 13.129, que se estendeu os efeitos da cláusula compromissória estatutária a todos os acionistas de forma compulsória e inquestionável, incluindo, em contrapartida, o direito de retirada nos moldes da redação do art. 136-A §§ 1º e 2º da Lei das S/A. Essa alteração legislativa criou uma vinculação legal do acionista, e não do administrador, à arbitragem e sistematicamente vinculou o não exercício do direito de retirada pelo acionista como uma manifestação comportamental tácita de sujeição à cláusula compromissória inserida no estatuto social. Daí que essa sistemática vale apenas para o acionista, já que a lei não faz referência alguma ao administrador nessa hipótese.

Ou seja, a harmonia entre o art. 109, § 3º e o art. 136-A da Lei das Sociedades Anônimas é uma solução válida para o acionista²²⁵ porque leva em consideração o princípio da autonomia da vontade. Trata-se de uma forma de vinculação cogente do acionista, mas que permite e mantém a premissa de prevalência da manifestação de vontade na renúncia à jurisdição estatal. Embora tenha sido estabelecido que todos os acionistas vinculam-se à cláusula arbitral, ao mesmo tempo assegurou o direito de retirada aos acionistas dissidentes caso não desejem proceder à renúncia da jurisdição estatal, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 136-A da Lei das S/A)²²⁶.

Ou seja, há uma previsão legal que atribui o comportamento positivo e expresso do acionista como sua manifestação de vontade a ponto de, inclusive, garantir a eficácia da convenção de arbitragem somente após o decurso do prazo para o exercício do direito de retirada.

Dessa forma, essa modalidade de vinculação legal à cláusula compromissória independentemente de expressa manifestação de vontade por escrito não se aplica aos administradores, seja pelo silêncio da lei (porque se refere somente a acionistas), seja pela própria sistemática legal que regula o direito de retirada.

²²⁴ § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

²²⁵ FURLAN FILHO, Antônio Moacir. A extensão da cláusula arbitral estatutária aos administradores e conselheiros não acionistas. *Revista de Arbitragem e Mediação (Rarb)*, vol. 49, 2016.

²²⁶ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A Nova Lei das S/A*, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 178-207.

Daí que se pode, nesse caso e em regime de exceção expressamente contido na lei, conceber um comportamento tal que se o acionista não exercer o direito de retirada, a vinculação à cláusula compromissória se opera de pleno direito pela sua inação²²⁷.

A grande realidade é que tal situação constitui exceção legal à regra (também legal) de que o necessário consentimento de ambas as partes para se valerem da arbitragem para solução de seus litígios tem que ser inquestionável e por escrito. Há, com isso, uma imposição legal aos acionistas referente à aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, mas não no tocante aos administradores porque a lei não fez qualquer referência a eles, nem mesmo quando criou o mecanismo para aferição da manifestação de vontade do acionista dissidente na deliberação de alteração do estatuto social para inclusão da cláusula compromissória estatutária.

Apesar das inovações legais também serem fonte de controvérsias para a possibilidade de vinculação de novos acionistas a tal pacto arbitral²²⁸, o que se propõe discutir aqui é apenas a extensão do pacto arbitral aos administradores, figuras não signatárias ou pactuantes do estatuto social que, apesar de lhe deverem sujeição executiva, não podem abdicar ou transacionar direitos pessoais e fundamentais por mera analogia ou suposição quanto à sua declaração de vontade.

De regra, portanto, e a vinculação dos acionistas nesse caso é uma delas, é apenas e tão-somente o consentimento das partes que justifica a sua sujeição à jurisdição arbitral e, pois, ao especial negócio jurídico que lhe dá origem: a convenção de arbitragem. Mas, como visto, a oponibilidade de uma convenção de arbitragem pode decorrer da lei, dando assim origem àquilo que se tem designado, em doutrina, de arbitragem obrigatória, por oposição à voluntária²²⁹, e que se deve reputar admissível somente quando a lei, somente a lei, além de criar a vinculação, contemplar como contrapartida um mecanismo de saída para que

²²⁷ LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem como Justiça do Consentimento e a vinculação de terceiros. Grupos Societários e Econômicos e Grupos de Contratos. Análise da lei brasileira de arbitragem. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (coords.). *25 anos da lei de arbitragem*. História, legislação, doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2021. p. 514-515.

²²⁸ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas: comentários à lei (arts. 1º ao 120)*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 1.017-1.018.

²²⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2015 (art. 1º, nota 18, p. 93, e notas 45 e 46, p. 97).

quem, não a desejando, possa enjeitá-la no nascedouro. Ou seja, um ato positivo de consentimento expresso.

Assim, diante de uma redação legal que não faz referência expressa aos administradores como vinculados à extensão do pacto compromissório arbitral, não há que se falar em uma extensão por analogia.

O art. 109, § 3º, da Lei das S/A não confere, então, força vinculante à cláusula compromissória estatutária perante administradores e titulares de órgão, mesmo quando a cláusula compromissória, em sua modelagem negocial originária e expressa do estatuto social, refira-se nominalmente a tais sujeitos. Essa vinculação, portanto, nunca é automática simplesmente porque a lei não alcança aqueles indivíduos, de quem se exige, pela lei geral, o consentimento expresso e por escrito.

Além disso, a cláusula compromissória no contrato de sociedade é endógena diante da: (i) vinculação legal expressa cuja redação menciona somente os acionistas; e (ii) o mecanismo de aferição de manifestação de consentimento ser um direito também unicamente dos acionistas. Portanto, o que reforça o tratamento diferenciado entre acionistas e administradores, indo talvez a fundo na *mens legis*, é o direito de retirada garantido aos acionistas.²³⁰

Mas não é só. Ao constituírem uma sociedade, celebrando um contrato plurilateral, os acionistas vinculam-se aos termos que aprovaram pela manifestação da própria autonomia de vontade. Não há nenhuma exigência adicional para que as disputas envolvendo esses agentes sejam submetidas à arbitragem, pois eles expressamente já concordaram com a cláusula quando se tornaram partes do contrato de sociedade e não se retiraram no prazo legal no caso de inclusão posterior à formação da sociedade. Outra, contudo, é a situação dos administradores.

Ainda que se entendesse que o estatuto social, ao integrar a disciplina das funções do administrador, ensejaria a aplicação da cláusula arbitral nele inserida a partir da posse ou da assinatura de um Termo de Posse sem essa expressa vinculação²³¹, a Lei de Arbitragem no art. 4º, § 2º exige que os termos da referida

²³⁰ Fato é que, se a intenção do legislador fosse obrigar todos aqueles que se relacionam com a companhia (administradores, diretores e membros de conselhos) a se submeter à cláusula compromissória estatutária, certamente a redação do mencionado dispositivo assim os contemplaria expressamente. Até porque os administradores não são parte do contrato de sociedade e detêm um contrato de administração *sui generis* com a companhia.

²³¹ “[Q]uestão bem mais polêmica, e menos debatida, diz respeito à vinculação dos administradores, tanto das sociedades limitadas como das anônimas. Prevalece, com ampla maioria, a posição mais conservadora, no

cláusula compromissória estatutária sejam ratificados expressamente e por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Por isso, é preciso diferenciar o dever de respeito ao estatuto social pelo Administrador (ele deve gerir a sociedade em respeito às suas disposições) do de submissão à cláusula compromissória estatutária, que: (i) por força do art. 4º, § 1º da Lei de Arbitragem²³² deve ser estipulada por escrito (e por consequência a anuência ou submissão a ela também); e (ii) por força do art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem²³³ deve ser considerada essa submissão ao contrato de sociedade pelo administrador como se um contato de adesão fosse, a exigir que o aderente tome “a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

4. Regulamento do Novo Mercado

Um olhar atento às regras estabelecidas pelo Novo Mercado sobre a cláusula compromissória arbitral permite notar uma atenção ao princípio da autonomia da vontade à medida que mantém a obrigatoriedade de consentimento expresso ao incluir como requisito do Termo de Posse dos administradores a necessária referência à cláusula compromissória societária. Segundo MARCELO VILELA²³⁴, esse olhar mais atento *evitaria* a discussão sobre a vinculação do administrador à cláusula compromissória.

sentido de que tais profissionais não estão abrangidos pela cláusula compromissória, e somente se houver a adesão por instrumento em separado é que se pode cogitar tal modalidade de extensão da convenção de arbitragem”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Extensão da cláusula compromissória...*, cit., p. 140).

²³² § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

²³³ § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

²³⁴ VILELA, Marcelo. *Anais do XV Congresso Internacional de Arbitragem CBAr. Consentimento na arbitragem internacional*. 2016. Painel II O consentimento para arbitrar nas sociedades por ações. São Paulo: CBAr, 2017. p. 63.

O Regulamento do Novo Mercado elaborado pela BMF&BOVESPA²³⁵ e vigente até 2018 previa a obrigatoriedade de apresentação do “Termo de Anuência dos Administradores” e assim dispunha, em sua Seção XIII e item 2.1:

SEÇÃO XIII. ARBITRAGEM

[...]

13.1 Arbitragem. A BM&FBOVESPA, a Companhia, o Acionista Controlador, os demais acionistas da Companhia, os Administradores e os membros do conselho fiscal da Companhia comprometem-se a resolver toda e qualquer disputa ou controvérsia relacionada com ou oriunda deste Regulamento de Listagem, do Contrato de Participação no Novo Mercado, do Regulamento de Sanções, das Cláusulas Compromissórias, em especial, quanto à sua aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem.

13.2 A informação sobre a existência e a vinculação da Companhia à Cláusula Compromissória de arbitragem deve constar da página da Companhia na rede mundial de computadores.

SEÇÃO II. DEFINIÇÕES

2.1 Termos definidos. Neste Regulamento, os termos abaixo, em sua forma plural ou singular, terão os seguintes significados:

[...]

Termo de anuência dos administradores significa o termo pelo qual os Administradores da Companhia se

²³⁵ BM&FBOVESPA. *Bovespa Mais*. Regulamento de Listagem. Regulamento de Aplicação de Sanções Pecuniárias. Cláusulas Mínimas Estatutárias. Disponível em: <https://www.b3.com.br/data/files/4E/42/56/7C/EEF606107D0F9606790D8AA8/Regulamento-de-Listagem-aplicacao-Sancoes-Pecuniarias-Bovespa-Mais.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

responsabilizam pessoalmente a se submeter e a agir em conformidade com o Contrato de Participação no BOVESPA MAIS, com este Regulamento de Listagem, com o Regulamento de sanções e com o Regulamento de Arbitragem, valendo ainda este Termo como Cláusula Compromissória, conforme modelo constante do Anexo A deste Regulamento de Listagem.

[...]

SEÇÃO IV. CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA COMPANHIA

[...]

4.4 Termo de Anuência dos Administradores. A Companhia deverá exigir que todos os novos membros do conselho de administração e da diretoria subscrevam o Termo de Anuência dos Administradores, condicionando a posse nos respectivos cargos à assinatura desse documento, que deverá ser protocolado na BM&FBOVESPA em até 15 (quinze) dias da data de posse dos eleitos.

Em 2018 passou a vigorar o novo Regulamento do Novo Mercado o qual prevê, em sua Seção XII, que o consentimento expresso dos administradores à Cláusula Compromissória passaria a se dar não mais no Termo de Anuência, mas, sim, no próprio Termo de Posse, o qual deveria contar com a expressa submissão do administrador à cláusula compromissória estatutária. Ou seja, nos termos dos artigos 39 e 40 do Regulamento do Novo Mercado²³⁶, o estatuto social das companhias abertas e componentes do Novo Mercado deveria contemplar cláusula compromissória e a manifestação de concordância deveria ocorrer mediante declaração expressa a ser feita juntamente ou no mesmo documento “Termo de Posse”:

²³⁶ B3. *Regulamento do Novo Mercado*. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em: 20 jul. 2022.

Seção XII: Arbitragem

Art. 39 O estatuto social deve contemplar cláusula compromissória dispondo que a companhia, seus acionistas, administradores, membros do conselho fiscal, efetivos e suplentes, se houver, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, na forma de seu regulamento, qualquer controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda da sua condição de emissor, acionistas, administradores e membros do conselho fiscal, e em especial, decorrentes das disposições contidas na Lei nº 6.385/76, na Lei nº 6.404/76, no estatuto social da companhia, nas normas editadas pelo CMN, pelo BCB e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além daquelas constantes deste regulamento, dos demais regulamentos da B3 e do contrato de participação no Novo Mercado.

Art. 40 A posse dos administradores e dos membros do conselho fiscal, efetivos e suplentes, fica condicionada à assinatura de termo de posse que deve contemplar sua sujeição à cláusula compromissória estatutária acima referida.

Ou seja, as próprias regras do novo mercado só evidenciam que, apesar de regramentos esparsos, o que vincula os administradores à cláusula compromissória estatutária é sua expressa manifestação de vontade por escrito em documento apartado ou por ocasião da assinatura no Termo de Posse. Assim, pelas próprias regras no Novo Mercado, somente é possível estender aos administradores os efeitos de cláusula compromissória estatutária da qual não foram signatários com base em sua anuência expressa e escrita.

Há uma incongruência enorme em sustentar haver um consentimento implícito na celebração de um Termo de Posse sem que haja expressamente a sujeição do administrador à cláusula compromissória estatutária porque, se

existisse a propalada *vinculação tácita* do administrador à cláusula compromissória estatutária, não haveria necessidade de condicionar a assunção do cargo à celebração de um Termo de Posse que expressamente contemple sua sujeição à cláusula compromissória estatutária.

O Regulamento não dispõe que a assinatura do Termo de Posse *sem* a adesão expressa gera a automática vinculação do administrador à cláusula compromissória estatutária. Pelo contrário, o Regulamento impõe, como condição para haver tal vinculação, que no Termo de Posse haja essa expressa adesão pelo administrador. O regulamento não é letra morta nem contém palavras inúteis. A exigência de que os administradores das sociedades listadas no Novo Mercado anuem com a cláusula compromissória estatutária tem o claro condão de imprimir eficácia à norma do § 1º do art. 4º da Lei de Arbitragem.

Se o Código Civil no art. 107 dispõe que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”, também não há fundamento de fato e de direito que vincule automaticamente os administradores à cláusula compromissória estatutária, pois os arts. 39 e 40 do Regulamento do Novo Mercado também impõem a necessidade de essa vinculação vir expressa quando da assinatura do Termo de Posse. Evidentemente, tais dispositivos do Regulamento estão em perfeita harmonia com o que está disposto no art. 4, §§ 1º e 2º da Lei de Arbitragem, que determina que deve haver consentimento escrito, bem como no art. 109 da Lei das S/A, que prevê uma vinculação automática somente do acionista.

5. Consequências do descumprimento do Regulamento do Novo Mercado

Faz-se necessário ainda enfrentar o tema em debate sob a ótica de uma companhia que faz parte do Novo Mercado e que, portanto, tem obrigações regulatórias a cumprir, especialmente a obrigação de vincular seus administradores à cláusula compromissória estatutária obrigando-os a assinar um Termo de Posse contemplando sua sujeição à cláusula compromissória estatutária.

Assim, cabe investigar qual a consequência jurídica de a companhia não obter o consentimento expresso de seus administradores no Termo de Posse, afastando-se, desde logo, eventual vinculação automática do administrador como uma pena ou sanção a tal fato. Ou seja, não se pode tratar tal vinculação como

uma espécie de pena por um suposto desatendimento a tais obrigações regulatórias (mesmo que tais obrigações estejam refletidas no estatuto social).

Mesmo que se defenda ter havido, por hipótese, um descumprimento do administrador a tais disposições regulatórias e não da companhia, isso não mitiga a obrigação autônoma exigida pelo disposto no art. 8º da Lei de Arbitragem, porque não se pode conceber a sujeição implícita do administrador a uma renúncia de seu direito fundamental. Ela deve ser expressa e por escrito.

O eventual descumprimento da previsão regulatória de anuência expressa à cláusula compromissória estatutária só poderia ser, por lógica, a aplicação das sanções regulatórias existentes no próprio Regulamento do Novo Mercado²³⁷.

Nesse sentido o Regulamento do Novo Mercado traz um rol de possíveis responsáveis por determinados atos violadores das obrigações regulatórias, a apuração, as sanções respectivas e o procedimento para aplicação dessas sanções. Portanto, eventual descumprimento de obrigações regulatórias somente pode desencadear a aplicação de sanções expressamente previstas e analisadas caso a caso segundo o procedimento previsto no Regulamento. E em nenhuma hipótese há previsão de uma sanção de sujeição automática do administrador à cláusula compromissória estatutária caso seu Termo de Posse apresentado pela companhia venha desacompanhado dessa expressa vinculação.²³⁸ E se houvesse seria totalmente ilegal e inconstitucional, como visto acima.

Aliás, é importante frisar também que a tomada de posse e a anuência à cláusula compromissória são atos jurídicos totalmente independentes, com finalidades e pressupostos diversos, sendo que não há qualquer hipótese de serem tratados um pelo outro em relação aos seus efeitos jurídicos apenas por serem formalizados no mesmo instrumento (Termo de Posse). Ambos os atos jurídicos possuem pressupostos e efeitos totalmente diversos porque assim é definido não só pela lei (LARb., art. 4º, §§ 1º e 2º; LSA, art. 149), mas também nos arts. 39 e 40 do Regulamento do Novo Mercado vigente a partir de 2018.

²³⁷ Ver Capítulo IV, do *Regulamento do Novo Mercado*, vigente a partir de 2018, que trata justamente de eventuais sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento pelas companhias das obrigações ali previstas. (B3. *Regulamento do Novo Mercado*. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em: 20 jul. 2022).

²³⁸ Ver art. 55 do Regulamento, no qual se relaciona as sanções que a B3 pode aplicar em razão do descumprimento de obrigações estatuídas nele: Seção IV, Capítulo IV, do *Regulamento do Novo Mercado*, vigente a partir de 2018 (B3. *Regulamento do Novo Mercado*. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em: 20 jul. 2022).

Não há, portanto, como pretender dessumir que assinado o Termo de Posse sem a expressa aderência à cláusula compromissória estatutária haveria o suprimento jurídico da obrigação de se anuir expressamente a ela. E mais, não há como, por meio da assinatura de um documento de aderência à cláusula compromissória estatutária, dar por suprida a necessidade de se tomar posse mediante a assinatura de um Termo de Posse.

Por essa razão, o suposto descumprimento de uma disposição do Regulamento do Novo Mercado pela companhia nunca implicará a interpretação de vinculação implícita de um administrador à cláusula compromissória estatutária, muito menos se encararmos tal vinculação como uma sanção.

Considerações finais

A opção pela arbitragem nos estatutos e contratos sociais é reconhecidamente vista como uma boa prática de governança corporativa²³⁹. É comum, então, que em estatutos e contratos sociais de companhias abertas haja a pactuação de cláusula compromissória em caso de conflitos societários. No entanto, perante o feixe de contratos que forma uma sociedade empresária,²⁴⁰ pergunta-se como delimitar a extensão da vinculação da cláusula compromissória estatutária, especialmente tendo em vista o art. 4º, § 1º da Lei de Arbitragem, que dispõe uma vinculação somente aos signatários do contrato? Mais especificamente, como estariam os administradores vinculados à cláusula compromissória prevista no contrato de sociedade do qual não são parte?

A resposta está no fato de que todas as formas de interpretação dos dispositivos legais e contratuais estatutários estão, em certa medida, limitadas pelo valor semântico das palavras neles empregadas. Portanto, não é possível privilegiar o atendimento à Lei das S/A, *norma societária*, sob pena de relativizar a Lei de Arbitragem, *norma processual* que tem como espinha dorsal justamente o consentimento expresso das partes.

A necessidade de consentimento é, antes de ser uma restrição ao uso e evolução da arbitragem, sua força. Implica a certeza de que somente se vincula a

²³⁹ “É fundamental prever formas ágeis e eficazes de resolução de controvérsias e divergências entre sócios e administradores e entre estes e a própria organização, para evitar prejuízos ao desempenho ou redução do valor da organização” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBCG, 2015. p. 27).

²⁴⁰ ASCARELLI, Tullio. O empresário. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 36, n. 109. p. 182-189. São Paulo, 1998.

ela quem com ela consentiu, outorgando-lhe a segurança jurídica necessária à renúncia à jurisdição estatal, como bem definiu o STF.

Não podemos dar à lei aplicação diversa dos fins a que se destina, ou permitir que uma lei venha aniquilar os princípios basilares de outra lei. No caso da vinculação dos administradores de companhias abertas à cláusula compromissória estatutária, interpretar a renúncia à jurisdição estatal de forma não restritiva não prestigia o instituto da arbitragem, pelo contrário, gera a banalização apaixonada de uma tese que, a pretexto de reforçar o instituto, produz efeitos contrários, gerando uma reação adversa muito nociva à jurisdição privada. Os argumentos de ampliação subjetiva da cláusula compromissória a esses agentes só têm lugar no Congresso Nacional para alteração da lei de arbitragem ou da lei societária que tratam desse assunto; constituem, por isso, uma proposta ou entendimento *de lege ferenda*. Nada além disso.

A obediência que o administrador deve ao estatuto social, conforme o art. 154 da Lei das S.A., não o torna parte desse contrato. As obrigações de caráter personalíssimo não são vinculadas às atividades orgânicas da relação com a sociedade e, portanto, não são oponíveis ao administrador sem um instrumento apartado que exprima sua voluntariedade em submeter-se a tais obrigações. O exemplo clássico é, portanto, a derrogação da jurisdição estatal que não pode ocorrer como se fosse sanção a um suposto descumprimento de dever regulatório da companhia.

Dessa forma, a *visão apaixonada* pela arbitragem não é suficiente, como bem ressaltado pelo Professor WILLIAM W. PARK²⁴¹, para consumir esse *romance* entre o administrador e a companhia. É preciso haver um *consentimento* inequívoco, expresso e escrito de ambas as partes.

²⁴¹ PARK, William W. Non Signatories and International Contracts..., cit., p. 33.

PREJUDICIALIDADE EXTERNA ENTRE JURISDIÇÃO ARBITRAL E O CONFLITO TRABALHISTA

João Paulo Hecker da Silva

Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP, Professor e Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito do IBMEC-SP. Secretário Adjunto da Comissão Especial de Direito Processual Civil da OAB-SP, Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO. Advogado em São Paulo: jphecker@vh.adv.br.

Ronaldo Vasconcelos

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Presidente da Comissão de Direito Falimentar e Recuperacional do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Advogado em São Paulo: rvasconcelos@vh.adv.br.

Palavras-chave

Jurisdição. Arbitragem. Competência. Trabalhista. Prejudicialidade.

Sumário

1. Introdução. **2.** Jurisdição Arbitral. **3.** Arbitrabilidade Trabalhista. **3.1.** Disponibilidade de Direitos. **3.2.** Distinção entre Arbitragem Trabalhista e Arbitragem Cível. **3.3.** Limites para a Arbitragem Trabalhista. **4.** Conflito de Competência. **4.1** Entendimento do STJ. **5.** Arbitrabilidade e Prejudicialidade. **6.** Conclusão. **7.** Bibliografia.

Forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto

ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos. A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei.²⁴²

1. Introdução

Ao inserir uma cláusula compromissória arbitral em um contrato, presume-se que as partes contratantes estejam cientes das premissas necessárias para a eficácia e validade dessa escolha jurisdicional operada pela renúncia à jurisdição estatal. No entanto, ainda que as condições legais estejam presentes para validade de um determinado contrato, há limites para o exercício da jurisdição arbitral pactuada. Ao estabelecer o limite subjetivo de pessoas capazes e o limite objetivo de direitos patrimoniais e disponíveis, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) instituiu premissas necessárias para garantir a eficácia da renúncia à solução do conflito pela via da jurisdição estatal e, conseqüentemente, a validade do pacto arbitral.

No presente estudo, argumentamos que a concomitância de um processo arbitral e um processo estatal em curso na Justiça do Trabalho pode constituir uma hipótese de prejudicialidade externa. Nesse caso, a questão prejudicada é a análise do reconhecimento da jurisdição arbitral pelos árbitros e a prejudicial é a análise do reconhecimento de um vínculo de emprego perante a Justiça do Trabalho. A prejudicialidade decorre do fato de tal controvérsia esbarrar no limite objetivo da LArb e, por consequência, na definição da sua arbitrabilidade.

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas para iniciar uma discussão objetiva, introduz-se, no espaço desta obra coletiva em homenagem ao grande jurista Modesto Carvalhosa, um ponto de partida para uma discussão maior e desapaixonada. Tendo por esteio os fundamentos da instituição da jurisdição

²⁴² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 84/85.

arbitral feitos pelo jurista²⁴³, põe-se em pauta um cenário conflituoso entre a ordem pública e a autonomia privada. Quais as condições acerca da arbitralidade de uma controvérsia de uma relação que também é objeto de reconhecimento de uma relação de emprego? Por conta disso, abordaremos o efeito processual para a competência da jurisdição arbitral de uma controvérsia trabalhista perante a Justiça do Trabalho, quando pactuada pela cláusula compromissória oriunda de uma relação alegadamente de natureza cível ou comercial.

Essa problemática se intensificou com a inclusão do art. 507-A²⁴⁴ pela reforma da Consolidação das Leis do Trabalho (Lei nº 13.467/17), o qual possibilitou a resolução de conflitos em matéria trabalhista pela via arbitral desde que atendidas algumas condições. Apesar de ser inquestionável haver então uma *arbitragem trabalhista*, além dos limites impostos no próprio dispositivo mencionado para que ela ocorra, há um limite anterior da arbitralidade objetiva de conflitos trabalhistas de ordem constitucional.

Pretende-se argumentar nesse estudo que esse limite é a prejudicialidade externa heterogênea. Uma relação jurídica dita de natureza civil ou comercial em que se previu a resolução de seus conflitos por cláusula compromissória de arbitragem, ao se deparar com o questionamento de que a natureza jurídica do conflito é oriunda de uma relação de emprego tem, no procedimento arbitral, uma prejudicialidade externa heterogênea, principalmente quando há argumentação expressa contida no pedido e na causa de pedir de reconhecimento de vínculo empregatício na referida relação jurídica, bem como nulidade do pacto arbitral. A consequência disso é que, o procedimento arbitral e a definição de competência dos árbitros constituem questões prejudicadas e a discussão de reconhecimento de vínculo de emprego perante a justiça estatal na Justiça do Trabalho constitui a questão prejudicial, ocasionando a necessária

²⁴³ “Funda-se o instituto da arbitragem na autonomia do juízo arbitral vontade ou na autonomia privada, que constitui, no plano dos direitos subjetivos, o poder de autorregulamentação ou autodisciplina dos interesses patrimoniais. E, no plano sociológico, a *ratio* do instituto é a de promover melhor distribuição da justiça em decorrência da presteza e aprofundamento técnico que a sentença arbitral pode trazer às partes que a convencionaram.” CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. 2, p. 349

²⁴⁴ “Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.” BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 01/07/2022

suspensão da decisão arbitral pelos árbitros sobre sua própria competência²⁴⁵ até o trânsito em julgado da definição da natureza jurídica da relação havida entre as partes pelo juízo trabalhista.

2. Jurisdição Arbitral

Após 25 anos da promulgação da Lei de Arbitragem (LArb), a cláusula compromissória já é um elemento contratual amplamente difundido na atividade comercial²⁴⁶. Além de ser considerada por Modesto Carvalhosa²⁴⁷ como um direito subjetivo dos acionistas, a convenção de arbitragem está prevista ainda no Regulamento de Listagem do Novo Mercado elaborada pela BMF&BOVESPA²⁴⁸. No âmbito comercial, conforme argumenta Luciano Benetti Timm²⁴⁹, a opção pela arbitragem para resolução de conflitos é uma escolha econômica fundamentada na Análise Econômica do Direito (AED).

A consolidação da atividade arbitral ao longo dos anos também levou ao reconhecimento pelo Poder Judiciário da jurisdicionalidade do procedimento arbitral. Conforme já estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵⁰ (STJ), apesar de algumas discordâncias²⁵¹, pode-se dizer que o carácter jurisdicional desse

²⁴⁵ Trata-se, também, de mais uma das hipóteses em que é mitigado o princípio *Kompetenz-Kompetenz* já que a decisão dos árbitros necessariamente nesse caso deverá se submeter a um prévio e anterior juízo de arbitralidade da questão controvertida pelo juiz estatal trabalhista. “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, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.602.076** – SP (2016/0134010-1). Recorrente: Odontologia Noroeste LTDA. Recorrido: Grupo Odontologico Unificado Franchising LTDA. Relatora: Min. Nancy Andriahi. Brasília, 15 de setembro de 2016.

²⁴⁶ De acordo com o levantamento estatístico da Câmara do Mercado sobre 2020, 69% das matérias dos procedimentos em andamento são societárias. CÂMARA DO MERCADO (CAM). 2020. **Estatísticas 2020**. P. 8

²⁴⁷ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 2, p. 379-407.

²⁴⁸ B3. **Regulamento do Novo Mercado**. 2018. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em 01/07/22

²⁴⁹ “Nesse sentido, sem as lentes da ciência econômica, partindo-se da premissa superficial de que custo é sinônimo de pagamento financeiro, poder-se-ia acreditar que a arbitragem é cara quando comparada ao método estatal de solução de controvérsias. Em contrapartida, ao se aplicarem alguns conceitos da ciência econômica, por meio da mensuração de todos os custos relacionados a uma disputa, muitas vezes chega-se à conclusão oposta.” TIMM, Luciano Benetti. GUANDALINI, Bruno. RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil. In CARMONA, Carlos Alberto. LEMES, Selma Ferreira. MARTINS, Pedro Batista (org). 1. ed. **20 Anos da Lei de Arbitragem**: Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo. Atlas, 2017. p. 84

²⁵⁰ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 111.230 – DF (2010/0058736-6). Autor: CEBSA. Réu: SE LTDA. Relatora: Min. Nancy Andriahi. Brasília, 08 de maio de 2013.

²⁵¹ “Conquanto legítima e plenamente compatível com a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a atividade arbitral é privada. O árbitro não exerce a jurisdição estatal. Sua origem está em um ato negocial das partes – regrado e até protegido e incentivado pelo Estado. Mas não há um ato de delegação estatal. Se for para utilizar o termo “jurisdição” no sentido clássico, de uma das modalidades de expressão do poder soberano do Estado, a arbitragem não é “jurisdicional” (ainda que o seja em outra acepção, a seguir destacada).”

meio de resolução de conflitos é pacífico. Tal característica atrai, inclusive, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* que, conforme confirmado pelo STJ²⁵², com raras exceções, postula que cabe ao juízo arbitral manifestar-se com primazia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

Contudo, a possibilidade de uma modalidade privada de jurisdição implica em uma renúncia ao direito de ação do art. 5º, XXXV da Constituição Federal e possui limites e condições para que seja válida e eficaz. No Brasil, conforme o primeiro artigo da LArb²⁵³, só são arbitráveis os litígios disponíveis e patrimoniais que envolvam o consentimento de sujeitos capazes. É diante desse entendimento que, em âmbitos outros que não os de natureza civil ou comercial, a possibilidade de pactuação de arbitragem ainda é tímida, apesar de promissora e, às vezes, bem efetiva sob o ponto de vista de adequação das modalidades de resolução de conflitos.

Em direito do consumidor, ambiental, público, tributário ou, em especial análise, em direito que envolve as relações de emprego, a arbitragem é problematizada. A assimetria informacional das partes contratantes,²⁵⁴ a indisponibilidade do interesse envolvido²⁵⁵ e a necessidade de se respeitar os ditames constitucionais brasileiros são temas que influenciam diretamente na definição da arbitrabilidade dessas questões. Esses temas controversos demandam uma análise criteriosa e objetiva que às vezes conflita com aquela mais apaixonada em favor da arbitragem.

A ampliação da competência arbitral pela inclusão do art. 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho demanda essa análise objetiva e desapassionada. Pois, apesar de criar uma competência comum entre a justiça estatal e a justiça arbitral nos termos do art. 114 da Constituição Federal, tal ampliação está limitada pela sua própria redação e pelos limites impostos pela legislação arbitral.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 46, p. 287-313, jul./set. 2015, n. 2.1, p. 288-289

²⁵² BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1614070 – SP (2016/0186006-8). Recorrente: SPPATRIM ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA; CARLOS NEHRING NETTO; EDUARDO DAMIAO GONCALVES; EDUARDO GREBLER. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2018.

²⁵³ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm > Acesso em: 01/07/2022.

²⁵⁴ SCALETSCKY, Fernanda. Arbitragem e “Parte Fraca”: a Questão das Relações de Consumo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 11, n. 41, 2014.

²⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 117-126, 2008.

Cabe, então, compreender o âmbito jurisdicional competente em que caberia a discussão de controvérsias trabalhistas por meio de um Tribunal Arbitral, a fim de não forçar a exegese para aquilo que o hermeneuta deseja, dando asas a fantasias sem amparo legal, como adverte o saudoso Carlos Maximiliano. Afinal, como bem pontua Cândido Rangel Dinamarco:

“favorecer obcecadamente a arbitragem, sem que haja sido manifestada uma vontade assim acima de dúvidas ao menos razoáveis, equivaleria erigir o extraordinário em ordinário, a dano da garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária dos litígios (Const., art. 5.º, inc. XXXV)”.²⁵⁶

3. Arbitrabilidade trabalhista

A inclusão do art. 507-A na CLT não finda todas as controvérsias acerca da arbitrabilidade das questões trabalhistas. Ainda há um caminho a ser percorrido para a recepção pela jurisprudência especializada que é resistente ao reconhecimento da competência da jurisdição arbitral em dissídios individuais trabalhistas²⁵⁷. Diante de uma recente reforma que criou um acesso à jurisdição arbitral, cabe compreender os limites dessa *arbitrabilidade trabalhista*.

3.1 Disponibilidade de direitos

Há uma aparente incompatibilidade entre os direitos trabalhistas e a escolha pela jurisdição arbitral que reside na polissemia da expressão *direitos disponíveis*²⁵⁸. A incompatibilidade entre a redação do art. 1º da LArb²⁵⁹ (Lei n

²⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 96.

²⁵⁷ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso nº 1276872 – RJ (2018/0084050-9). Agravante: Engebra Empresa de Energia do Brasil EIRELI. Agravado: União. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, 01 de dezembro de 2020.

²⁵⁸ A incompatibilidade não diz respeito aos conflitos coletivos. Não há dúvidas acerca da possibilidade de emprego da arbitragem na seara dos dissídios coletivos trabalhistas. O próprio constituinte originário dispôs nos §§ 1º e 2º de seu art. 114 da CF que em sede de conflitos coletivos laborais é plenamente aceita a instauração de arbitragem. Ver: VERÇOSA, Fabiana. Arbitragem para a Resolução de Dissídios Individuais Trabalhistas em Tempos de Reforma da CLT e de Conjecturas sobre a Extinção da Justiça do Trabalho: o Direito Trabalhista na Encruzilhada. **RBA**. Nº 61 – Jan-Mar/2019.

²⁵⁹ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em: 01/07/2022.

9.307/96, LArb) e o art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho²⁶⁰ (Decreto-lei nº 5.451/43, CLT) *a priori* parece impedir que a jurisdição arbitral seja competente para resolução de qualquer conflito de direito do trabalho.

Isso pois a disponibilidade que é pressuposto para discussão pela via arbitral²⁶¹ parece estar ausente nas transações entre empregado e empregador, especialmente com relação aos dissídios individuais de trabalho, por uma pressuposta assimetria de poder entre tais posições, premissas da justiça especializada do Direito do Trabalho. A especificidade de sua matéria, conforme compreendida pela doutrina trabalhista tradicional²⁶², vislumbra a indisponibilidade dos direitos trabalhistas como um dos seus princípios basilares, ao menos sob o ponto de vista de serem eles irrenunciáveis. Ao mesmo tempo, o caráter patrimonial do direito em discussão é condição *sine qua non* para que a disputa seja submetida à arbitragem.

Faz-se necessário, pois, destrinchar o conceito de disponibilidade e compreender que há sim uma compatibilidade entre a matéria trabalhista e a jurisdição arbitral, motivo pelo qual há previsão legal para essa modalidade²⁶³. De modo geral, o conceito de “disponibilidade” costuma ser identificado como a possibilidade de renúncia ou transação do direito material em jogo pelo seu titular. Tal noção de disponibilidade advinda do direito material, não pode ser confundida com a noção de disponibilidade processual, necessária à submissão de um conflito à arbitragem.

A natureza processual da disponibilidade de direitos que dá possibilidade de escolha do juiz privado é paralela à indisponibilidade de se dispor sobre direitos de natureza material²⁶⁴. Diferentemente da disciplina civil, na qual a

²⁶⁰ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 01/07/2022

²⁶¹ O Art.1 da Lei Nº 9.307/96 ratifica como objeto da arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, bem como define que apenas pessoas capazes podem configurar como parte de uma arbitragem. Assim, todo aquele que for capaz de contrair direitos e obrigações na forma do Art.9º do Código Civil, poderá valer-se da arbitragem.

²⁶² DELGADO, Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 81

²⁶³ “Ao lado da solução de conflitos pela via estatal, a reforma trabalhista amplia o âmbito de acesso à justiça, consagrando expressamente no texto legal meio alternativo, ou, como preferem alguns, meio adequado de solução de conflito, no caso, a arbitragem.” SILVA, Bruno Freire. A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça. **Revista de Processo**, v. 278, p. 402, abr. 2018

²⁶⁴ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 63.

disponibilidade seria gênero que englobaria as espécies renunciabilidade e transigibilidade, no direito material especializado, como é a disciplina trabalhista, as figuras da renunciabilidade e transigibilidade são apartadas²⁶⁵. No âmbito processual, diferente do material, a disponibilidade de um direito não implica na possibilidade de renúncia, mas somente de transação e sob determinadas condições.

Essa distinção entre a natureza processual e material também se traduz no que Godinho Delgado²⁶⁶ chamou de indisponibilidade relativa e indisponibilidade absoluta. Isso pois só estão dentro da esfera de indisponibilidade absoluta os direitos que traduzem um “patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política dado momento histórico”. Importante ressaltar que o exemplo primordial de direito que alcança tal status para o doutrinador é o direito à assinatura da Carteira de Trabalho (CTPS)²⁶⁷, ou seja, o direito ao reconhecimento ao vínculo de emprego.

É possível verificar que os direitos trabalhistas são transacionáveis sim, pois a possibilidade de transacionar direitos patrimonialmente auferíveis na Justiça do Trabalho é notória diante da conciliação como principal via de pacificação dos conflitos trabalhistas perante o juiz do trabalho²⁶⁸. Ou seja, sendo a conciliação resultado de uma transação na qual as partes livremente fazem concessões para a solução final do litígio e sob o escrutínio e análise de validade e eficácia de um

²⁶⁵ “A arbitragem não agride ou colide com princípios basilares do Direito Individual do Trabalho, como o da proteção e sua tríplice vertente, o da irrenunciabilidade, o da indisponibilidade, o da igualdade etc., pois tais princípios se aplicam ao direito material individual, e não ao direito processual (ou instrumental) do trabalho, no qual devem prevalecer a imparcialidade e os poderes assistenciais do magistrado, aptos a fazer valer o princípio da paridade de armas” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. P. 179

²⁶⁶ “Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre com o direito à assinatura da CTPS, ao salário-mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 201

²⁶⁷ “[A] controvérsia entre direitos disponíveis e indisponíveis, que costuma ser discutida para afastar a aplicação da Lei nº 9.307/1996, a meu ver, não merece prosperar. Indisponíveis não são todos os direitos trabalhistas. São, por exemplo, a anotação na CTPS, cujos efeitos vão para além da simples relação patrão x empregado, refletindo nos familiares do obreiro; o uso de equipamentos de proteção individual, indispensáveis à saúde e segurança da pessoa do trabalhador. A maioria é perfeitamente disponível e, portanto, negociável.” FRANCO FILHO, Georgeonor de Sousa. A arbitragem nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 148, p. 249, out./dez. 2012

²⁶⁸ “Fato é que nem todos os direitos trabalhistas são, a todo tempo, indisponíveis, pois, se assim o fossem, jamais poderiam ser objeto de transação ou mesmo de negociação coletiva de trabalho.” VERÇOSA, Fabiane. A possibilidade de emprego da arbitragem para a resolução de alguns dissídios trabalhistas individuais. Comentário ao acórdão prolatado pelo TRT da 1ª Região no RO 0011289-92.2013.5.01.0042. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 56, p. 69-106, out./dez. 2017.

juiz do trabalho, tem-se que certos direitos trabalhistas podem ser considerados processualmente disponíveis nessas condições.

A discussão acerca da relação entre arbitragem e ordem pública é antiga, controversa e cheia de nuances que devem ser levadas em consideração quando da análise de cada caso concreto e, no mais das vezes, sempre baseada em parâmetros definidos em lei. Isto porque, muitas vezes, a indisponibilidade de um direito está ligada à ordem pública²⁶⁹ a demandar uma certa positivação para sua implementação, tal como ocorre com as questões de segurança e medicina do trabalho, além de outras sujeitas aos Códigos Penal e Tributário.

A disponibilidade de direitos a que se refere o art. 1º da LArb como premissa para a submissão do conflito à arbitragem é a disponibilidade de vincular-se à escolha pela jurisdição privada. Outro requisito do referido artigo é a possibilidade de expressão de um direito pecuniariamente, característica ligada à patrimonialidade que abrange grande parte dos pleitos trabalhistas. No entanto, a indisponibilidade principiológica intrínseca à matéria trabalhista decorre da limitação da liberdade negocial entre as partes como uma escolha paternalista do legislador brasileiro diante de uma relação assimétrica reconhecida como tal pela própria Constituição Federal.

A hipossuficiência em relação ao empregador é o grande obstáculo ao exercício da liberdade efetiva do empregado. Ela decorre da posição de subordinação na qual o trabalhador se encontra, seja no momento de celebração do contrato, seja no curso da execução contratual. A superioridade jurídica concedida pela lei compensa a inferioridade econômica do trabalhador frente ao empregado. É em razão disso que a distinção do conceito processual e material de disponibilidade é crucial para entendermos também a exceção que a reforma trabalhista²⁷⁰ fez ao possibilitar a arbitragem via art. 507-A da CLT nas condições estabelecidas no próprio dispositivo.

²⁶⁹ "O árbitro a quem é cometida a função (jurisdicional) de dirimir um litígio de acordo com o direito aplicável, tem o dever de aplicar as regras imperativas e, em especial, as que sejam expressão da ordem pública, pelo que a circunstância de o litígio ser regido por normas dessa natureza não deve constituir impedimento a que ele seja resolvido por arbitragem" CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. *In*: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014. p. 438.

²⁷⁰ Ao entrar em vigor, a Lei nº 13.457/2017 (Reforma Trabalhista) ampliou as possibilidades de aplicação de novos institutos, tais como: homologação de acordo extrajudicial (art. 652, alínea "f"); a quitação anual de obrigações trabalhistas (art. 507-B da CLT); a plena quitação de direitos trabalhistas decorrente da adesão à Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada (art. 477-B da CLT).

Aplicando os entendimentos abordados à problemática em tela, em matéria de direito individual do trabalho, não há renúncia de direitos irrenunciáveis²⁷¹ na escolha transacional pela jurisdição arbitral. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas implica da impossibilidade de renunciá-los²⁷², não no carácter transigível de direitos patrimonialmente auferíveis. Sendo, então, a possibilidade de transigir uma controvérsia uma sucessão de concessões recíprocas para atender o melhor interesse das partes, é notória a compreensão de disponibilidade como sinônimo de transigibilidade não de renunciabilidade.

3.2 Distinção da arbitragem trabalhista e arbitragem civil ou comercial

Diante de uma matéria especializada como é o Direito do Trabalho, é de se esperar que a recepção de conflitos trabalhistas perante a jurisdição arbitral também fosse acompanhada de certas peculiaridades diferentes do procedimento arbitral comum.

Não existe arbitragem obrigatória no Brasil. Ela sempre vai partir da voluntariedade e da expressa manifestação escrita de vontade. Tanto a arbitragem em âmbito civil e comercial, quanto a arbitragem trabalhista, iniciam-se, portanto, por meio do consentimento e pela sua pactuação na forma escrita. Tal consentimento, no entanto, possui diferentes requisitos nessas esferas.

Enquanto a arbitragem na esfera privada tem seu lastro na cláusula compromissória arbitral contratual ou na convenção de arbitragem, a arbitragem trabalhista, assim como os contratos de adesão, exige uma manifestação de vontade expressa e por iniciativa exclusiva da parte hipossuficiente. Nota-se, então, uma aproximação legal entre a redação do §2º do art. 4º da LArb que vincula a eficácia da cláusula compromissória nos contratos de adesão “se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição” e a possibilidade de pactuação de cláusula

²⁷¹ “[A arbitragem] não agride ou colide com princípios basilares do Direito Individual do Trabalho, como o da proteção e sua tríplice vertente, o da irrenunciabilidade, o da indisponibilidade, o da igualdade etc., pois tais princípios se aplicam ao direito material individual, e não ao direito processual (ou instrumental) do trabalho, no qual devem prevalecer a imparcialidade e os poderes assistenciais do magistrado, aptos a fazer valer o princípio da paridade de armas” SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018. P. 80

²⁷² “na vigência do contrato de trabalho, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis porque o empregado pode impor a renúncia ao trabalhador durante o contrato de trabalho, em juízo, poderá haver a transação, pois as partes estarão diante do juiz, que poderá verificar os casos de fraude.” MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 41

compromissória nos contratos individuais de trabalho pelo art. 507-A da CLT “desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa”:

“Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja **remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social**, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por **iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa**, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.
(grifos nossos)

O primeiro requisito identificado para instaurar a arbitragem trabalhista é o valor da remuneração do empregado. O empregado precisa possuir uma remuneração superior ao dobro do teto previdenciário (Portaria MF nº 15 de 16/01/2018). Importa ressaltar que o requisito da remuneração para caracterizar o trabalhador como “hipersuficiente” independe da escolaridade do empregado, do cargo ocupado, da qualificação jurídica de sua posição empregatícia ou qualquer outro argumento. Se o valor da remuneração superar o postulado, o legislador estabelece uma hipótese em que não se está diante de um empregado hipossuficiente cuja assimetria negocial com o empregador o impede à escolha da jurisdição, mas que ainda assim e mesmo com a pactuação de uma cláusula compromissória de arbitragem, a arbitragem deveria ser provocada por sua iniciativa ou mediante sua concordância expressa.

Ressalta-se que esse patamar remuneratório é admitido tanto no momento da contratação quanto durante a vigência do contrato, quando o empregado atingir esse mínimo de valor remuneratório e assim for realizado um aditivo ao contrato para realizar a introdução da cláusula compromissória. Todavia, tal critério para a delimitação do poder negocial do empregado não está imune de críticas.

Segundo o doutrinador Estêvão Mallet, apesar dos ganhos mais elevados estarem associados a uma tendência de melhor condição econômica e, por isso, também maior capacidade de negociação, ainda é um critério legal criticável. Tanto é criticável o montante estabelecido como linha divisória de uma

hiperssuficiência que não necessariamente garante capacidade negocial, quanto é criticável a própria adoção de um critério de remuneração que pode apartar da arbitragem situações idênticas, de mesma natureza e titularidade de empregados²⁷³.

O segundo requisito remete à necessidade do trabalhador tomar a iniciativa ou concordar expressamente com a utilização da arbitragem. Pode-se interpretar que tal requisito tem o intuito de prevenir que ao empregado seja imposto uma jurisdição contra sua vontade, sendo que a base principiológica da jurisdição arbitral é a autonomia da vontade²⁷⁴. Espera-se que esses critérios sejam filtros sociais para que a instauração de um procedimento arbitral em matéria trabalhista não seja instrumento de imposição de situações desfavoráveis ao trabalhador. Aqui, portanto, a arbitragem se submete a uma dupla manifestação de vontade de concordância, a primeira quando da celebração da cláusula compromissória e a segunda para referendar essa primeira, quando o trabalhador der início ao processo arbitral ou expressamente com ele concordar.

Os regulamentos das câmaras de arbitragem também se adaptaram diante das novas possibilidades de instauração de arbitragem e seus critérios. O Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB), por exemplo, dispõe sobre o quesito de manifestação expressa pelo empregado quando do início do processo arbitral²⁷⁵. Outra preocupação das Câmaras Arbitrais expressa nos regulamentos é a questão da especificidade da matéria. Diante, pois, de um conflito cuja disciplina possui princípios próprios que não correspondem com os princípios tradicionalmente aplicáveis aos conflitos civis ou comerciais, há uma demanda de especialização das Câmaras. Isso se traduz pelo requisito de escolha do árbitro que será um especialista pré-selecionado pela câmara, conforme postula o regulamento da CAMARB, por exemplo²⁷⁶.

²⁷³ MALLETT, Estêvão. Arbitragens em Litígios Trabalhistas Individuais. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 84, no 2, abr./jun. 2018, p. 50

²⁷⁴ “Funda-se o instituto da arbitragem na autonomia da vontade ou na autonomia privada, que constitui, no plano dos direitos subjetivos, o poder de autoregulação ou autodisciplina dos interesses patrimoniais.” CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, vol. 4, tomo II, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 302

²⁷⁵ “IV DO TERMO DE ARBITRAGEM 4.1 Após a nomeação do(s) árbitro(s), a Secretaria da CAMARB e o árbitro elaborarão, no prazo de 5 (cinco) dias, a minuta do Termo de Arbitragem, que deverá conter: a) **A concordância pessoal e expressa com a adoção da arbitragem pelo(a) empregado(a) ou da parte que pleitear relação de emprego, manifestada através de assinatura em item destacado no Termo de Arbitragem;** (grifos nossos)”. Regulamento de Arbitragem Trabalhista da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – BRASIL, parte integrante e indissociável da Ata de Diretoria de 02 de dezembro de 2019, p. 8

²⁷⁶ “III DO ÁRBITRO 3.1 A arbitragem será julgada por árbitro único, salvo se as partes tiverem previsto de forma diversa. As partes e a Diretoria da CAMARB, nos casos previstos neste Regulamento, poderão nomear

Observa-se, portanto, que a arbitragem de matéria trabalhista possui peculiaridades relevantes que regulam a instauração e condução de um procedimento arbitral²⁷⁷. A remuneração, o contrato²⁷⁸ e a expressa manifestação de vontade do empregado são quesitos fundamentais para garantir a simetria entre a autonomia da vontade do empregado e do empregador. Assim como a formação do Tribunal Arbitral conforme a lista de árbitros de matéria trabalhista é fundamental para garantir a especialidade da matéria em conflito.

Seria, então, incompatível com a natureza peculiar das relações trabalhistas permitir a transformação de um procedimento arbitral civil ou comercial, com fundamento em compromisso arbitral comum, sem o devido cumprimento dos requisitos do art. 507-A da CLT em um procedimento arbitral de natureza trabalhista.

Dado que os princípios peculiares que reconhecem e lidam com a hipossuficiência do empregador são fundamentais para os negócios jurídicos com empregados²⁷⁹, é razoável a interpretação de que a obrigatoriedade de “um contrato” prevendo a adoção da via arbitral é a concretização do preceito segundo o qual não existe arbitragem sem consentimento.

A relação de prejudicialidade diante da coexistência de um procedimento arbitral e uma reclamação trabalhista pedindo o reconhecimento do vínculo de emprego é evidente. A competência da cláusula compromissória pactuada sob

árbitros (i) integrantes da Lista de Referência Trabalhista, (ii) integrantes Lista de Árbitros da CAMARB e (iii) outros profissionais que não façam parte das listas, observado, no que couber a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.” Regulamento de Arbitragem Trabalhista da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – BRASIL, parte integrante e indissociável da Ata de Diretoria de 02 de dezembro de 2019, p. 2

²⁷⁷ “Há, em tese, três momentos em que a contratação da arbitragem trabalhista – para solução de potenciais litígios individuais – é possível: (a) na assinatura do contrato de trabalho; (b) durante a vigência do contrato de trabalho; e (c) no término do contrato de trabalho. De acordo com o artigo 507-A da CLT, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem nos contratos individuais de trabalho mediante o cumprimento de alguns requisitos: (a) Que o empregado receba remuneração (entende-se mensal) superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Considerando que o teto dos benefícios previdenciários é de R\$ 6.101,06 (seis mil, cento e um reais e seis centavos), a arbitragem trabalhista somente é admitida para empregados cuja remuneração mensal seja de R\$ 12.202,12 (doze mil, duzentos e dois reais e doze centavos) ou mais; e (b) Desde que seja pactuada por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos da LArb.” NASCIMBENI, Asdrubal. RABAY, Dario. A Visão da Jurisprudência Trabalhista sobre a Execução das Decisões Arbitrais. In DOURADO, Ruy et al. **Atualidades da Arbitragem Comercial**: Estudos dos Membros da Comissão de Arbitragem e do Comitê de Coordenação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/SP São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 136

²⁷⁸ É preciso criticar, aqui, a existência da hipótese de aplicação do regulamento de arbitragem trabalhista no que se refere a “solicitação de arbitragem contenha pedido expresso de reconhecimento de relação empregatícia”, hipótese prevista no inciso B) do 1.2 do Regulamento da CAMARB. Entendemos que tal hipótese prevista no regulamento é problemática pois se trata do reconhecimento de um direito que não é arbitrável.

²⁷⁹ FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 50.

uma relação civil e comercial não pode, sem cumprimento dos requisitos supracitados, discutir matéria trabalhista. Tanto pela ausência da análise dos requisitos apresentados, quanto pelos diferentes regulamentos que regem o procedimento.

Isso é importante pois implica que a ação trabalhista e o procedimento arbitral são inconfundíveis. Uma arbitragem instaurada sob um contrato que não é de trabalho não pode, no bojo do procedimento ou até mesmo antes de sua instauração, tornar-se uma arbitragem trabalhista. Da mesma forma que uma reclamação trabalhista, uma vez não reconhecido o vínculo de emprego, não se torna um conflito de natureza civil ou comercial no âmbito do mesmo processo e jurisdição.

Em uma interpretação sistemática da unidade do Direito²⁸⁰, a promulgação do art. 507-A da CLT ampliou a competência da jurisdição arbitral especialmente no âmbito da arbitrabilidade subjetiva, criando requisitos aos sujeitos que pactuarão aquele modo de resolução de litígios. Ao fazer isso, a jurisdição privada concorre com a jurisdição estatal em algumas das competências do art. 114 da Constituição Federal, mas não em todas. A jurisdição arbitral tem sua limitação de competência primária em sua própria legislação originária. Sob o pano de fundo do referido dispositivo constitucional, é na própria LArb que se encontra a limitação da arbitrabilidade objetiva em matéria trabalhista.

3.3 Limites para a Arbitragem Trabalhista

Apesar das diferenças procedimentais, todo procedimento arbitral está vinculado aos requisitos do art. 1º da Lei nº 9.307/96. Ou seja, pessoas que podem convencionar a arbitragem são aquelas que possuem capacidade civil. Sejam pessoas jurídicas, públicas ou privadas, ou físicas, elas poderão ser incluídas como partes de uma arbitragem²⁸¹, assim como os entes despersonalizados, condomínios, massa falida, espólios²⁸² são exemplos de entes que podem atuar como parte de uma arbitragem.

²⁸⁰ GOMES, O. GOTTSCHALK, E. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 20.

²⁸¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p 173-174.

²⁸² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 55.

Outro requisito do referido artigo da LArb é a ter como objeto do litígio direitos patrimoniais disponíveis. Diante de pessoas civilmente capazes para compor o polo passivo e ativo, bem como o objeto do litígio girar em torno de direitos patrimoniais é possível estabelecer a arbitragem como modo de resolução de conflitos. Além disso, a pactuação de uma cláusula compromissória atrai a jurisdição arbitral no limite do âmbito do contrato que une as partes.²⁸³

Até o ano de 2017 a arbitragem encontrava forte resistência de cabimento aos dissídios individuais trabalhistas e havia uma barreira criada pela jurisprudência e pela doutrina trabalhistas que consideravam tais direitos como objetos indisponíveis por expressa limitação prevista na lei e na Constituição Federal.²⁸⁴ A adição do art. 507-A à CLT, por meio da Reforma Trabalhista, incorporou à lei uma interpretação extensiva ao permitir que poderá ser pactuada cláusula compromissória em casos de contratos individuais de trabalho. O referido artigo parece ratificar a ideia da indisponibilidade dos direitos trabalhistas imposta de forma absoluta se encontra ultrapassada.²⁸⁵

O que a Reforma Trabalhista parece ter forjado os moldes, os limites e a forma de manifestação de vontade do empregado necessários para viabilizar, apenas nessas circunstâncias, a renúncia à jurisdição estatal, mas não ao seu direito de ação constitucionalmente previsto²⁸⁶.

Importa ressaltar que muito antes da reforma trabalhista de 2017, o direito do trabalho já vem permitindo que o empregado possa dispor dos seus direitos. No art. 83, XI da Lei Complementar nº 75/93²⁸⁷ o Ministério Público do Trabalho pode atuar como árbitro nos litígios de competência da Justiça do Trabalho, sem distinguir os casos de dissídio individual ou coletivo. Ainda, no art. 23 da Lei nº

²⁸³ “[cláusula compromissória] não pode ser ampla a ponto de submeter os signatários para todo e qualquer conflito em que se envolveram. A limitação natural da contratação está ancorada a uma relação jurídica determinada” CARMONA, Carlos. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 83

²⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

²⁸⁵ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: **Kluwer Law International**, 2003.

²⁸⁶ “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01/07/22

²⁸⁷ “Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho.” BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%2075%2C%20DE%2020%20DE%20MAIO%20DE%201993&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20as,do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20da%20Uni%C3%A3o> Acesso em 01/07/22

8.630/93, admite-se expressamente a arbitragem nos dissídios individuais do trabalho nos portos.

O que se evidencia, com toda clareza, é que a Justiça do Trabalho ainda ocupa um lugar fundamental no ordenamento jurídico. Diante do limite da competência da jurisdição arbitral, cabe somente à jurisdição estatal especializada a resolução de conflitos que não são patrimoniais. Apesar da irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador não implicar na impossibilidade de transação e apreciação pecuniária, segundo Andre Roque²⁸⁸, não são arbitráveis direitos que não são nem renunciáveis ou patrimonialmente auferíveis. O exemplo primordial de competência exclusiva da Justiça do Trabalho, portanto, é o direito ao reconhecimento de vínculo empregatício com a devida anotação da CTPS.

4. Conflito de Competência

Competência é um conceito que, segundo Enrico Liebman²⁸⁹, exprime a quantidade de jurisdição que é exercida por cada órgão. Ou seja, a *fração* da jurisdição que pertence a determinado juiz que possui o poder de decidir o mérito da controvérsia. Na hipótese objeto da presente análise a jurisdição está presente no procedimento arbitral e na reclamação trabalhista, mas diante da mesma relação jurídica e da impossibilidade de reunião das demandas cíveis, comerciais e trabalhistas em um único procedimento, tende a criar um aparente conflito positivo de competência.

As normas específicas que regem a competência dessas duas jurisdições também complexificam o conflito. Se, por um lado, um contrato que tenda a fraudar direitos trabalhistas é considerado nulo diante da justiça do trabalho (art. 9º da CLT²⁹⁰), isso, no entanto, não tira a validade da cláusula compromissória arbitral que é autônoma em relação à validade do contrato (art. 8º da LArb²⁹¹).

²⁸⁸ ROQUE, André Vasconcelos. **Novos paradigmas e perspectivas para a arbitragem de dissídios individuais no direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6cc6e45d2f9cf66f> Acesso em: 29 mar. 2022.

²⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. 1. n. 24. p. 55).

²⁹⁰ “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em: 01/07/2022

²⁹¹ 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

O princípio *Kompetenz-Kompetenz*, apesar de não ser absoluto²⁹², também acrescenta uma camada de complexidade ao incumbir o árbitro a analisar sua própria competência em um momento cronologicamente anterior ao juiz estatal, como manda o texto expresso do art. 8º, parágrafo único, da LArb. Tal entendimento é reiteradamente reforçado pela jurisprudência²⁹³.

A presente investigação, no entanto, pretende demonstrar que não deveria haver conflito positivo de competência diante dessa hipótese. Uma análise minuciosa e principiológica da legislação evidencia que a natureza jurídica é a pedra fundamental que atrai a competência primordial da Justiça do Trabalho.

O art. 114 da Constituição Federal atribui uma competência à Justiça do Trabalho que para dissídios individuais, até a Reforma Trabalhista, era exclusiva. Isso pois os §§ 1 e 2º arrolam expressamente a arbitragem entre os meios para se resolver um conflito laboral:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
II as ações que envolvam exercício do direito de greve;
III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em: 01/07/2022.

²⁹² “Nota-se, portanto, que o princípio “kompetenz-kompetenz”, ainda que adotado com primazia, não se impõe em termos absolutos. Afirma-se, na cultura jurídica alemã, que a decisão do juízo arbitral a respeito não vincula, necessariamente, o juízo estatal, que poderá deliberar posteriormente a respeito, aí sim em termos definitivos. Adaptando essa orientação ao direito brasileiro, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não se pode obstar o juízo estatal de pronunciar a manifesta inexistência ou nulidade de convenção arbitral, “*nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’, i.e., claramente ilegal*”, mesmo antes de instaurado o procedimento arbitral”. GARCIA MEDINA, J. M. As soluções do STJ para as interações entre juízos arbitral e estatal. [S. l.]: **Conjur**, 2022. Available at: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-23/processo-solucoes-stj-interacoes-entre-juizos-arbitral-estatal>. Accessed at: 29 Mar. 2022.

²⁹³ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso nº 1276872 – RJ (2018/0084050-9). Agravante: Engebra Empresa de Energia do Brasil EIRELI. Agravado: União. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, 01 de dezembro de 2020.

IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito”.

No entanto, a arbitragem *trabalhista* não está só limitada pelo dispositivo constitucional, mas às limitações da Lei de Arbitragem. Isso significa que não é possível que o Tribunal Arbitral analise se o litígio em questão é de natureza cível ou trabalhista, e se deveria, por isso, ser dirimido pela Justiça Comum ou pela Justiça do Trabalho. Pelo contrário, o exame do Tribunal Arbitral deve se restringir à validade e eficácia da convenção de arbitragem. Diante dessa repartição de competências que caberia ao juiz estatal decidir sobre sua própria competência,

especialmente em casos de demandas especializadas e de competência exclusiva da Justiça do Trabalho, como um reconhecimento de vínculo de emprego.

A inclusão do art. 507-A da CLT não atribuiu ao árbitro dizer qual a natureza jurídica da relação em conflito e instituiu a arbitragem trabalhista sob premissas de constituição e de reconhecimento de jurisdição bem diferentes e restritas em comparação às arbitragens de natureza civil ou comercial.

4.1 Entendimento do STJ

O STJ julgou em recentes acórdãos hipóteses que ilustram o problema foco da presente análise. No entanto, o Agravo Interno no Conflito de Competência nº 170.603/RJ julgado em 2020 e o Conflito de Competência nº 184.495/SP julgado em 2022 trazem perspectivas opostas. No primeiro, o STJ entendeu que não haveria conflito de competência, separando as demandas e a relação entre as partes. No segundo, o Tribunal entendeu que haveria um conflito e decidiu que a Justiça do Trabalho é preponderante em sua análise.

No primeiro acórdão de 2020, diante de uma controvérsia entre sócios de uma sociedade de advogados cujo contrato previa uma cláusula compromissória, o pedido do reconhecimento do vínculo de emprego na Justiça do Trabalho não foi entendido como incompatível, ou melhor, conflitante, com a resolução dos conflitos societários em procedimento arbitral. Confira a ementa:

“AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROFISSIONAIS LIBERAIS. ADVOCACIA. CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO. DEMANDAS PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO E O JUÍZO ARBITRAL, COM DIFERENTES CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS. ESFERAS DISTINTAS DE COMPETÊNCIAS. CONFLITO INEXISTENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Alegado conflito de competência estabelecido após a retirada de sócio de sociedade de advogados, dando ensejo a que o retirante promovesse ação trabalhista contra a sociedade e esta, posteriormente, instaurasse procedimento arbitral. 2. Na reclamação trabalhista tem-se como causa de pedir, a descaracterização da relação societária e a consequente

tipificação da suposta relação de trabalho, e, como pedido, o recebimento das típicas verbas trabalhistas e previdenciárias, com indenização e danos morais. 3. No Juízo Arbitral, por sua vez, tem-se como causa de pedir, o suposto descumprimento do contrato de sociedade, e, como pedido, a devolução e abstenção do uso de documentos indevidamente retidos, bem como o ressarcimento de despesas com viagens e a abstenção de cooptação indevida de clientela. 4. Como os pedidos em cada demanda são distintos, competirá a cada Juízo deliberar, nos limites da respectiva competência, sem risco de choque entre as decisões. 5. Agravo interno desprovido. Conflito de competência não caracterizado”.²⁹⁴

O entendimento da Corte se formou no sentido de que a competência da jurisdição está atrelada ao pedido objeto da lide. No caso analisado haveria a separação da jurisdição. Ainda que a controvérsia resida na mesma relação e nas mesmas partes, como os pedidos são distintos, segundo o Tribunal, não haveria conflito de competência. Nesse entendimento, a ação trabalhista não impediria a instauração e o prosseguimento do procedimento arbitral, porque os pleitos divergem nas jurisdições.

Além de criar uma estranha relação jurídica processual bifurcada diante de uma relação jurídica material una, que contraria inclusive o célebre entendimento de Pontes de Miranda a respeito²⁹⁵, o caso analisado também não enfrenta um problema ainda maior. Isso porque, não necessariamente serão pedidos diversos ou que não se contraponem²⁹⁶ perante as jurisdições arbitral e trabalhista. No caso julgado, é clara a distinção entre o objeto da arbitragem (devolução e abstenção do uso de documentos indevidamente retidos, bem como o ressarcimento de

²⁹⁴ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Agravo Interno no Conflito de Competência nº 170603 – RJ (2020/0021745-8). Agravante: DA. Agravado: AJB. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 10 de junho de 2020.

²⁹⁵ “Relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Atualizado por Judith Martins Costa et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 199

²⁹⁶ “No procedimento arbitral, além disso, o Suscitante, ora agravante, não formula pedidos que se contraponham àqueles deduzidos pelo ora agravado na reclamação perante a Justiça do Trabalho, pois nenhum de seus pedidos vai diretamente contra o suposto direito de crédito laboral defendido pelo sócio retirante.” *Ibidem*.

despesas com viagens e a abstenção de cooptação indevida de clientela) e o objeto da reclamação trabalhista (reconhecimento de vínculo de emprego e verbas trabalhistas).

Mas, mesmo assim, tais pedidos embora formalmente diferentes, parecem ter premissas e fundamentos jurídicos que se excluem mutuamente. Ou seja, se houver o reconhecimento de vínculo empregatício, é evidente que uma das partes será considerado empregado e, portanto, a arbitragem deve correr pelo fundamento do art. 507-A da CLT, anulando, portanto, a própria competência e jurisdição daquele Tribunal Arbitral formado sob a égide de uma relação jurídica de natureza civil ou societária. Portanto, os pedidos colidem sim.

Jogando mais luz sobre a discussão, o recente posicionamento do STJ no CC nº 184.495/SP conheceu haver conflito de competência entre o juízo arbitral e o juízo trabalhista diante de um contrato de franquia discutido entre os contratantes, no qual uma das partes alegava expressamente que a natureza jurídica da relação das partes era de trabalho e que, ao invés de haver uma relação entre franqueador e franqueado, haveria uma relação de emprego entre empregado e empregador. Confira a ementa:

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO TRABALHISTA E JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO DE FRANQUIA. EXISTÊNCIA OU NÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. NECESSIDADE. ART. 313, V, DO CPC/2015. 1.

Resume-se a controvérsia a definir a competência para o julgamento de demandas distintas, a primeira instaurada perante juízo arbitral e a segunda ajuizada na Justiça trabalhista, envolvendo relação jurídica anterior e posterior à celebração de contrato de franquia no qual se estabeleceu a arbitragem como forma de composição de litígios. 2. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento. 3. Hipótese em que a franqueadora busca, por meio de procedimento arbitral,

o reconhecimento de que a rescisão do contrato foi motivada por justa causa, por culpa da franqueada, e o pagamento da respectiva multa contratual, ao passo que a representante técnica da franqueada, por meio de reclamatória trabalhista, busca o reconhecimento de vínculo empregatício em todo o período de relacionamento, antes e depois da celebração do contrato de franquia. 4. Verificada a impossibilidade de reunião dos processos em um mesmo juízo e havendo inegável vínculo de prejudicialidade entre eles, a questão deve ser resolvida mediante aplicação da regra prevista no art. 313, V, do Código de Processo Civil de 2015, que determina a suspensão do processo quando a sentença de mérito depender da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO DA 83ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO para decidir acerca da existência ou não de relação de emprego em todo o período reclamado, mantida a suspensão do procedimento arbitral por ele já determinada. Embargos de declaração prejudicados.”²⁹⁷

Além de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para decidir acerca da existência ou não de uma relação de emprego, o STJ neste acórdão ainda manteve a suspensão do procedimento arbitral sob o fundamento do art. 313, V, b) do Código de Processo Civil até o trânsito em julgado da reclamação trabalhista.

Tanto no voto do relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, quanto no voto vista da Min. Fatima Nancy Andrighi, registrou-se que:

- (i) não é possível reunir os processos ou separar as relações jurídicas, uma vez que o reconhecimento da relação de emprego inviabiliza o procedimento arbitral como um todo²⁹⁸;

²⁹⁷ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 184495 – SP (2021/0374323-3). Suscitante: Prudencial do Brasil Seguros de Vida S.A. Suscitado: CAESP Conselho Arbitral do Estado de São Paulo e Juízo da 83ª Vara do Trabalho de São Paulo. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de junho de 2022.

²⁹⁸ “Nessa medida, a sentença de mérito que vier a ser proferida no juízo arbitral vai depender, inexoravelmente, do que vier a ser decidido quanto à existência ou não de vínculo empregatício entre os contratantes, inclusive após a celebração do contrato de franquia, período que também é objeto da ação em curso na Justiça do Trabalho, a ensejar a suspensão do processo cujo julgamento seja dependente do resultado do outro.” *Idem*

- (ii) as exigências para a inserção de cláusula compromissória em contrato de trabalho o aproximam de um contrato de adesão²⁹⁹;
- (iii) não há que se falar em arbitragem trabalhista, com fundamento no art. 507-A da CTL, em instrumento contratual que não é um contrato individual de trabalho³⁰⁰.

Assim, o STJ reconheceu que haveria uma relação de prejudicialidade heterogênea entre essas demandas. Apesar de tramitarem em esferas diferentes com pedidos diversos, ambos processos tratam da mesma relação jurídica cujos pedidos em esferas distintas se anulam mutuamente. Para a continuidade da tramitação do procedimento arbitral, portanto, faz-se necessária a pacificação e resolução da questão da inexistência da relação de emprego que é competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal.

A escolha pela preponderância da Justiça do Trabalho advém não apenas da natureza peculiar das relações trabalhistas, regidas pela hipossuficiência do trabalhador e a indisponibilidade da maior parte dos direitos tutelados, mas também por uma preponderância do próprio Poder Judiciário. Como bem pondera Cândido Rangel Dinamarco:

“haverá sempre uma inevitável dose de subjetivismo nessa apreciação pelo juiz, mas também o juízo emanado dos árbitros está sujeito a contingências como essas – sendo razoável, em face da garantia constitucional do controle judicial, que, a prevalecer alguma dose de subjetivismo, prevaleça a do juiz sobre a do árbitro”.³⁰¹

Assim, concordamos com o mais recente entendimento do STJ a respeito em que é, portanto, de competência da justiça especializada a discussão, de forma cronologicamente anterior, acerca da existência ou não de vínculo de emprego

²⁹⁹ “De fato, ao exigir a iniciativa do empregado ou a sua concordância expressa para admitir a eficácia da cláusula compromissória, o referido preceito legal pouco se distancia dos requisitos exigidos para a validação de compromissos arbitrais inseridos nos contratos de adesão (art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996).” *Idem*

³⁰⁰ “No entanto, diante da natureza peculiar das relações trabalhistas, nas quais prepondera, em regra, a hipossuficiência do trabalhador e a indisponibilidade da maior parte dos direitos tutelados, normalmente assegurados por normas de ordem pública, seria temeroso conferir eficácia, com fundamento no art. 507-A da CLT, a uma cláusula compromissória inserida em uma avença que, formalmente, não se apresentava como um contrato individual de trabalho”. *Idem*

³⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 960

para então se viabilizar, positiva ou negativamente, o prosseguimento do procedimento arbitral.

5. Arbitrabilidade e Prejudicialidade

Para encerrar a construção teórica problemática da hipótese norte da investigação, é preciso adentrar no conceito de arbitrabilidade. Raúl Ventura³⁰² observa que o vocábulo é utilizado como expressão da qualidade do litígio, sendo simultaneamente um requisito de validade da convenção de arbitragem, da constituição do Tribunal Arbitral e da validade da sentença proferida por este: a licitude da sua solução por via arbitral. Trata-se da condição essencial para que determinado conflito seja submetido à arbitragem³⁰³, ou seja, suscetibilidade de uma controvérsia (ou litígio) ser submetida a arbitragem³⁰⁴.

O conceito também se divide entre arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A primeira refere-se aos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem, ou seja, quem pode levar um caso à arbitragem. A segunda, por sua vez, refere-se à delimitação das controvérsias suscetíveis de serem dirimidas pela via arbitral, levando em consideração as características do objeto, isto é, dos direitos que envolvem o litígio³⁰⁵. No caso, o histórico impedimento da arbitragem trabalhista³⁰⁶ passou da arbitrabilidade subjetiva à arbitrabilidade objetiva. No plano jurídico tal distinção é relevante. Enquanto o descumprimento da indisponibilidade subjetiva enseja a ineficácia do ato de disposição, sob o aspecto objetivo a consequência para o descumprimento é a invalidade³⁰⁷.

³⁰² VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a. 46, v. II, p. 289-413, setembro 1986.

³⁰³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

³⁰⁴ CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. *In*: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014. p. 433.

³⁰⁵ Direitos como a imagem, dissolução de casamento, não são arbitráveis por não serem patrimoniais, mas eventuais impactos patrimoniais destes direitos, como também do direito penal, conforme o caso, são arbitráveis.

³⁰⁶ “Assim, o que vem se constatando na jurisprudência do TST e do TRT da 2ª Região é que os tribunais parecem se recusar veementemente a aceitar a arbitragem como método para a resolução de dissídios individuais trabalhistas, mesmo após mais de um ano da entrada em vigor da Reforma da CLT.” VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem para a Resolução de Dissídios Individuais Trabalhistas em Tempos de Reforma da CLT e de Conjecturas sobre a Extinção da Justiça do Trabalho: o Direito Trabalhista na Encruzilhada. **RBA** Nº 61 – Jan-Mar/2019

³⁰⁷ DELGADO, M. G. Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho: Núcleo Basilar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 925, nov. 2012. p. 334.

A reforma trabalhista, ao instituir o art. 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a arbitragem diante de litígios individuais trabalhistas quando a remuneração do empregado supera determinado patamar³⁰⁸. Ao fazer isso, a lei cria um requisito de arbitrabilidade subjetiva³⁰⁹ relativo a quem pode participar da arbitragem, sujeitos empregados de maior remuneração. Essa norma, contudo, não atine à questão da arbitrabilidade objetiva, ou seja, o que pode ser resolvido por arbitragem.

Como já abordado, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, mas isso não implica que o valor correspondente a esse direito não possa ser transacionado por meio da arbitragem. Segundo Joaquim Muniz³¹⁰, o direito do empregado como 13º salário, adicional de férias, aviso-prévio, hora extra remunerada, entre outros, não são renunciáveis, o que não significa que o empregado não possa discutir o valor correspondente a esse direito. A análise de questões de fato relativas aos direitos e suas consequências patrimoniais são, portanto, passíveis de solução por arbitragem.

Diante da hipótese-problema posta em discussão, vê-se após essa análise que o reconhecimento do vínculo empregatício é incontroversamente competência da Justiça do Trabalho. Por se tratar de um direito indisponível não transacionável, reconhecido como o patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política dado momento histórico³¹¹, além de não cumprir com o requisito de um direito patrimonial exigido pela Lei de Arbitragem, também é um direito absolutamente indisponível. Não se pode aceitar, de qualquer modo, que a cláusula compromissória seja ampla a ponto de envolver relações jurídicas que os contratantes não imaginaram.

³⁰⁸ Não há, portanto, arbitrabilidade subjetiva fora dos sujeitos que cumprem os requisitos do art. 507-A da CLT, a hipossuficiência do polo do trabalhador é pressuposto que impede a transação de direitos por meio da arbitragem.

³⁰⁹ “O critério adotado pelo art. 507-A, que relaciona a arbitrabilidade ou não das controvérsias trabalhistas individuais com a remuneração do empregado, procura justamente levar em conta a apontada diferenciação. Adota a premissa de que remuneração mais elevada implica maior capacidade negocial, de maneira a justificar a possibilidade de pactuação de compromisso arbitral”. MALLETT, Estêvão. Arbitragens em Litígios Trabalhistas Individuais. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 84, no 2, abr./jun. 2018, p. 49

³¹⁰ “A título ilustrativo, o árbitro não pode negar o direito de férias, porém pode perquirir a questão de fato se o fato gerador das férias aconteceu, e arbitrar o valor da compensação por férias eventualmente não gozadas.” MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no Direito do Trabalho. **Revista de Arbitragem e Mediação** vol. 56/2018. p. 179 – 187

³¹¹ “Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre com o direito à assinatura da CTPS, ao salário-mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 201

Se as partes que convencionaram um pacto arbitral mediante relação de natureza cível estão diante de uma controvérsia cujo objeto são direitos trabalhistas não arbitráveis, ainda que a relação de emprego seja controversa, a competência preponderante diante daquela disputa é da Justiça do Trabalho. Isso pois o procedimento arbitral em questão está calcado sob premissas que não estão postas.

Por uma questão de economia processual, é lógico – e legal – que a controvérsia seja pacificada *a priori* na justiça responsável por decidir acerca da existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal do procedimento arbitral. Até porque, se reconhecida a existência de uma relação de emprego, a arbitragem até poderá ser instituída para resolução da controvérsia, mas sob a égide do art. 507-A da CLT. Portanto, cabe dizer que é uma hipótese de suspensão do processo nos termos do art. 313, V, do Código de Processo Civil³¹².

6. Conclusão

Longe da pretensão de esgotar um tema tão rico, interdisciplinar e atual diante das inovações legais advindas da reforma trabalhista, o presente estudo tem um intuito primordial de discutir, de forma desapassionada e objetiva, tais questões sobre a jurisdição arbitral.

Tendo por condão a hipótese-problema objeto deste estudo, podemos concluir que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não é um impedimento absoluto à resolução do conflito por meio da arbitragem, o que não significa que uma ampliação irrestrita da competência da jurisdição arbitral.

A competência arbitral tem um limite, ainda que diante de um contrato que preveja cláusula compromissória. Enquanto jurisdição dentro do ordenamento jurídico nacional, a arbitragem deve respeitar tanto a Consolidação das Leis do Trabalho quanto a própria Lei de Arbitragem, além, é claro, a própria Constituição Federal. É por isso que, ainda que diante de uma cláusula compromissória em um contrato a princípio válido sob o ponto de vista do direito civil ou comercial, diante

³¹² “Suspende-se o processo quando a sentença de mérito depender da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente”. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em: 01/07/22

de um pedido de reconhecimento de vínculo empregatício perante a Justiça do Trabalho para definição da natureza jurídica como sendo de emprego, faz-se necessária a suspensão do procedimento arbitral até o trânsito em julgado da decisão na Justiça do Trabalho sobre a natureza jurídica da relação controvertida na arbitragem.

7. Bibliografia

7.1 Jurisprudência

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Agravo Interno no Conflito de Competência nº 170.603 - RJ (2020/0021745-8). Agravante: DA. Agravado: AJB. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 10 de junho de 2020.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.602.076 – SP (2016/0134010-1). Recorrente: Odontologia Noroeste LTDA. Recorrido: Grupo Odontologico Unificado Franchising LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 de setembro de 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 111.230 – DF (2010/0058736-6). Autor: CEBSA. Réu: SE LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2013.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso nº 1276872 – RJ (2018/0084050-9). Agravante: Engebra Empresa de Energia do Brasil EIRELI. Agravado: União. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, 01 de dezembro de 2020.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Agravo Interno no Conflito de Competência nº 170603 – RJ (2020/0021745-8). Agravante: DA. Agravado: AJB. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 10 de junho de 2020.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 184495 – SP (2021/0374323-3). Suscitante: Prudencial do Brasil Seguros de Vida S.A. Suscitado: CAESP Conselho Arbitral do Estado de São Paulo e Juízo da 83 Vara do Trabalho de São Paulo. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de junho de 2022.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1614070 – SP (2016/0186006-8). Recorrente: SPPATRIM ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA; CARLOS NEHRING NETTO; EDUARDO DAMIAO GONCALVES; EDUARDO GREBLER. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2018.

7.2 Legislação

B3. **Regulamento do Novo Mercado**. 2018. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em 01/07/22.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 01/07/2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de junho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em: 01/07/2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01/07/22

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%2075%2C%20DE%2020%20DE%20MAIO%20DE%201993&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20as%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20da%20Uni%C3%A3o> Acesso em 01/07/22

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>
Acesso em: 01/07/22

7.3 Doutrina

CÂMARA DO MERCADO (CAM). 2020. **Estatísticas 2020**

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

CARAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. LEMES, Selma Ferreira. MARTINS, Pedro Batista (org). 1. ed. **20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo. Atlas, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 2

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. 2

CUEVA, Mario de La. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**, 1ª. ed. Editorial Porrúa. Mexico. 1972. p.177

DELGADO, Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 960

DOURADO, Ruy et al. **Atualidades da Arbitragem Comercial**: Estudos dos Membros da Comissão de Arbitragem e do Comitê de Coordenação da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/SP São Paulo: Quartier Latin, 2021

FILHO, Rodolfo. FERNANDEZ, Leandro. A prescrição total na reforma trabalhista. **Revista Nova Hileia**. Vol. 1. N° 2, jul-dez 2017

FRANCO FILHO, Georgeonor de Sousa. A arbitragem nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 148, out./dez. 2012

GARCIA MEDINA, J. M. As soluções do STJ para as interações entre juízos arbitral e estatal. [S. l.]: **Conjur**, 2022. Available at: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-23/processo-solucoes-stj-interacoes-entre-juizos-arbitral-estatal>. Accessed at: 29 Mar. 2022.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: **Kluwer Law International**, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vol. 1. n. 24. p. 55).

MALLET, Estêvão. Arbitragens em Litígios Trabalhistas Individuais. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 84, no 2, abr./jun. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no Direito do Trabalho. **Revista de Arbitragem e Mediação** vol. 56/2018. p. 179 – 187

PEREIRA, Ana Lúcia. Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 23, p. 94, out./dez. 2009

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

ROQUE, André Vasconcelos. **Novos paradigmas e perspectivas para a arbitragem de dissídios individuais no direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6cc6e45d2f9cf66f> Acesso em: 29 mar. 2022.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002

SILVA, Bruno Freire. A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça. **Revista de Processo**, v. 278, abr. 2018

TIMM, Luciano Benetti. GUANDALINI, Bruno. RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma Análise Econômica da Ideia de Arbitragem no Brasil. *In* CARMONA, Carlos Alberto. LEMES, Selma Ferreira. MARTINS, Pedro Batista (org). 1. ed. **20 Anos da Lei de Arbitragem**: Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo. Atlas, 2017

VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a. 46, v. II, p. 289-413, setembro 1986.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem para a Resolução de Dissídios Individuais Trabalhistas em Tempos de Reforma da CLT e de Conjecturas sobre a Extinção da Justiça do Trabalho: o Direito Trabalhista na Encruzilhada. **RBA** Nº 61 – Jan-Mar/2019

VERÇOSA, Fabiane. A possibilidade de emprego da arbitragem para a resolução de alguns dissídios trabalhistas individuais. Comentário ao acórdão prolatado pelo TRT da 1ª Região no RO 0011289-92.2013.5.01.0042. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 56, p. 69-106, out./dez. 2017

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ONDE ESTAMOS E PARA ONDE VAMOS

Joaquim de Paiva Muniz

Master of Law pela University of Chicago. Sócio de Trench, Rossi e Watanabe Advogados. Fellow do Chartered Institute of Arbitrators. Autor de livros como "Curso Prático de Arbitragem" e "Arbitration Law of Brazil - Practice and Procedure". Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/RJ.

1. O amadurecimento da arbitragem na Administração Pública

Desde a edição da Lei 9.307/1996 ("Lei de Arbitragem"), a arbitragem tem se tornado o meio preferencial para resolver conflitos econômicos complexos³¹³. Em vista dessa preferência, nos últimos anos verificou-se também um crescimento do debate acerca da utilização da arbitragem para alcançar litígios com órgãos da Administração Pública. Afinal, nada mais natural do que tentar se entender a adoção desse instrumento para investimentos privados em serviços públicos e atividades econômicas delegadas pelo Estado.

De fato, é possível notar que desde a edição da Lei de Arbitragem em 1996, diferentes legislações relativas à prestação de serviços públicos ou exploração de atividades econômicas concedidas pela administração incluíram recomendação expressa de uso de arbitragem, como nos casos de (i) concessões de serviços públicos (Art. 23 da Lei 8.987/1995)³¹⁴; (ii) concessões de petróleo (Art. 43, X da Lei 9.478/1997)³¹⁵; (iii) organização dos serviços de telecomunicações (Art. 93, XV da Lei

³¹³ Confira-se, a respeito, o compilado anual feito pela Professora Selma Lemes, "Arbitragem em Números e Valores." Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EA&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%E3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>. Acesso em: 16.09.2020.

³¹⁴ Lei nº 8.987/1995, Art. 23-A: "O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996". (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

³¹⁵ Lei nº 9.478/1997, Art. 43, X: "O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional".

9.472/1997)³¹⁶; (iv) regulação do transporte de carga por terceiros (Art. 19 da Lei 11.442/2007)³¹⁷; (v) parcerias público-privadas (Art. 11, III da Lei 11.079/2004)³¹⁸; (vi) regime de partilha de petróleo (Art. 29, XVIII da Lei 12.351/2010)³¹⁹; (vii) exploração de portos e instalações portuárias (Art. 62, § 1º da Lei 12.815/2013)³²⁰; (viii) regime diferenciado de contratações públicas (Art. 44-A da Lei 13.190/2015)³²¹; e (ix) Lei de Prorrogação e Relicitação dos Contratos de Parceria (Art. 31 da Lei 13.448/2017)³²²; (x) Lei 13.867/2019, que alterou o Decreto-Lei nº 3.365/41, relativo ao procedimento de desapropriação por utilidade pública para, dentre outras medidas, autorizar que valores de indenização sejam definidos mediante mediação e/ou arbitragem (Art. 10-B da Lei 13.876/2019)³²³; (xi) Lei de Saneamento Básico (art. 10-A da Lei 11.445/2007, inserido pela Lei 14.026/2020³²⁴); e (xii) Lei de Licitações (arts. 151 a 154 da Lei 14.133/2021)³²⁵.

³¹⁶ Lei nº 9.472/1997, Art. 93, XV: "O contrato de concessão indicará: XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais".

³¹⁷ Lei 11.442/2007, Art. 19: "É facultado aos contratantes dirimir seus conflitos recorrendo à arbitragem".

³¹⁸ Lei nº 11.079/2004, Art. 11: "O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato".

³¹⁹ Lei nº 12.351/2010, Art. 29, XVIII: "São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: XVIII - as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem".

³²⁰ Lei nº 12.815/2013, Art. 62, § 1º: "O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. § 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Regulamento)".

³²¹ Lei nº 13.190/2015, Art. 44-A: "Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados".

³²² Lei nº 13.448/2017, Art. 31: "As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias".

³²³ Lei nº 13.867/2019, Art. 10-B: "Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação".

³²⁴ Lei 11.445, "Art. 10-A., § 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996".

³²⁵ Lei nº 14.133/2021, Art. 151. "Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Parece que estamos diante de uma onda de amadurecimento da arbitragem na Administração Pública. Porém, tal como a infância e adolescência afetam significativamente a vida adulta, a fase atual será decisiva para o efetivo sucesso do uso da via arbitral em litígios com entes públicos.

Uma das questões mais tormentosas relativa à arbitragem envolvendo a Administração Pública refere-se à arbitrabilidade - i.e. capacidade de se submeter litígio a arbitragem -, tanto de forma subjetiva (quem pode participar da arbitragem) quanto objetiva (o que pode ser resolvido por arbitragem)³²⁶ **(2)**. Outra questão relevante atine à necessidade de respeito pela Administração Pública do princípio da competência-competência, segundo o qual qualquer questão relativa à validade, eficácia ou escopo da convenção arbitral deverá ser julgada primeiramente na jurisdição arbitral, sem interferência, enquanto a arbitragem estiver em curso, do Poder Judiciário **(3)**. Apesar das dificuldades, urge desenvolver o uso de arbitragem nas questões envolvendo a Administração Pública, considerando a relevância do Estado para a economia brasileira.³²⁷ De qualquer forma, o uso da arbitragem com a Administração Pública tende a se consolidar, se o construirmos sobre as fundações adequadas **(4)**.

2. Arbitrabilidade Subjetiva e Arbitrabilidade Objetiva

Do ponto de vista subjetivo, há de se ressaltar o *leading case* do Supremo Tribunal Federal da década de 1970 conhecido como *Caso Lage*³²⁸, o qual reconheceu inexistir proibição de *per se* para que pessoa de direito público participe de arbitragem.³²⁹

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes."

³²⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91-92.

³²⁷ Nesse sentido, evidencia-se a relevância da Administração Pública na economia uma vez que, entre 2000 e 2013, o consumo da Administração Pública como proporção do Produto Interno Bruto (PIB) avançou de 19,2% para 22% (Disponível em: <http://www3.fenabreve.org.br:8082/plus/modulos/noticias/ler.php?cdnoticia=3399&categoria=1&layout=noticias>. Acesso em: 28.04.2020).

³²⁸ STF, AI nº 52.181-GB, Rel. Ministro Bilac Pinto, Tribunal Pleno, j. em 14.11.1973.

³²⁹ Nesse caso, a União Federal incorporou ao seu patrimônio bens de Henrique Lage durante a 2ª Guerra Mundial. Surgiu controvérsia sobre o valor da indenização devida e, com base em autorização legal específica (Decreto-Lei 9.521/1946), a controvérsia foi levada a arbitragem. Após a prolação do laudo arbitral, a União

No *Caso Lage* se admitiu a submissão da União federal à jurisdição arbitral para direitos patrimoniais disponíveis, mais especificamente, quanto à indenização por desapropriação.

Outrossim, diversos julgados ratificam, ainda, o entendimento acima esboçado, como no caso "AES Uruguaiana x CEEE" que deu origem a dois acórdãos unânimes sobre tal matéria no Supremo Tribunal de Justiça, quais sejam, REsp nº 612.439/RS³³⁰ e REsp nº 606.345/RS.³³¹

Contudo, em posição minoritária, alguns ilustres autores³³² entendiam depender a participação de entes públicos na arbitragem de autorização legal específica (a qual existia no *Caso Lage*), em vista do princípio da legalidade³³³.

Federal impugnou a decisão, por suposta inconstitucionalidade. Ao final de um contencioso de quase três décadas, o STF confirmou a constitucionalidade da submissão da União Federal ao juízo arbitral. Ratificando esse posicionamento, confira-se, por exemplo: STJ, MS nº 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 09.04.2008; STJ, REsp nº 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 20.10.2011; STJ, REsp nº 606.345/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 17.05.2007.

³³⁰ "PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido". (STJ, REsp nº 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 25.10.2005).

³³¹ "PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido". (STJ, REsp nº 606.345/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 17.05.2007).

³³² BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de Economia Mista Prestado de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 615-616.

³³³ De todo modo, verificava-se uma tendência em favor da arbitragem mesmo quando inexistia autorização legal expressa, como de observa em: LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, 2008, p. 117-126; WALD, Arnoldo; SERRÃO, André. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, n. 16, jan/mar. 2008; FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; FERRAZ, Rafaella.

A Reforma da Lei de Arbitragem acabou com a discussão, em vista do surgimento de permissivo expresso inserido no Art. 1º, § 1º, da Lei 13.129/2015, com a seguinte redação: "*a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*"³³⁴.

Essa autorização legal sepultou as dúvidas sobre arbitrabilidade subjetiva e abriu as portas para, tanto a União Federal (Decreto 10.025/2019), bem como diversos estados como São Paulo³³⁵ e Rio de Janeiro³³⁶ regulamentarem a arbitragem na administração pública. No mesmo movimento, conforme demonstrado, diversas legislações regulamentando atividades que envolvam direta ou indiretamente a administração pública incluíram a previsão de arbitragem para a solução de conflitos.

Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do Direito Administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 22, 2009; CALMON, Eliana. A arbitragem e o Poder Público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 7, n. 24, jan./mar. 2010, p. 9-16; TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 3, n. 9, abr./jun. 2006, p. 78-98; TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, 2010; TIMM, Luciano B.; SILVA, Thiago. Os Contratos Administrativos e a Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 29, 2011; SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro, Forense, 2011; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012; CASTRO, Sérgio Pessoa De Paula. A arbitragem e a administração pública: pontos polêmicos. In: BATISTA JR. O. A.; CASTRO, S. P. P (Coord.). *Tendências e perspectivas do Direito Administrativo: uma visão da escola mineira*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 35, 2012; BACELLAR FILHO, Romeu. O Direito Administrativo, a arbitragem e a mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 32, 2012; RIBEIRO, Diogo Albanzeze Gomes. Arbitragem e Poder Público. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, v. 3, 2013; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 819. Em sentido contrário, parte da doutrina, ainda que favorável à arbitrabilidade de conflitos envolvendo a Administração Pública - em se tratando de disputas que versem sobre direitos disponíveis e patrimoniais, entende-se que é imprescindível à existência de autorização legal expressa para que possa ser celebrada convenção de arbitragem entre as partes. Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 614; ROCHA, Fernando Antônio Dusí. Regime Jurídico dos Contratos da Administração. Brasília: Imprensa, Brasília Jurídica, 2000. GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. *Do Juízo Arbitral e a Administração Pública*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 dez 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33079/do-juizo-arbitral-e-a-administracao-publica>. Acesso em: 16 set 2022.

³³⁴ Lei 9.307/2016, Art. 1º, § 1º "A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados, desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento".

³³⁵ Decreto nº 64.356/2019, do Estado de São Paulo.

³³⁶ Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro.

O ponto de vista objetivo, por sua vez, refere-se justamente ao fato de que de pessoas jurídicas de direito público lidam com interesse público, que pode ser considerado indisponível e, portanto, não arbitrável³³⁷.

Assim, a questão da arbitrabilidade em litígios envolvendo entes estatais gira em torno da correta delimitação do princípio da indisponibilidade do interesse público³³⁸.

A esse respeito, há um consenso doutrinário de que nem todo o ato praticado por ente estatal visa a um interesse público. Nesse sentido, a doutrina administrativista clássica diferencia “atos de império” (*ius imperium*) de “atos de gestão” (*ius gestionis*). Os atos de império seriam praticados por entes estatais com supremacia sobre as demais partes. Nos atos de gestão, por sua vez, o Estado estaria no mesmo patamar das demais partes³³⁹. A doutrina administrativista mais moderna tende a criticar essa visão, uma vez que, como aponta Celso Antonio Bandeira de Mello, ela tende a isentar a responsabilidade do Estado nos atos de império³⁴⁰.

Igualmente clássica, é a “Teoria dos Fins”, segundo a qual certos atos da Administração Pública dirigem-se à consecução de finalidades primárias do Estado, ao passo que outros desempenham funções meramente instrumentais. A segurança externa, por exemplo, seria um dos fins primários do Estado; a compra de alimentos para as refeições dos membros das Forças Armadas, porém, representaria ato acessório para se lograr um fim primário. A “Teoria dos Fins”,

³³⁷ O princípio da indisponibilidade do princípio público é assim definido por Celso Antonio Bandeira de Mello “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis”. (*apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 66).

³³⁸ Esse princípio é assim explicado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Certos interesses, porém, são considerados de tal forma relevantes para a segurança e o bem-estar da sociedade que o ordenamento jurídico os destaca, os define e comete ao Estado satisfazê-los sob regime próprio: são os interesses públicos. (...) A indisponibilidade absoluta é regra, pois os interesses públicos, referidos às sociedades, como um todo, não podem ser negociados senão pelas vias políticas de estrita previsão constitucional”. (MOREIRA NETO, Diogo F. Arbitragem em Contratos Administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, 1997, p. 87).

³³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 148.

³⁴⁰ “Essa velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido a sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros [atos de império] e admiti-la para os segundos [atos de gestão]). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros 2008. p. 429).

portanto, é fundamental para que seja possível determinar se certo interesse da Administração Pública se enquadra como disponível ou não³⁴¹.

Aplicando-se a Teoria dos Fins para o âmbito da arbitragem, por um lado os direitos e interesses relativos a finalidades primárias do Estado seriam indisponíveis e, portanto, inarbitráveis. Por outro lado, os atos concernentes a funções instrumentais, mesmo que efetuados por pessoas jurídicas de direito público, concerniriam direitos disponíveis e transacionáveis. Dentre esses se incluem a exploração de atividades econômicas por entes estatais³⁴².

Mesmo se aplicada essa linha de raciocínio mais conservadora, entendo que compete ao árbitro e não ao Poder Público reconhecer um ato como de interesse público primário ou secundário, ou como ato de império ou de gestão, para fins de se determinar sua arbitrabilidade. Isso decorre do reconhecimento do princípio *Kompetenz-Kompetenz* no âmbito do Art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem³⁴³. Dessa sorte, depreende-se que o árbitro tem competência para decidir sobre sua jurisdição e, portanto, sobre a arbitrabilidade objetiva e subjetiva³⁴⁴.

³⁴¹ Por essa doutrina, defendida, entre nós, por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há que se distinguir entre interesses *primários* e os *secundários* da Administração Pública, sendo que estes últimos, por possuírem expressão meramente patrimonial, seriam disponíveis e, portanto, poderiam ser discutidos em arbitragem: "a teoria dos fins, distinguindo simplesmente os primários e secundários, parece ainda a mais indicada para definir a existência ou não da disponibilidade administrativa de interesses e de seus correlatos direitos, seja por parte do Estado ou de seus delegados". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, 1997, p. 213). (ANDRADE, G. Algumas Reflexões sobre as Arbitragens e as Regras da Câmara de Comercialização de Energia - CCEE. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 94, 2013).

³⁴² Vale transcrever o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a este respeito: "[A] teoria dos fins, distinguindo simplesmente os primários dos secundários, parece ainda a mais indicada para definir a existência ou não da disponibilidade administrativa de interesses e de seus correlatos direitos seja por parte do Estado ou de seus delegados. São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo, e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais, de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado". (MOREIRA NETO, Diogo Fernandes. Arbitragem em Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, 1997, p. 85).

³⁴³ Lei nº 9.307/1996, Art. 8º, 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".

³⁴⁴ Nesse sentido, a jurisprudência reconhece a aplicação do princípio competência-competência inclusive quando a Administração Pública está envolvida, por exemplo: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. CONTRATO ENTRE ANP E PETROBRAS COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PADRÃO ESTABELECEDO A AUTUAÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL EM CASO DE CONFLITO. ALTERAÇÃO UNILATERAL QUE SE MOSTRA PRIMA FACIE DESCABIDA. DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO ESTATAL DO RIO DE JANEIRO E PELO JUÍZO ARBITRAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DE

Assim, não basta o Poder Público classificar a matéria como interesse público primário ou como ato de império para que o conflito dela decorrente torne-se inarbitrável. Cabe ao árbitro desconsiderar a qualificação que o Poder Público atribuiu ao seu ato e verificar se, no cerne, atine interesse primário ou secundário, ato de império ou ato de gestão; caso contrário, haveria desequilíbrio entre as partes, pois o Poder Público poderia, ao fim e ao cabo, à sua faculdade, gerar a inarbitrabilidade de seu ato para se beneficiar. Há, inclusive, um precedente interessante do STJ, no caso NUCLEBRÁS, que permitiu submissão à arbitragem de litígio sobre arrendamento de terminal portuário, embora envolvesse Portaria do Ministério da Ciência e Tecnologia rescindindo o contrato³⁴⁵.

Urge-se, ainda, de se interpretar amplamente, ou mesmo em alguns casos aceitar de plano, a arbitrabilidade de litígios, quando existe legislação específica autorizando arbitragem para aquela atividade envolvendo entes públicos. Apenas hipóteses excepcionalíssimas podem gerar a não arbitrabilidade em situações nas quais há permissivo legal, pois a autorização do legislador já descortina que, em regra, as matérias contratadas mostram-se arbitráveis.

Interessante notar também que algumas matérias relativas a contratos com a Administração Pública são intrinsecamente de direito material disponível e, portanto, arbitráveis. Nesse sentido, a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho Federal de Justiça concluiu em enunciado que *“podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública,*

LIMINAR. LIMINAR CONCEDIDA. [...] 13. Cinge-se a controvérsia acerca da definição da competência para apreciar questões atinentes à existência, à validade e à eficácia de cláusula compromissória de contrato estabelecido entre a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS e a AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. [...] 17. Conforme ressaltado no voto condutor da Relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI, no julgado acima transcrito, *'a promulgação da Lei 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'*. 19. Ante o exposto, e dada a excepcionalidade desta demanda, CONCEDE-SE a liminar pleiteada, para atribuir, provisoriamente, competência ao TRIBUNAL ARBITRAL DA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL/CCI, paralisando, até o julgamento deste Conflito de Competência, no que tange às medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acauteladora". (STJ, CC nº 139.519/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Mai Filho, Primeira Seção, j. em 09.07.2015).

³⁴⁵ STJ, AgRg no MS nº 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 28.06.2006.

dentre outros, litígios relativos: I – a inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas”³⁴⁶. Na mesma linha, a Lei de Licitações menciona como direitos disponíveis “questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”³⁴⁷.

Sintetizando esse ponto de vista, diante do princípio da indisponibilidade do interesse público, uma corrente da doutrina entende que os conflitos relacionados a interesses públicos primários não podem ser resolvidos por arbitragem. Nada impede, contudo, que litígios decorrentes de interesses secundários, especialmente aqueles em que o Estado explora atividades econômicas típicas da iniciativa privada, bem como à recomposição econômico-financeira do contrato, sejam submetidos à arbitragem³⁴⁸.

A utilização da Teoria dos Fins para determinar a arbitrabilidade sofre merecidas críticas, pela dificuldade de operacionalização do critério. Por exemplo, se o Estado está atuando, existe no mínimo um resquício de interesse primário; por outro lado, para alcançar um interesse primário, o Estado precisará de atividades acessórias³⁴⁹.

Uma visão mais moderna e permissiva vem se fortalecendo, de acordo com a qual a necessidade do recurso ao Judiciário para a resolução da disputa seria o critério mais relevante para a determinação da arbitrabilidade de uma disputa. Nesse sentido, sempre que as partes puderem resolver a controvérsia por acordo

³⁴⁶ I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho Federal de Justiça, Enunciado N° 13.

³⁴⁷ Art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21.

³⁴⁸ A esse respeito, Caio Tácito aduz o seguinte: “Na medida em que é permitida à Administração Pública, em diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida. Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção de arbitragem será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional, quando compatível com a disponibilidade de bens”. (TÁCITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, out./dez. 1997 p. 114).

³⁴⁹ Algumas dessas críticas foram compiladas na obra: ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2019, p. 70-71.

entre elas sobre aquela matéria, sem necessidade de intervenção do Judiciário, será arbitrável.

A Lei de Arbitragem, ao adotar o termo direitos "disponíveis", não estaria tratando da acepção de direitos que não podem ser renunciados – até porque, quem não poderia renunciar, muito menos poderia contratar –, mas sim de direitos que não podem ser reconhecidos sem intervenção do Poder Judiciário.

A respeito do tema, vale a lição de Eduardo Talamini³⁵⁰:

"É possível *então* traçar a seguinte distinção relativamente às duas acepções de 'indisponibilidade' originadas propriamente do direito material: na primeira delas, a 'indisponibilidade' põe-se como vedação à renúncia de um direito existente; na segunda, a 'indisponibilidade' configura-se como proibição de espontaneamente se reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio: apenas a Jurisdição poderá dizer quem tem razão e aplicar as consequências jurídicas cabíveis. Essa hipótese é melhor definida como sendo de 'necessariedade de intervenção jurisdicional'. Reitere-se: apenas a 'indisponibilidade' na primeira dessas duas acepções em regra incide – e dentro de certos limites – sobre as relações de direito público propriamente ditas. Na segunda acepção, a 'indisponibilidade' é excepcional inclusive no âmbito do direito público. Limita-se, no direito público e no direito privado, a casos específicos, tais como aqueles mencionados no tópico 4, acima. O princípio geral – repita-se – é o de que o Poder Público tem o dever de cumprir obrigações e respeitar direitos alheios independentemente de intervenção jurisdicional. E é apenas essa segunda acepção da "indisponibilidade" que tem relevo para a aferição do cabimento da arbitragem. Cabe a

³⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de Gás. Disponibilidade de Direitos. Especificidades Técnicas do Objeto Litigioso. Boa-Fé e Moralidade Administrativa. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 2, n. 5, abr./jun. 2005, p. 135-154.

arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo. Esse é o significado da regra do art. 1.º da Lei 9.307/1996, quando alude ao cabimento da arbitragem 'para dirimir direitos patrimoniais disponíveis!'

Assim, o obstáculo à arbitrabilidade das disputas não residiria na natureza dos direitos envolvidos, mas na compatibilidade do meio processual adotado com o pedido³⁵¹. Vale dizer, se o pedido puder ser resolvido pelas partes sem necessidade de envolvimento do Poder Judiciário, a matéria pode ser objeto de arbitragem.

Uma derivação desse raciocínio aponta que a disponibilidade do direito está imbricada com a capacidade de contratar. A princípio, se a administração pública puder estabelecer certa obrigação por via contratual, tal obrigação presume-se arbitrável.

Nessa linha, II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF concluiu que "a definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão."

³⁵¹ Vide, nesse sentido: SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 108; TALAMINI, Eduardo. Cabimento de Arbitragem Envolvendo Sociedade de Economia Mista Dedicada à Distribuição de Gás Canalizado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 4, out./dez. 2004, p. 44-64.

O importante precedente do STJ do caso "Parque das Baleias"³⁵² abraça essa ideia, ao rejeitar uma absurda "cautelar antiarbitragem" da Agência Nacional do Petróleo contra procedimento arbitral fundamentada em contrato de concessão, registrando que "sempre que a administração pública contrata há disponibilidade do direito material, podendo, desse modo, se objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público".

Em seguida, a decisão cita interessante doutrina de Marçal Justen Filho³⁵³:

"O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos".

A exceção da arbitrabilidade em matéria contratual estaria nas hipóteses em que, embora a matéria seja contratável, houver previsão legal de que eventual disputa a ela relativa deva ser submetida à jurisdição estatal, pois aí a inarbitrabilidade não decorreria da impossibilidade de contratar, mas sim da força de lei. Exemplo disso está no art. 507-A da CLT, que proíbe arbitragem para contratos individuais de trabalho, se a remuneração do trabalhador for inferior a determinada quantia³⁵⁴.

³⁵² STJ, CC nº 139.519, Rel. Ministra Regina Helena Costa, órgão especial, j. em 10.10.2018.

³⁵³ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 824-825.

³⁵⁴ Art. 507-A "Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei 9.307/1996."

Contribui para a compreensão da matéria atentar para o conceito da autonomia de cláusula compromissória, insculpida no artigo 8º da Lei de Arbitragem, de acordo com a qual a invalidade do contrato não implica na invalidade da convenção. Leonardo Beraldo explica que *"são criadas duas relações jurídicas distintas. A primeira é o contrato no qual as partes entabularam direitos e deveres entre si e a segunda é o dever de instaurar procedimento arbitral para se dirimir as controvérsias do contrato supracitado, dentro dos limites criados pela própria convenção arbitral"*³⁵⁵. Só se pode contratar algo se o objeto for lícito³⁵⁶, mas há duas diferentes acepções do termo "objeto" de um contrato, representando tanto o seu conteúdo, ou seja, os seus termos e condições, quanto a sua finalidade³⁵⁷.

Se a disponibilidade do direito se calcasse na validade ou eficácia de previsão de determinado termo ou condição contratual, então inexistiria autonomia da cláusula compromissória. Isso porque a análise da disponibilidade dependeria da análise do mérito da questão. A única interpretação consistente com a autonomia da convenção arbitral - contrato típico do Código Civil -, sob a denominação de "compromisso"³⁵⁸ -, seria interpretar que o conceito de disponibilidade atine à validade e/ou eficácia de (i) celebrar contrato sobre a matéria e (ii) resolver disputas sobre tal matéria fora do Poder Judiciário. O foco deve estar na matéria sob julgamento e não no resultado final do julgamento.

E, mesmo pressupondo que determinada decisão da Administração Pública não possa ser questionada, isso não representa *per se* que a consequência patrimonial seja inarbitrável, se for de encontro à previsão de contrato com parte privada. Imagine-se, ilustrativamente, que uma lei torne inviável a consecução de uma determinada obrigação contratual da Administração Pública perante o ente privado. O árbitro não pode obrigar o Estado a fazer o vedado, mas isso não significa que o ente privado não possa, por exemplo, pedir reequilíbrio contratual. Em outras palavras, o recorte da inarbitrabilidade é específico, não genérico.

³⁵⁵ BERALDO, Rodrigo. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

³⁵⁶ Art. 104, I, do Código Civil.

³⁵⁷ VENOSA, Sílvio. *Direito Civil: Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 273.

³⁵⁸ Arts. 851 a 853, do Código Civil.

Em suma, o ponto nodal da arbitrabilidade objetiva reside na possibilidade de (i) a matéria ser objeto de negócio jurídico – pois, se puder, o direito é disponível e (ii) inexistir previsão legal de que eventual disputa a ela relativa deva ser submetida à determinada jurisdição, como o Poder Judiciário.

3. Competência-Competência

O princípio arbitral da *Kompetenz-Kompetenz*, traduzido para o português como "competência-competência", estabelece que o árbitro deve ser o primeiro julgador de sua própria jurisdição³⁵⁹. Dessa forma, diante da existência de uma convenção arbitral, não caberia ao Poder Judiciário dar a primeira palavra sobre validade, eficácia ou escopo, devendo aguardar a manifestação do tribunal arbitral. E, se esse se julgar com jurisdição, o remédio apropriado seria ação anulatória da sentença arbitral, nos termos do art. 32, II, da Lei de Arbitragem, e não qualquer cautelar antiarbitragem (conhecida internacionalmente como "*anti-suit injunction*") no curso do procedimento arbitral.

O princípio da competência-competência encontra guarida no direito brasileiro nos arts. 8º, parágrafo único³⁶⁰, e 20, caput³⁶¹, da Lei de Arbitragem, que atribuem 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, além do art. 245, VII, CPC, que obriga o juiz a extinguir o processo diante da existência³⁶² de convenção arbitral³⁶³.

³⁵⁹ A respeito do conceito e seu desenvolvimento histórico no direito comparado, confira: TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, n. 50, jul./set. 2016, p. 127-153.

³⁶⁰ Art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem: "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."

³⁶¹ Art. 20, da Lei de Arbitragem: "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".

³⁶² Repita-se o texto legal, "existência", sem referência à validade ou à eficácia, cujas análises seriam jurisdição original do tribunal arbitral.

³⁶³ Art. 485, do CPC: "O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência".

A jurisprudência do STJ é amplamente favorável à aplicação do princípio da competência-competência³⁶⁴. A respeito, vale transcrever trecho de voto esclarecedor da Min. Nancy Andrighi:

“A coexistência de demandas em trâmite na esfera judicial e arbitral, com decisões antagônicas acerca da controvérsia instaurada entre as partes, quando o Tribunal arbitral afirmou ser competente para conduzir o procedimento e possuir jurisdição para decidir o litígio, manifesta situação que se antagoniza com a regra "competência-competência", a qual confere ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência. O questionamento do ESTADO/agravante acerca da validade da sujeição da controvérsia à solução arbitral, com base no caráter indisponível do direito público em disputa, manifesta patente comportamento contraditório, visto que, em um primeiro momento, firmou contrato com previsão de não submeter à jurisdição estatal as ações que envolvem o certame e, em outro momento, no bojo do presente incidente processual - via inadequada para apreciar tais argumentos - alega que os temas atinentes à execução do contrato escapam à jurisdição arbitral (venire contra factum proprium)” (AgInt no CC n. 180.394/BA, relator Ministro Gurgel

³⁶⁴ Confira-se, como exemplo: STJ, REsp nº 1.959.435/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 30.8.2022; STJ, REsp nº 1.972.512/CE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 24/5/2022; STJ, AgInt no AREsp nº 1.230.431/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 23.11.2021; STJ, REsp nº 1.953.212/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 26.10.2021; STJ, AgInt no REsp nº 1.778.196/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 30.08.2021; STJ AgInt no AREsp nº 1.773.848/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 07.06.2021; STJ, REsp nº 1.699.855/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 01.06.2021; STJ, AgInt no AREsp nº 1.276.872/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 01.12.2020; STJ, AgInt nos EDcl no AgInt no CC nº 170.233/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. em 14.10.2020; STJ, AgInt no REsp nº 1.746.049/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 29.06.2020; STJ, REsp nº 1.717.677/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 19.11.2019; STJ, REsp nº 1.598.220/RN, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 25.06.2019; STJ, CC nº 150.830/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, j. em 10.10.2018; STJ, AgInt no CC nº 156.133/BA, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Seção, j. em 22.08.2018; STJ, AgInt no AREsp nº 425.931/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 15.10.2018; STJ, REsp nº 1.614.070/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 26.06.2018; STJ, AgInt no CC nº 153.498/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. em 23.05.2018; STJ, AgInt no REsp nº 1.239.319/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 14.03.2017; STJ, REsp nº 1.656.643/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 09.04.2019.

de Faria, Primeira Seção, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.).

O princípio da competência-competência é essencial para a viabilidade da arbitragem como instituto, e por isso tem acolhida quase universal³⁶⁵. Se não se aplicasse, diante de uma convenção arbitral que não fosse inquestionável, a parte requerida poderia começar litígio paralelo no Poder Judiciário discutindo jurisdição e a parte requerente acabaria justamente onde nunca desejou estar. Ainda mais perniciosas são as cautelares antiarbitragem, por paralisarem o procedimento arbitral e porem o requerente no pior dos mundos: em processo judicial demorado discutindo apenas jurisdição, enquanto o julgamento do mérito fica parado.

Esse cenário mostra-se ainda mais desastroso em arbitragens com a Administração Pública, na qual a cláusula compromissória desempenha papel fundamental para garantir à parte privada um foro neutro com perspectiva mais célere de decisão do mérito, considerando que, em regra, ela já sofrerá para auferir o pagamento em si ante às agruras do sistema de precatório. Nesse contexto, a propositura de cautelares antiarbitragem por entidade estatal, quando tiver firmado contrato com cláusula compromissória, representa ato de má-fé. Não se questiona que, em determinadas circunstâncias, a Administração Pública pode duvidar, por exemplo, da arbitrabilidade subjetiva da matéria, mas que então respeite o princípio da competência-competência e submeta a questão primeiramente à arbitragem. Não pode o ente estatal simplesmente rasgar a cláusula arbitral do contrato que assinou e passar por cima das regras do jogo.

4. Idade da razão

O sucesso da arbitragem privada construiu-se ao longo dos últimos anos com o trabalho imenso dos advogados, dos árbitros, das partes e, justiça seja feita, do Poder Judiciário, tentando viabilizar alternativa para dirimir de forma mais célere e especializada conflitos empresariais complexos. A arbitragem tem

³⁶⁵ Confira-se, por exemplo, o art. 16 (1) da Lei Modelo da UNCITRAL de Arbitragem, que contempla o princípio.

potencial de trilhar o mesmo caminho de sucesso com a Administração Pública. Mas, para tanto, deve-se adotar esse espírito de colaboração, de ambos os lados.

A Administração Pública não pode ver a arbitragem como método que sempre favorecerá o ente privado, pois se trata de uma falácia. A bem da verdade, a arbitragem, por ser mais neutra e técnica, tende a favorecer quem tem razão, e muitas vezes o Estado terá. E a Administração Pública deve se abster de adotar tática de guerrilha, como "*anti-suit injuntions*" para suspender arbitragens que podem gerar passivos, e de tentar "virar a mesa" pela anulação de sentenças arbitrais desfavoráveis, sob alegação de "inarbitrabilidade", como se fosse um "super-trunfo" para afastar processos inconvenientes.

Por sua vez, o ente privado deverá agir da maneira mais correta possível em arbitragens com a Administração Pública. Cumpre apoiar arbitragens para se tornarem menos custosos e com cronogramas compatíveis com a realidade dos advogados públicos. Os advogados privados deverão sair de sua bolha, para arquitetarem junto com os advogados públicos procedimentos diferentes dos aplicáveis às arbitragens empresariais e que sejam satisfatórios a todos os envolvidos.

Se isso acontecer, o resultado será extremamente positivo para a economia brasileira. Nosso país precisa, mais do que nunca, de capital privado em infraestrutura e serviços públicos. Quanto maior a certeza do ente privado que os direitos oferecidos para atrair seu investimento serão eficazes a médio e longo prazo, maior a probabilidade de sucesso do projeto. Nesse contexto, a arbitragem pode exercer o papel que lhe cabe: trazer confiança. O amadurecimento da arbitragem contribuirá para o amadurecimento da própria relação entre Estado e agentes econômicos privados, que é conflituosa em sua essência, mas também requer cooperação para um fim comum. A popularização de método de resolução de controvérsias mais rápido, flexível, neutro e, acima de tudo, eficiente, trará maior segurança aos contratos administrativos, com benefícios inclusive aos entes estatais.

THIRD-PARTY FUNDING NO BRASIL: UMA PRÁTICA EM EXPANSÃO

Marcela Tarré Bernini

Este artigo traz um breve panorama sobre o estágio de desenvolvimento da prática de financiamento de litígios por terceiros (“third-party funding”) no Brasil. Será demonstrado que o instituto está em ampla expansão no cenário nacional, tendo em vista o terreno favorável que o país proporciona àqueles interessados em financiar disputas arbitrais ou litígios judiciais.³⁶⁶

I. Introdução. II. Por que financiar disputas na América Latina? III. O financiamento de litígios no Brasil: regras e números atuais. IV. O financiamento de litígios sob o olhar atual do Judiciário brasileiro. V. Conclusão.

I. Introdução

O financiamento de litígios por terceiros (ou “third-party funding”) é um tema cada vez mais recorrente no Brasil. A prática se desenvolveu fortemente a partir dos anos 2000 em países de *common law*, sobretudo Austrália, Inglaterra e Estados Unidos, e logo se expandiu aos países da Europa continental, onde a atuação dos financiadores já é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, sendo uma prática já estabelecida naqueles mercados.

Em linhas gerais, o financiamento de disputas por terceiros funciona da seguinte forma: o financiador ou “funder”, que é um terceiro sem envolvimento na disputa, irá custear a participação de uma das partes (em geral, o requerente) no procedimento. De outro lado, a parte financiada oferece ao financiador um percentual do benefício econômico por ela obtido no procedimento – ou qualquer outra forma de remuneração, conforme pactuado entre as partes³⁶⁷.

Não há uma fórmula pré-concebida sobre o formato do financiamento³⁶⁸: durante o curso da demanda, o financiador pode arcar com

³⁶⁶ Este breve texto não exaustivo sobre o tema teve como origem palestra ministrada no âmbito do *5th Brazilian Arbitration Forum*, realizado em parceria pela faculdade *Sciences-Po* e o CAM-CCBC, em Paris (França), em outubro de 2022.

³⁶⁷ É comum, por exemplo, que as partes convençionem que a remuneração do financiador corresponderá a um fator multiplicador dos custos que o financiador tiver aportado na causa.

³⁶⁸ REPORT of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration. *ICCA Reports*, n. 4, abr. 2018, pp. 33-37.

parte ou a totalidade dos honorários e demais desembolsos da parte financiada, tais como despesas com custas e assistentes técnicos. É possível ainda convencionar que o financiador fornecerá à parte recursos a serem usados como capital de giro para suas atividades, quando a parte financiada é uma pessoa jurídica e não quer/não pode ter seu funcionamento e dia a dia impactados pelos custos de uma demanda.

Na essência, portanto, o financiamento de disputas se apresenta como um método inovador de alocação de riscos de um litígio ou procedimento arbitral. Além disso, o mecanismo permite que agentes do mercado financeiro participem das disputas judiciais ou arbitrais como forma de investimento, na medida em que, ao adiantarem os recursos utilizados para custear disputas legais, buscam um potencial e relevante retorno financeiro.

Além disso, o mecanismo de financiamento de litígios por terceiros permite, em última análise, a ampliação do acesso à justiça³⁶⁹, com verdadeiro incremento na qualidade da representação da parte financiada. A partir dele, a parte poderá recorrer aos melhores advogados e profissionais ao longo do procedimento, sem falar da participação direta dos financiadores que, em geral, são *players* experientes nesse tipo de mercado, agregando na definição de estratégias e escolha dos melhores profissionais para o caso.

II. Por que financiar disputas na América Latina?

Nos últimos anos, a América Latina se tornou o novo *hotspot* para os *funders*³⁷⁰ por diversas razões, dentre as quais pode-se destacar:

- (i) o vasto território com vultosos projetos de infraestrutura e, conseqüentemente, disputas de alta complexidade e elevados valores envolvidos;
- (ii) a presença de profissionais jurídicos qualificados e respeitados, com grande conhecimento técnico e experiência em resolução de disputas;
- (iii) a existência de sistemas legais pró-arbitragem e regimes regulatórios não restritivos ao financiamento de disputas; e

³⁶⁹ EVOLUTION of Third-Party Disputes. CIAb.Org, publicado em 13 de set. 2018. Disponível em: <https://www.ciab.org/resources/features/the-evolution-of-third-party-dispute-finance/>. Acesso em 22.10.2022.

³⁷⁰ LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; GOÑI, Leticia. The State of Dispute Funding in Latin America. In: ASTIGARRAGA, José (ed.) *The Guide to Arbitration in Latin America*. Londres: Law Business Research, 2022, p. 125

- (iv) a presença de partes requerentes que, por vezes, enfrentam dificuldades financeiras ou que, simplesmente, não querem imobilizar seus recursos em disputas dessa natureza, optando por chamar um “sócio” para partilhar os riscos e resultados do litígio.

Além disso, como se sabe, a procura pela arbitragem como resolução de disputas³⁷¹, em alternativa ao Judiciário, é uma tendência não apenas brasileira, mas regional. Via de regra, os sistemas judiciários latino-americanos apresentam uma série de entraves, que vão desde a morosidade excessiva à sujeição dos julgadores a influências políticas, que podem afetar a independência e imparcialidade dos tribunais, e, conseqüente, os resultados dos julgamentos. Esse cenário de insegurança jurídica, contribui para que a arbitragem seja o meio mais procurado para resolução de disputas, sobretudo em se tratando de negócios com empresas estrangeiras que contam com larga escala de investimentos³⁷².

Por outro lado, também não é novidade que, apesar de suas inúmeras vantagens, como a especialidade dos árbitros, a flexibilidade do procedimento e a celeridade do processo, a arbitragem ainda é um procedimento bastante custoso às partes.

Nesse contexto, portanto, é compreensível que as arbitragens sejam um terreno fértil à indústria do *third-party funding*, dada a necessidade de aportar valores relevantes e o potencial de lucros, em decorrência do porte das demandas, que, em última análise, é o que atrai os investidores – isto é, os financiadores de disputas³⁷³.

III. O financiamento de litígios no Brasil: regras e números atuais

³⁷¹ Ainda que o financiamento seja possível em disputas judiciais e arbitrais, a verdade é que, na prática, tem-se observado ao longo dos anos na América Latina a “migração” dos grandes conflitos para a esfera arbitral, tendo em vista, de um lado, o desenvolvimento e maturidade do instituto e, de outro lado – o que explica, de certo modo o primeiro ponto, a morosidade e ineficiência do sistema Judiciário para solucionar tais conflitos

³⁷² LATIN American Network, International Arbitration Guide: A Latin American Overview. Disponível em: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4232/documento/latam_Int_Arbitration_EN.pdf?id=5412. Acesso em 21.10.2022.

³⁷³ CANTÓN, Cesar Cevéra. *An Overview of Litigation Funding Brokerage in Latin America*. Disponível em: <https://chambers.com/content/item/3696>. Acesso em 21.10.2022.

No Brasil, assim como em outros países da região latino-americana, também de tradição romano-germânica, não há proibição legislativa no que diz respeito ao financiamento de disputas por terceiros³⁷⁴.

Sob a égide dos princípios da liberdade contratual e autonomia das partes, os contratos de financiamentos de disputas por terceiros são tidos pela doutrina como legais e aplicáveis, desde que perfaçam os requisitos de validade do negócio jurídico estabelecidos no artigo 104 do Código Civil³⁷⁵, quais sejam: a capacidade dos agentes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Além disso, ainda que o *third-party funding* não seja objeto de lei específica no país, a matéria tem sido regulada por meio de diversas resoluções expedidas pelas principais câmaras arbitrais brasileiras, sobretudo no que diz respeito ao dever de revelação, no que tange à existência de um terceiro financiador aos membros do tribunal arbitral, a fim de evitar possíveis conflitos de interesse.

Nesse sentido, destaca-se precursora a Resolução Administrativa nº. 18, de 2016, do CAM-CCBC, que recomenda a divulgação da existência de financiamento e da identidade do financiador na primeira oportunidade disponível³⁷⁶.

³⁷⁴ Nos países em que o *third-party funding* inicialmente se disseminou, como Austrália e a Inglaterra, a prática foi, por muito tempo, condenada. “A vedação histórica às práticas do *maintenance* - ajuda a um terceiro para que ele inicie um litígio - em troca de um resultado financeiro no resultado - *champerty* - é explicada, em grande medida, pela rejeição social que a figura do litígio possuía na Inglaterra medieval, mormente quando este litígio era incentivado por um terceiro que não estivesse envolvido nele. Aquela época, estar envolvido em um litígio representava uma atitude não cristã, sendo moralmente reprovável, tanto assim que as duas práticas passaram a ser puníveis, na Inglaterra e em suas colônias, civil e criminalmente”. TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. Aspectos do Third-Party Funding e o dever de revelação do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 64, jan.- mar. de 2020, pp. 163-200.

Essa resistência legal ao financiamento de disputas por terceiros também foi enfrentada recentemente por dois *hubs* da arbitragem internacional, cujos sistemas jurídicos são inspirados na *common law*. Entre 2016 e 2017, Singapura e Hong Kong procederam a reformas legislativas para permitir formalmente o uso de financiamento de terceiros em arbitragens internacionais em suas respectivas legislações municipais, abolindo os institutos do “*maintenance*” do “*champerty*”. JHANGIANI, Sapna; COLDWELL, Rupert. *Third-Party Funding for International Arbitration in Singapore and Hong Kong – A Race to the Top?* Disponível em <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/30/third-party-funding-for-international-arbitration-in-singapore-and-hong-kong-a-race-to-the-top/>. Acesso em 21.10.2022.

³⁷⁵ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

³⁷⁶ Art. 4. A fim de evitar possíveis conflitos de interesse, o CAM-CCBC recomenda às partes que informem a existência de financiamento de terceiro ao CAM-CCBC na primeira oportunidade possível. Na referida informação deverá constar a qualificação completa do financiador.” CAM-CCBC. RA nº 18/2016, editada em 20.07.2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-re>

Outras resoluções com teor semelhante, enfatizando a necessidade do dever de revelação dos *funders* para fins de avaliação da independência e imparcialidade dos árbitros, foram expedidas na sequência³⁷⁷.

A cautela das instituições arbitrais em estabelecer diretrizes à participação dos *third-party funders* é louvável. Como se sabe, o art. 14, §1º, da Lei 9.307/96³⁷⁸ impõe um dever de independência e imparcialidade dos árbitros em relação às partes. Além disso, há, ainda, que se sopesar o interesse dos demais litigantes em conhecer seus adversários, de forma a saber sob quais condições o procedimento arbitral será conduzido³⁷⁹. Como alertam Carneiro de Oliveira, Avelino Silva e Curi Savastano:

“[...] the existence of TPF is recommend, since the lack of disclosure may, in some cases, jeopardise the enforceability of an arbitral award and compromise the integrity of the proceedings. It is precisely for that reason that Brazil’s main arbitral institutions have issued administrative resolutions recommending disclosure of third-party funders”.³⁸⁰

Até o momento em que publicado esse estudo, todavia, não se tem notícia de qualquer decisão proferida com vistas a invalidar sentença arbitral por conta de eventual existência de conflito de interesses entre os financiadores de litígios e árbitros. Ademais, é preciso ressaltar que a proliferação de resoluções visando à regulamentação do dever de revelar a existência de *funders*, de modo algum, visa a restringir sua participação em procedimentos arbitrais. Trata-se de

[comendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-cc/bc/](https://camarb.com.br/comendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-cc/bc/)

³⁷⁷ Resolução Administrativa No. 14/20, da CAMARB, que traz recomendações sobre a existência de financiamento de terceiros nas arbitragens administradas pela instituição (disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/resolucoes-administrativas/resolucao-administrativa-n-14-20/>).

Acesso em 21.10.2022); Resolução nº 6/2019 do CMA CIESP/FIESP, que atualiza o Código de Ética da instituição (disponível em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/Resolucao_n_6.2019.pdf). Acesso em 21.10.2022).

³⁷⁸ Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

³⁷⁹ TEIXEIRA, loc. cit.

³⁸⁰ OLIVEIRA, Rodrigo de Magalhães Carneiro de; SILVA, Eider Avelino; SAVASTANO Rafael Curi. Chapter 4: Brazil. In: LATHAM, Simon (ed.) *Third-Party Funding Litigation Law Review*. 2021, p. 48.

meramente de estabelecer parâmetros que deverão balizar a conduta das partes que recorrem ao financiamento, assim como dos próprios árbitros, a fim de garantir que princípios caros ao procedimento arbitral brasileiro sejam respeitados.

Com relação aos números, como sabemos, a arbitragem é hoje altamente disseminada no país como meio alternativo à resolução de disputas. Para que se tenha uma ideia, de acordo com relatório divulgado pela CCI em 2020, dentre as 396 partes latino-americanas e caribenhas que participaram de casos administrados pela instituição naquele ano, 150 (38%) eram brasileiras, o que também fez com que o país alcançasse o segundo lugar no ranking mundial de nacionalidades pela primeira vez, sendo superado apenas pelos Estados Unidos³⁸¹.

Em recente pesquisa conduzida pela Professora Selma Lemes³⁸², constatou-se a presença crescente dos financiadores nas arbitragens sediadas no Brasil. Em 2020, foram iniciados 17³⁸³ casos com financiamento de terceiros, número que representa um aumento de 55% em relação a 2019. Em 2021, foram iniciados 15 casos com financiamento de terceiros³⁸⁴.

Muito embora o número de casos iniciados com a presença de um financiador ainda pareça modesto, sobretudo ao se considerar, por exemplo, o número de casos envolvendo a América Latina analisados pela OmniBridgeway, uma das mais tradicionais bancas de financiamento do mundo,³⁸⁵ essa análise deve ser feita a luz de outros indicadores.

Por exemplo, ainda segundo a pesquisa da Prof. Selma Lemes, considerando nos anos de 2020 e 2021 foram iniciadas 665 arbitragens no país. Isso quer dizer que quase 5% dos procedimentos (i.e., 32 casos) foram objeto de financiamento por terceiros³⁸⁶. Trata-se de um percentual sem precedentes e que só tende a crescer: afinal, dada a ampla discussão sobre o tema que vemos hoje, podemos dizer que o financiamento de litígios por terceiros é pacificamente

³⁸¹ ICC Dispute Resolution 2020 Statistics. Disponível em: iccwbo.org/dr-stat. Acesso em 20.10.2022.

³⁸² SELMA. Lemes Ferreira. *Arbitragem em números. Pesquisa 2020/2021, realizada em 2022*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em 21.10.2022.

³⁸³ Desse total, 6 administrados pelo CAM-CCBC, 6 pelo CAM-Mercado, 3 pela CCI, 1 pela CAMARB e 1 pelo CIESP.

³⁸⁴ Desse total, 4 administrados pelo CAM-CCBC, 7 pelo CAM-Mercado, 3 pela CCI e 1 pela FGV.

³⁸⁵ Em 2021, a Omini Bridgeway relatou que, àquela altura, já teria analisado aproximadamente 400 oportunidades de investimentos/disputas envolvendo à América Latina. Esses números teriam, inclusive, justificado a criação, em 2020, de um tipo específico com foco na região. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e0fbdec5-ca44-4fe4-9cc8-ef00ccb31a1>

³⁸⁶ Ibid.

aceito pela doutrina e operadores do direito, representando, portanto, uma realidade no cenário nacional.

IV. O financiamento de litígios sob o olhar atual do Judiciário brasileiro

Por fim, vale destacar que, não obstante não se tenha notícia de casos controvertidos envolvendo a participação de *funders* em procedimentos arbitrais no Brasil, é certo que a validade da prática já foi referendada pelas cortes brasileiras. Em recentíssimo julgamento, no qual se questionava precisamente a utilização de financiadores por acionista minoritário para a propositura de demanda de cunho societário, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP ressaltou que “o financiamento de litígios é admitido em nosso ordenamento, inexistindo qualquer impedimento para que o acionista minoritário busque ajuda financeira de terceiros para compartilhar os altos custos e os resultados de uma demanda”³⁸⁷.

O caso tinha como pano de fundo intrincada disputa entre um acionista minoritário e uma companhia controladora – e serve como excelente indicativo das potencialidades do *third-party funding* no que tange às disputas societárias no país, seja por via arbitral, seja por via do judiciário. A ação em questão foi ajuizada com base no artigo 246 da Lei 6.404/76³⁸⁸, que permite a qualquer acionista buscar indenização, em nome da companhia, por atos de abusivo praticados pela sociedade controladora, desde que o autor “apresente caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente”, na forma da alínea “b”, §1º, do referido dispositivo.

Esse aspecto, por si só, já diferencia ações desse gênero das demais demandas comumente ajuizadas no país, dado os vultosos custos necessários à sua propositura. Em geral, atribui-se a lenta penetração do *third-party funding* em disputas judiciais ao menor custo dos litígios em jurisdições que seguem a tradição da *civil law*, e à menor exposição dos requerentes em caso de perda, que

³⁸⁷ TJ-SP. AI nº 2153411-63.2022.8.26.0000. Des. Rel. Natan Zelinschi de Arruda. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. j. em 20.09.2022.

³⁸⁸ Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

geralmente é limitada por lei a uma porcentagem do montante reclamado³⁸⁹. Embora esse seja precisamente o caso do Brasil, fato é que as ações ajuizadas com fundamento no artigo 246 da Lei 6.404/76, tal como a que inspirou o caso supracitado, se apresentam como verdadeira exceção, porque exige, desde o início, desembolsos financeiros relevantes pelo autor, a título de caução.

Ademais, não fosse o elevado risco associado ao seu ajuizamento e à sucumbência o suficiente para romper com os paradigmas que sustam o avanço do financiamento de litígios na seara judicial, o §2º do referido dispositivo³⁹⁰ ainda garante “prêmio” de 25% sobre valor da causa, em caso de procedência, ao acionista demandante e a seus advogados – 5% para os acionistas e 20% para os advogados. Tal prêmio consiste em um estímulo legislativo a que os acionistas supervisionem os negócios da companhia. Nas palavras de Marcelo Von Adamek:

“Trata-se de um justo prêmio ao acionista que se prontifica a agir em benefício da companhia e, por extensão, de todos os demais acionistas, atuando em busca da reparação de dano social, expondo-se a elevada sucumbência (à vista dos valores em debate, normalmente bastante expressivos) e tendo de, durante toda a morosa tramitação da ação, financiar os custos da demanda [...]”³⁹¹

Ao potencializar os possíveis ganhos do autor em demandas que comumente já envolvem valores substanciais, esse tipo de ação torna-se extremamente atrativa aos *third-party funders*. Com efeito, os requisitos que geralmente atraem a atividade dos financiadores, como a alta demanda por investimento e a expectativa de elevada taxa de retorno, estão presentes, em

³⁸⁹ “*The slow penetration of dispute funding for local court litigation in LatAm is mainly attributed to a combination of lower demand for funding in this space and increased risks for funders. Claimants may be less likely to turn to non-recourse funding options in local litigation because of the lower cost of litigating in civil law jurisdictions relative to common law jurisdictions and claimants’ lower exposure in the event of a loss, which is usually limited by statute to a percentage of the claimed amount.*” (LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; GOÑI, Leticia, op. cit., p. 131)

³⁹⁰ Art. 246, §2º. A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização

³⁹¹ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas, São Paulo, Saraiva, 2ª tir., 2010, pág. 410. No mesmo sentido, leciona Fran Martins que o prêmio tem a finalidade de “*estimular o acionista no exercício dos seus direitos quando houver violação, por parte da sociedade controladora (ou acionista controlador), de dispositivo legal, ou prática de atos que redundem em danos para os ditos acionistas*” MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pág. 270-271.

contrapartida ao que ocorre com a maioria dos litígios judiciais que tramitam no país. E isso pode vir a representar uma verdadeira revolução no que tange ao contencioso societário brasileiro, pois o financiamento vai de encontro a um de seus maiores entraves: a dificuldade de o pequeno investidor litigar contra o controlador (via de regra, um poderoso conglomerado) em igualdade de condições.

A entrada de um financiador, com todos os seus recursos e *expertise*, certamente permite que as disputas desse gênero sejam travadas em paridade de armas. Não à toa, no caso em tela, o acionista minoritário – possuidor de um patrimônio declarado de apenas R\$ 176 mil reais – valendo-se da assistência de terceiros, a quem cedeu parte dos potenciais direitos creditórios relativos à demanda, pôde prestar caução no valor de um milhão de reais para ajuizar a ação, além de haver contratado três prestigiosas bancas de advocacia para representá-lo, bem como encomendado pareceres de juristas renomados – tudo em prol da procedência de seus pleitos³⁹².

V. Conclusão

Muito além de marcar presença ainda mais firme nas arbitragens brasileiras nos próximos anos, espera-se, dessa forma, que a indústria do financiamento de disputas também se espraie ao contencioso judicial – ao menos no que tange às demandas de cunho societário, por todos os motivos acima expostos. Nesse último caso, as vantagens do financiamento são ainda mais evidentes: superando-se a barreira dos custos necessários ao ajuizamento de demanda e à manutenção do litígio, o estímulo, tão almejado pelo legislador, a que ações desse gênero se sirvam como mecanismo de supervisão dos negócios das companhias poderá enfim se tornar realidade.

Em conclusão, o *third-party funding* é, hoje, no Brasil, uma prática com grande potencial de expansão, e isso se dá pelo terreno extremamente fértil ao

³⁹² Tal fato levou, inclusive, a companhia controladora demandada a alegar os interesses por trás do ajuizamento da ação, alegando que o autor seria uma pessoa interposta, utilizada especificamente para ocultar a identidade dos verdadeiros demandantes, o que caracterizaria um verdadeiro abuso do direito de ação. Para mais informações acerca do caso, cf.: BACELO, Joice. Tribunal nega acesso a informações de financiamento de ação contra a Novonor. Valor Econômico, Rio de Janeiro, publicado em 04.10.2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/10/04/tribunal-nega-acesso-a-informacoes-de-financiamento-de-acao-contra-a-novonor.ghtml>. Acesso em 20.10.2022.

financiamento de disputas que o cenário nacional proporciona. A ampla demanda por financiamento, sobretudo em uma economia que ainda se recupera da recente crise ocasionada pela pandemia, aliada a um ambiente favorável à arbitragem e à ausência de empecilhos legais e jurisprudenciais à prática do financiamento em litígios arbitrais ou judiciais, apenas corrobora essa afirmativa. Seguindo a tendência já observada em diversos países ao redor do mundo, pode-se dizer que o *third-party funding* chegou para ficar – assim como transformar – não só o universo da arbitragem, mas também as disputas societárias travadas perante o judiciário.

Bibliografia

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas*, São Paulo, Saraiva, 2ª tir., 2010.

BACELO, Joice. Tribunal nega acesso a informações de financiamento de ação contra a Novonor. Valor Econômico, Rio de Janeiro, publicado em 04.10.2022.

Disponível em:

<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/10/04/tribunal-nega-acesso-a-informacoes-de-financiamento-de-acao-contra-a-novonor.ghtml>. Acesso em 20.10.2022.

CANTÓN, Cesar Cevéra. *An Overview of Litigation Funding Brokerage in Latin America*. Disponível em: <https://chambers.com/content/item/3696>. Acesso em 21.10.2022.

EVOLUTION of Third-Party Disputes. CIAb.Org, publicado em 13 de set. 2018.

Disponível em:

<https://www.ciab.org/resources/features/the-evolution-of-third-party-dispute-finance/>. Acesso em 22.10.2022.

ICC Dispute Resolution 2020 Statistics. Disponível em: iccwbo.org/dr-stat. Acesso em 20.10.2022.

JHANGIANI, Sapna; COLDWELL, Rupert. *Third-Party Funding for International Arbitration in Singapore and Hong Kong – A Race to the Top?* Disponível em <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/30/third-party-funding-for-international-arbitration-in-singapore-and-hong-kong-a-race-to-the-top/> . Acesso em 21.10.2022.

LATIN American Network, *International Arbitration Guide: A Latin American Overview*. Disponível em: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4232/documento/latam_Int_Arb_itation_EN.pdf?id=5412. Acesso em 21.10.2022.

LESPÉRANCE, Annie; RAZ, Daniela; GOÑI, Leticia. *The State of Dispute Funding in Latin America*. In: ASTIGARRAGA, José (ed.) *The Guide to Arbitration in Latin America*. Londres: Law Business Research, 2022.

LYON, Jason. *Revolution in Progress: Third-Party Funding of America Litigation*. *UCLA Law Review*, vol. 58, 2010, pp. 571-609.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Vol. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

OLIVEIRA, Rodrigo de Magalhães Carneiro de; SILVA, Eider Avelino; SAVASTANO Rafael Curi. Chapter 4: Brazil. In: LATHAM, Simon (ed.) *Third-Party Funding Litigation Law Review*, 2021.

OMNI BRIDGEWAY. *Why Latin America is a growing region of interest for dispute funders*. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e0fbdec5-ca44-4fe4-9cc8-ef00ccbf31a1>

REPORT of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration. *ICCA Reports*, n. 4, abr. 2018, pp. 33-37.

SELMA, Lemes Ferreira. *Arbitragem em números. Pesquisa 2020/2021, realizada em 2022*. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em 21.10.2022.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. Aspectos do Third-Party Funding e o dever de revelação do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 64, (jan.- mar. de 2020), pp. 163-200.

NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL E PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO

Marcelo José Magalhães Bonizzi

Doutor em Direito. Procurador Geral da
Universidade de São Paulo. Árbitro da CAMES.

Luiz Francisco Torquato Avolio

Doutor em Direito. Advogado em São
Paulo. Árbitro da CAMES.

1. Introdução

No presente estudo, abordaremos a questão da impugnação da sentença arbitral, com vistas à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, recentemente, adotou exegese restritiva quanto às matérias passíveis de ensejar a sua anulação.

Em desdobramento do tema, e dada a natureza desconstitutiva comum dos meios de impugnação, abre-se a discussão sobre o tratamento desigual que se reflete na contagem do prazo em relação à ação de anulação e à impugnação do cumprimento de sentença. Nessa senda, em casos extremos, aventa-se a possibilidade de anulação para além do prazo legal, tema de considerações doutrinárias clássicas e de estudos atuais, sob aspectos marcantes da sociedade contemporânea, a exemplo da corrupção e da produção de provas ilícitas.

2. Formas de impugnação da decisão arbitral

Característica marcante da sentença arbitral, em nosso país, é a de que não comporta recurso, para não comprometer a autonomia do processo arbitral e sua inerente celeridade na solução do conflito. A Lei brasileira de Arbitragem (LA) previu, no entanto, a possibilidade de sua rescisão, para evitar-se a permanência

de sentenças que violem garantias constitucionais do processo (devido processo legal, ampla defesa e contraditório).

Esse controle *a posteriori* pelo Poder Judiciário, como entende Julia Schledorn de Camargo, não equivale a um segundo grau de jurisdição, constituindo, tão somente, uma forma de controlar as garantias das partes e do Estado, sem interferir nas características da arbitragem e no mérito da decisão.³⁹³

São três as formas de controle previstas na própria LA: (i) ação anulatória, para a sentença doméstica; (ii) a homologação de sentença estrangeira, para a sentença arbitral internacional e (iii) a impugnação ao cumprimento de sentença.

Previu-se, assim, a possibilidade de invalidação do laudo arbitral tão somente por vícios do procedimento (*error in procedendo*), nas formas citadas, em face das hipóteses taxativas do seu artigo 32. Se a anulação for pela via da ação anulatória, regulada no artigo 33, deverá ser promovida perante o juízo de primeiro grau, no prazo de 90 (noventa) dias.

Na verdade, na prática arbitral, que alcançou grande número de casos julgados até o ano de 2021, o número de decisões anuladas em nosso país é bastante reduzido, muito embora tenha se verificado um sensível aumento desses casos nos últimos anos.

A ação anulatória seria, cabível, tão somente, nos casos taxativamente arrolados nos incisos I a VIII do artigo 32, segundo os pressupostos do art. 33 e seus parágrafos da LA, alterada pela Lei nº 13.129, de 2015.

Prescreve o artigo 32 da LA que nesses casos será “nula” a sentença arbitral. Contudo, a dicção legal é considerada inexata pela doutrina.

Como entende Carlos Alberto Carmona, invocando a crítica de Barbosa Moreira, as hipóteses relacionadas no artigo 32 não são de sentença nula. Pois, enquanto não manejada e bem-sucedida a demanda anulatória, permanece íntegra a decisão arbitral, não mais se podendo impugná-la após o decurso do prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no artigo 33 da LA. Até então,

³⁹³ CAMARGO, Julia Schledorn de. A ação anulatória com base na violação da ordem pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. (Coords.) Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 313-328.

portanto, a lei estaria se referindo, mais propriamente, a anulabilidades, pressupondo declaração judicial de sua invalidade³⁹⁴.

3. O STJ e o rol de matérias alegáveis conforme o meio de impugnação

Em recente decisão, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.900.136-SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi que, embora a declaração de nulidade da sentença arbitral possa ser pleiteada tanto pela via de ação declaratória de nulidade (art. 33, § 1º da LA), quanto por impugnação ao cumprimento de sentença arbitral (art. 33 §3º da LA), haverá, em ambos os casos, imposição do prazo decadencial de 90 dias.

No caso, a recorrente apresentara impugnação à ação de cumprimento de sentença arbitral, suscitando a nulidade por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento de prova pericial, além de violação ao art. 524 do CPC, por não comprovados os desembolsos para verificação dos cálculos apresentados. O TJ/SP verificou que a impugnação estava baseada apenas no art. 32, inciso VIII da LA, reconhecendo a decadência, diante do decurso do prazo nonagesimal, visto que a matéria não integra o rol previsto no art. 525, § 1º do CPC. Postulou-se, assim, no recurso especial, o afastamento da decadência.

Confirmando a decisão do TJ/SP, concluiu o STJ que, na hipótese de impugnação ao cumprimento, se a execução for ajuizada após o decurso desse prazo decadencial, “a defesa da parte executada fica limitada às matérias especificadas no art. 525, § 1º, do CPC, sendo vedada a invocação da nulidade da sentença nas matérias definidas no art. 32 da Lei 9.307/96”.

Algumas questões podem ser suscitadas a propósito do acórdão do STJ.

A primeira delas, de ordem teórica, diz respeito à natureza da decisão que reconhece a invalidade da sentença arbitral. Nos termos do art. 33 da LA, a parte interessada poderá pleitear “a declaração de nulidade da sentença arbitral”, e a sentença que julgar procedente o pedido “declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará se for o caso, que o árbitro ou tribunal profira nova sentença arbitral” (§ 2º do art. 33).

³⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96. São Paulo : Atlas, 2009, p. 416.

Em que pese a terminologia utilizada pelo legislador, a tutela jurisdicional prevista no art. 33, para atacar a sentença arbitral, quando qualificada como nula pela lei, tem, segundo a doutrina³⁹⁵, natureza desconstitutiva, e não, declaratória. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, a demanda tem claramente natureza *constitutiva negativa*, pois “a pronúncia de sua procedência tem por efeito a implantação de uma situação jurídica nova, mediante a eliminação da sentença impugnada”³⁹⁶.

Com efeito, até o advento da decisão judicial que invalide a sentença arbitral, esta produz normalmente seus efeitos, não sendo, pois, de se declarar uma nulidade preexistente, mas de desconstituir uma decisão até então válida e eficaz. E esse objetivo pode ser alcançado, indiferentemente, tanto pela via da denominada “ação de nulidade” do art. 33, como em sede de impugnação ao cumprimento da sentença arbitral, desde que presente uma das hipóteses elencadas no art. 32.

Um segundo ponto, de grande relevância prática, foi levantado na doutrina citada na fundamentação do voto da Ministra Relatora. Qual seja, o argumento de que, com relação à impugnação ao cumprimento da sentença, evidentemente não seria aplicável o prazo de 90 dias, “mesmo porque não terá o executado como controlar a ocasião em que, na execução, lhe será facultado defender-se do requerimento do cumprimento de sentença”.³⁹⁷

Ora, se a lei arbitral enumera no art. 32 as hipóteses para sua invalidação, de natureza processual - em especial, os incisos III e VIII -, assim como os meios legais de impugnação, não seria razoável exigir-se que o executado, por cautela, ajuizasse previamente ação de nulidade apenas para não sofrer os efeitos da decadência quanto à matéria arguível no âmbito da ação de cumprimento de sentença.

Ficaria esse direito de ampla impugnação, pois, restringível por um fator externo e incontrolável pelo executado, qual seja, a maior ou menor fluidez do andamento processual.

³⁹⁵ CAHALI, Francisco José, *Curso de Arbitragem*. São Paulo : Thomson Reuters, 2017, p. 385.

³⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 2013, p. 236.

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo : RT, vol. 3, p. 574.

Assim, a exegese restritiva do direito de defesa do executado não se coaduna com a natureza desconstitutiva da via impugnatória da decisão arbitral, por qualquer dos seus meios, visto não distinguir a lei arbitral as matérias invocáveis para cada meio de impugnação, nem podendo ser o devedor punido pela eventual demora do processamento da execução e, conseqüentemente, na impugnação ao cumprimento de sentença.

4. Para além do prazo decadencial – casos extremos de anulação

Por derradeiro, vale lembrar a existência de vícios que não podem ser convalidados pelo simples transcurso do prazo de noventa dias. Esse tema, naturalmente polêmico, pode envolver diferentes perspectivas, como a da flexibilização da coisa julgada, que é pacífica no contexto da jurisprudência, e o da *querela nullitatis insanabilis* (a hipótese prevista no art. 525, parágrafo primeiro, I, aplica-se à arbitragem e, portanto, não se sujeita à prazo), assim como a ilicitude da prova utilizada que, ao menos em princípio, pode levar a questionamentos não sujeitos a esse prazo.

O legislador infraconstitucional, preocupado em evitar o prolongamento do desfecho da disputa arbitral, não cogitou da hipótese de anulação por violação da ordem pública, expressão de conteúdo abrangente, a suscitar, por certo, inúmeras impugnações. Cita Carlos Alberto Carmona, porém, casos excepcionais, em que seria necessário reconhecer a possibilidade do manejo de ação declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo, exemplificando com a hipótese de sentença que decidiu litígio não arbitrável (questão de estado), justificando-se o tratamento preconizado para situações excepcionais “para manter a validade do sistema imaginado pela Lei de Arbitragem, não para quebrá-lo”. Conclui, assim, este autor que a falta de referência expressa à ordem pública, dentre as hipóteses de invalidação da sentença arbitral não impede a exclusão de decisão que ofenda valores importantes para a sociedade.³⁹⁸

Refere, com efeito, Francisco José Cahali que há subsídios para retirar do cenário a sentença arbitral quando totalmente comprometida, sob fundamento de sua “nulidade absoluta, ineficácia ou inexistência da convenção (cláusula ou

³⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96*, cit., p. 416.

compromisso), ou da própria instauração do procedimento arbitral (p. ex., imposto contra a vontade e sem a participação da parte)".³⁹⁹

Necessário considerar, ainda, o que aconteceria, no procedimento arbitral brasileiro, se eventualmente, após o decurso do prazo decadencial, se descobrisse um fato grave, como a ausência de imparcialidade do árbitro, ou que a decisão foi lastreada em prova ilícita, hipóteses, na verdade, de violação frontal à ordem pública, suscitadas pelo coautor deste artigo na defesa de tese de doutorado, sob a orientação do Prof. Marcelo Bonizzi, aprovada e convertida em livro por sugestão da Douta Banca examinadora⁴⁰⁰.

Com efeito, a jurisprudência do STJ, na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, tem levado em conta não apenas as tradicionais violações ao devido processo legal, mas também outras questões relativas à ordem pública, como a parcialidade do árbitro, suscitada no famoso Caso Abengoa.⁴⁰¹

Outro exemplo, hipotético, fornecido pela doutrina, reforça a ideia de que a prova considerada inadmissível de acordo com a lei do país de origem venha a ser admitida em face da ordem pública brasileira. Suponha-se a proibição de depor por questão de gênero, ainda imaginável em países onde as mulheres não desfrutam dos direitos mais básicos. Constituiria, perante um Tribunal Arbitral sediado no Brasil, grave violação à dignidade humana e ao princípio da isonomia, podendo o árbitro desconsiderar absurda vedação e tomar o depoimento da mulher por videoconferência, caso em que a violação da ordem pública residiria na fase de produção e não na da valoração da prova.⁴⁰²

³⁹⁹ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, cit., p.404 e ss.

⁴⁰⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas e Arbitragem*. Rio de Janeiro : Marcial Bons, 2022.

⁴⁰¹ SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 9.412 - US (2013/0278872-5 - RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Conforme a ementa, (...) 1. O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional ou à ordem pública. Dado o caráter indeterminado de tais conceitos, para não subverter o papel homologatório do STJ, deve-se interpretá-los de modo a repelir apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. 2. A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ. 3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996).

⁴⁰² FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira. In: MOREIRA, Ana Luiza B. M. Pinto; BERGER, Renato (Coords.). *Arbitragem e outros temas de direito*

Atualmente, novos embates podem se colocar, diante dos avanços e perigos das novas tecnologias. Os modernos sistemas de comunicação caracterizam-se tanto pela facilidade da transferência e compartilhamento de informações, como por criar oportunidade para a obtenção ilegal de dados, de natureza privada ou privilegiada. Um dilema probatório surge, assim, quando a informação obtida de fonte desconhecida (geralmente por obra de hackers) cai nas mãos de uma parte, que depois procura usá-la na arbitragem.

O problema tem ocorrido sobretudo nas arbitragens de investimento, quando se procura provar alegações de corrupção. Na esteira do escândalo do WikiLeaks, vários tribunais arbitrais de Estados investidores foram confrontados com partes que buscam usar provas inicialmente obtidas através de uma violação de dados em larga escala. A abordagem tradicional, sob as regras domésticas da maioria dos países tornaria tais comunicações e vazamentos inadmissíveis. Contudo, os parâmetros legais de admissibilidade parecem prontos para mudar, na medida em que tais provas, que teriam sido consideradas inadmissíveis devido ao seu caráter privilegiado ou confidencial, são ora legitimáveis porque consideradas informações públicas, o que, por outro lado, poderia vir a esvaziar a garantia da proibição das provas obtidas por meios ilícitos.

Reafirmamos, nesse passo, além das considerações teóricas sobre a natureza da ação de impugnação da sentença arbitral, que não admitiria distinções quanto à matéria alegável, por conta de se tratar de cumprimento de sentença, a nossa convicção quanto à necessidade de preservação dos direitos e garantias fundamentais no processo arbitral, com reflexos, igualmente, na forma de impugnação (por via da ação de *querela nulitatis*) e no prazo de impugnação, que, em casos de sua flagrante violação, poderá, excepcionalmente, extrapolar o lapso legal.

5. Referências bibliográficas

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas e Arbitragem*. Rio de Janeiro : Marcial Pons, 2022

privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 534

BONIZZU, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo : Thomson Reuters, 2017.

CAHALI, Francisco José, *Curso de Arbitragem*. São Paulo : Thomson Reuters, 2017.

CAMARGO, Julia Schledorn de. A ação anulatória com base na violação da ordem pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. FREIRE, Alexandre. (Coords.) *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei n 9.307/96*. São Paulo : Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 2013.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. A arbitragem e as provas ilícitas – uma visão brasileira. In: MOREIRA, Ana Luiza B. M. Pinto; BERGER, Renato (Coords.). *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto*. São Paulo: Quartier Latin, 2021

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo : RT, vol. 3.

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE SEGURO

Marcia Cicarelli Barbosa de Oliveira

Camila Affonso Prado

Resumo

O objetivo do artigo é apresentar um panorama sobre alguns aspectos controvertidos a respeito da arbitragem nos contratos de seguro, especialmente quanto à cláusula compromissória e sua previsão em contratos de seguros massificados e de grandes riscos, bem como seus efeitos à seguradora sub-rogada.

Sumário

1. Introdução **2.** Panorama legislativo e regulatório **3.** A arbitragem e o contrato de seguro **3.1.** Validade e eficácia da cláusula compromissória **3.2.** Efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias **5.** Conclusão. Bibliografia

1. Introdução

A utilização da arbitragem como modo de solução das controvérsias decorrentes dos contratos de seguro e resseguro é crescente. Isso se deve, dentre outros fatores, à expansão do mercado securitário no país e à abertura e desenvolvimento do mercado de resseguro. Conforme relatório publicado pela SUSEP no mês de Maio/2022, a participação do seguro no PIB brasileiro é, atualmente, de 3,5%, com potencial para alcançar de 6% a 10%⁴⁰³. Apesar da recessão econômica dos últimos anos e da pandemia COVID-2019, o mercado de seguros está em crescimento.

⁴⁰³ Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/relat-acomp-mercado-2022.pdf>>. Acesso em: 24/10/2022.

É nesse contexto de desenvolvimento securitário que a arbitragem tem se mostrado como um importante meio para a solução dos conflitos. Especialmente em demandas envolvendo sinistros complexos - seja em razão de aspectos técnicos ou valores envolvidos – ou discussões de interpretação de contrato de resseguro, que não raras as vezes envolve partes estrangeiras, a arbitragem tem sido escolhida tanto pela especialidade e multidisciplinariedade dos árbitros, quanto pela da celeridade e confidencialidade do procedimento.

Fixadas estas premissas que revelam a importância da arbitragem nos contratos de seguro e resseguro, este artigo tem por objetivo analisar as principais questões relativas à matéria, sob a perspectiva do direito material e processual.

2. Panorama legislativo e regulatório

A atividade seguradora e resseguradora é regulada essencialmente pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que compõem o Sistema Nacional de Seguros Privados. Essa regulamentação ocorre justamente por se tratar de atividade que integra o mercado financeiro, sendo um meio para a garantia da higidez econômico-financeira do segurador, bem como para a proteção do consumidor, especialmente quanto ao cumprimento dos deveres de informação pelos seguradores, resseguradores e corretores de seguros⁴⁰⁴.

Nesse contexto, a análise das questões basear-se-á na Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), na Lei Complementar nº 126/07, que dispõe sobre o resseguro, no Código Civil, no Código de Processo Civil, nas Resoluções nº 407/2021 e 439/2022 do CNSP e nas Circulares nº 621/2021 e 667/2022 da SUSEP, que tratam da matéria.

3. A arbitragem e o contrato de seguro

O conceito do contrato de seguro é controverso na doutrina, haja vista a necessidade de abranger tanto o seguro de danos como o de pessoas. O seguro de pessoas não possui função indenitária, assemelhando-se aos contratos de previdência, de modo que a importância segurada é fixada de acordo com a

⁴⁰⁴ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 97-102.

vontade e a capacidade financeira do segurado. Já a função do seguro de danos é essencialmente indenitária, pois visa à recomposição do efetivo prejuízo do segurado. Em razão da dificuldade em se elaborar um conceito unitário para o contrato de seguro, algumas teorias foram desenvolvidas, dentre as quais a teoria indenitária tradicional, a teoria da necessidade, a teoria da empresa e a teoria do interesse legítimo.

A doutrina majoritária acertadamente entende que a teoria adotada pelo Código Civil é a do interesse legítimo, pois o seguro não recai sobre o bem, mas sobre a relação existente entre a pessoa e o bem, que é o chamado interesse. E esse interesse deve ser legítimo a fim de assegurar a contratação dos seguros apenas por pessoas legitimadas para tanto, ou seja, que possuam uma relação jurídica protegida com o bem, cuja perda cause dano efetivo ao próprio segurado, que, por isso, tem interesse na sua conservação e na contratação da proteção securitária⁴⁰⁵.

Nesse sentido, segundo o artigo 757 do Código Civil, por meio do contrato de seguro “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. Assim, o principal objetivo do seguro é garantir o interesse do segurado, e não apenas o pagamento de indenização.

Atualmente, são inúmeros os produtos oferecidos no mercado, havendo diversos tipos de seguro para os mais variados interesses. Em muitos casos, principalmente em seguros de alta complexidade e sinistros vultosos, a arbitragem tem se apresentado como um importante meio de solução dos conflitos, especialmente em razão da especificidade da matéria, que requer, além de julgadores independentes e imparciais, especialistas em direito do seguro, técnica atuarial e regulação de sinistros.

3.1. Validade e eficácia da cláusula compromissória

De acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, a validade da cláusula compromissória pressupõe, de um lado, a capacidade das partes para contratar e,

⁴⁰⁵ Cf. ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5-7. FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Contratos no direito privado: direito civil e empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 279-282. OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. *O interesse segurável*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 25-36.

de outro, que o objeto da arbitragem seja relativo a direito patrimonial disponível. Depreende-se, pois, a arbitrabilidade da matéria securitária e das partes contratantes.

Sendo válida a cláusula compromissória, resta analisar os requisitos para sua eficácia. Atualmente, a regulação dos seguros é essencialmente dividida em duas categorias pela SUSEP: os seguros de danos e os seguros de pessoas. Os seguros de danos, por sua vez, são classificados em seguros massificados, regulados pela Circular SUSEP nº 621/2021, e seguros de grandes riscos⁴⁰⁶, previstos na Resolução CNSP nº 407/2021.

Em razão da complexidade e vultuosidade do risco, os contratos de seguro de grandes riscos podem ser livremente negociados entre segurado e seguradora, criando-se produtos e coberturas mais adequadas à operação e modelo de negócio do segurado, bem como maior concorrência entre as seguradoras. Nesse sentido, a Resolução CNSP nº 407/2021 expressamente prevê, em seu artigo 27, que nos seguros de grandes riscos as partes deverão pactuar, nas condições contratuais do seguro, se utilizarão a arbitragem ou outra forma de resolução de conflitos. Não se trata, portanto, de contrato de adesão, de tal modo que a cláusula compromissória pactuada entre as partes e expressamente prevista na apólice de seguro de grandes riscos produzirá efeitos independentemente de quaisquer outras formalidades.

Já os seguros massificados, sejam os de danos ou de pessoas, são, em regra, contratos de adesão, pois suas cláusulas são redigidas unilateralmente pela seguradora e impostas ao segurado, que, na maioria das vezes, não possui autonomia para alterá-las. Dessa forma, visando à proteção do segurado, hipossuficiente na relação contratual, deve ser observado o artigo 4º, §2º, da Lei de Arbitragem, segundo o qual “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em

⁴⁰⁶ De acordo com o artigo 2º da Resolução CNSP nº 407/2021, “Entendem-se como contratos de seguros de danos para cobertura de grandes riscos aqueles que apresentem as seguintes características: I - estejam compreendidos nos ramos ou grupos de ramos de riscos de petróleo, riscos nomeados e operacionais – RNO, global de bancos, aeronáuticos, marítimos e nucleares, além de, na hipótese de o segurado ser pessoa jurídica, crédito interno e crédito à exportação; ou II - demais ramos, desde que sejam contratados mediante pactuação expressa por pessoas jurídicas, incluindo tomadores, que apresentem, no momento da contratação e da renovação, pelo menos, uma das seguintes características: a) limite máximo de garantia (LMG) superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais); b) ativo total superior a R\$ 27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior; ou c) faturamento bruto anual superior a R\$ 57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior”.

documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Segundo voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1.845.737, “o objetivo da regra, vale destacar, é de conferir proteção ao aderente, sujeito que, dada a forma como tais contratos são pactuados, se vê impossibilitado de discutir sobre o conteúdo das cláusulas em condições de paridade com o proponente, o qual acaba, no mais das vezes, por impor unilateralmente suas condições”⁴⁰⁷.

É importante ressaltar que nas Circulares SUSEP nº 621/2021 e 667/2022 não há qualquer dispositivo que faça referência à possibilidade de pactuação de cláusula compromissória. Ao revés, os artigos 55 e 65, respectivamente, estabelecem que as “questões judiciais” entre o segurado/beneficiário e a seguradora serão “processadas no foro do domicílio” do segurado/beneficiário. De qualquer forma, e considerando a previsão normativa do artigo 4º, §2º, da Lei de Arbitragem, segurado e seguradora estão autorizados a pactuar cláusula compromissória, desde que cumpridos os requisitos legais.

Assim, nos seguros massificados a cláusula compromissória somente será eficaz se o segurado: (i) tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou (ii) concordar expressamente com a sua instituição, por escrito, em documento anexo ou com visto especial na cláusula, redigida em destaque.

Isso quer dizer que, na primeira hipótese, caso o aderente opte pela via arbitral, deverá adotar as medidas para dar início ao procedimento, não podendo a seguradora se opor. Caso, porém, escolha a via judicial, basta propor a ação cabível, sendo igualmente vedado à seguradora qualquer objeção. Ou seja, o aderente não está vinculado à utilização da arbitragem e a cláusula arbitral somente terá eficácia se ele tomar a iniciativa de utilizar tal via.

Das demais hipóteses, uma vez preenchidos os pressupostos legais que demonstrem o exercício da autonomia da vontade pelo segurado, seja pela existência de cláusula compromissória destacada na apólice e com visto do segurado; ou prevista em documento apartado e especificamente assinada pelas partes; ou ainda pela participação do segurado na negociação das cláusulas, descaracterizando o contrato como de adesão, tanto o segurado como a seguradora estão vinculados à utilização da via arbitral. Nesse caso, pressupõe-se que segurado e seguradora voluntariamente estabeleceram que os conflitos decorrentes da interpretação e execução do contrato de seguro serão resolvidos

⁴⁰⁷ REsp n. 1.845.737/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/2/2020, DJe de 26/2/2020.

por arbitragem, excluindo a via judicial. Daí porque, conforme ressalta Selma Lemes, “a informação e a transparência são prioritárias para a ciência do consumidor, do aderente, impondo-se a perfeita ciência do que está assumindo e o que a cláusula compromissória representa”⁴⁰⁸.

Na prática, tendo em vista a própria dinâmica do contrato de seguro, cujo instrumento contratual (apólice) não é assinado pelo segurado, o que se verifica nos seguros massificados é a previsão de cláusula indicativa de arbitragem, a ser facultativamente aderida pelo segurado.

Ressalte-se que a cláusula compromissória deve ser aceita pelo segurado, não produzindo efeitos quando rubricada apenas pelo corretor de seguros, que, não atuando na condição de mandatário, agiria em violação ao princípio da autonomia da vontade. Não obstante, é de extrema importância o seu papel, pois, além de esclarecer ao segurado o significado da cláusula, deve informá-lo sobre os custos do procedimento, suas vantagens e desvantagens, a fim de que ele tenha condições de decidir sobre a sua aceitação de modo consciente.

3.2. Efeitos da cláusula compromissória a partes não signatárias

Outra questão a ser analisada diz respeito aos efeitos da cláusula compromissória quanto à seguradora. Indaga-se, primeiramente, se é possível à seguradora ingressar espontaneamente no procedimento arbitral instaurado entre seu segurado e um terceiro, sem que seja signatária da convenção de arbitragem. Imagine-se, por exemplo, ser a seguradora garantidora de um seguro de responsabilidade civil e, ocorrido o sinistro, a discussão envolva justamente fatos para os quais exista cobertura securitária contratada.

A doutrina majoritária, baseando-se no princípio da autonomia da vontade, não admite a participação da seguradora, salvo se houver expressa concordância das partes e dos árbitros. Em regra, “se a seguradora não firmou a cláusula compromissória, ela não estará vinculada, não obstante a existência dos reflexos de eventual decisão arbitral, haja vista o contrato de seguro do bem sinistrado”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem e seguro*. In: Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil. Anais do V Fórum de Direito do Seguro – José Sollero Filho. V. 1, n. 2, dez./2009, p. 264.

⁴⁰⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem e seguro*, ob. cit., p. 269-270.

Todavia, havendo anuência das partes, seria sustentável decisão arbitral que nega a participação espontânea da seguradora na arbitragem? Nessa hipótese, não cabe aos árbitros impedir a participação de terceiro no procedimento arbitral quando as partes com ela concordaram. Com efeito, segundo Pedro Batista Martins, “a jurisdição arbitral é exercida no interesse e por força da vontade das partes. Olvidar esse pressuposto e assegurar aos árbitros tal poder de intervenção seria a negação da própria prestação efetiva da tutela jurisdicional”⁴¹⁰.

O segundo ponto a ser estudado é o seguinte: efetuado o pagamento da indenização, a seguradora, em ação regressiva, também se sub-roga nos deveres da cláusula compromissória firmada entre o segurado e o terceiro causador dos danos?

Ao dispor sobre a sub-rogação da seguradora, o artigo 786 do Código Civil prevê que “paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”. Ainda, o artigo 349 do mesmo diploma legal estabelece que “a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”. Conforme se observa, a sub-rogação transfere não apenas os “direitos”, mas também as “ações” do antigo titular.

No ano de 2019, o STJ, ao julgar pedido de homologação de sentença estrangeira arbitral que havia determinado a vinculação da seguradora sub-rogada à cláusula arbitral constante no contrato entre o segurado e o terceiro, acabou por não analisar o mérito da questão. Por maioria de votos, deferiu-se a homologação sob o entendimento de que “o controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.307/1996, não podendo ser apreciado o mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença homologatória”. Todavia, votos vencidos proferidos pelos Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Benedito Gonçalves se posicionaram o sentido de que a cláusula compromissória não vincula a seguradora sub-rogada. Nos dizeres do Ministro João Otávio de Noronha, “se o segurador sub-rogado não anuiu à cláusula compromissória e se o contrato de seguro não fazia remissão ao contrato de fornecimento que continha

⁴¹⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevisita*. Disponível em: <<http://www.batistamartins.com>>. Acesso em: 25/10/2022.

a referida cláusula, não há elemento capaz de autorizar a vinculação do segurador sub-rogado ao juízo arbitral. Observe-se que o art. 786 do Código Civil prevê que o segurador apenas se sub-roga nos direitos e ações que competirem ao segurado, não havendo alusão a ônus ou obrigações eventualmente assumidas por este último, sobretudo aquelas que tenham natureza personalíssima, como parece ocorrer com a cláusula compromissória⁴¹¹.

Mais recentemente, em Março/2022, o STJ julgou o REsp nº 1.962.113⁴¹², que versava sobre a vinculação da cláusula de eleição de foro pactuada entre o segurado e autora do dano à seguradora sub-rogada. Decidiu-se, por unanimidade, que “o instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à seguradora sub-rogada”. Em síntese, no entendimento do STJ a sub-rogação transfere apenas a titularidade do direito material, de tal sorte que os direitos de natureza processual não são oponíveis ao novo credor. Ainda que este julgado não trate especificamente da cláusula compromissória, é um indicativo de como a Corte Superior pode vir a analisar a questão aqui posta no futuro.

Sobre a natureza da cláusula compromissória ser processual ou material, Anderson Schreiber diz que “a restrição da eficácia da sub-rogação aos aspectos de direito material não se ajusta bem, todavia, à literalidade dos artigos 394 e 786 do Código Civil, que contemplam expressamente a transmissão das “ações” do titular primitivo ao novo titular do crédito⁴¹³. Ainda, explica o autor que a cláusula também não possui natureza personalíssima, o que poderia ser um óbice à vinculação da seguradora. Em conclusão, afirma que a cláusula compromissória é vinculante à seguradora, cabendo-lhe “incorporar o exame do meio de resolução de controvérsia eleito contratualmente pelo segurado à sua análise de riscos, de modo a não ser surpreendida por eventual exceção de arbitragem quando do exercício do seu eventual direito de regresso. Isso não impede, naturalmente, a ocorrência de situações excepcionais, nas quais se demonstre a impossibilidade

⁴¹¹ SEC n. 14.930/EX, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 15/5/2019, DJe de 27/6/2019.

⁴¹² REsp n. 1.962.113/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022.

⁴¹³ SCHREIBER, Anderson. *Sub-rogação da seguradora na cláusula compromissória*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/segueros-contemporaneos-sub-rogacao-seguradora-clausula-compromissoria>>. Acesso em: 25/10/2022.

da seguradora de identificar a cláusula compromissória na fase de avaliação de risco. Suponha-se, por exemplo, a cláusula compromissória pactuada pelo segurado posteriormente à emissão da apólice, por meio de aditivo. Impõe-se ao segurado, em tal hipótese, o dever de informar à seguradora a modificação contratual, em atenção ao disposto no artigo 765 do Código Civil (...)”⁴¹⁴.

Nesse sentido é também o posicionamento de Francisco José Cahali e Viviane Rosolia Teodoro. Segundo os autores, a seguradora sub-rogada fica vinculada à cláusula compromissória constante do contrato entre o segurado e o terceiro, ainda que dela não seja signatária. Contudo, estariam ressalvadas situações “em que era impossível o acesso às cláusulas contratuais (por exemplo, celebrada a convenção arbitral em outro documento ou em aditamento posterior à contratação do seguro) ou, ainda, em situações de cobertura geral ao produto (ou à segurada como um todo) – a exemplo de seguros empresariais, a frotas de caminhões etc. – e não pontual, como o transporte de um bem ou mercadoria. Neste caso, a existência ou não do contrato firmado com terceiro, com cláusula compromissória, é totalmente dissociado da cobertura. (...) Nesse contexto, a subscrição do risco figura como um importante processo para ser considerado na definição prática sobre a transmissão da cláusula compromissória de arbitragem às seguradoras, em caso de sub-rogação”⁴¹⁵.

Conforme se observa, a questão ainda é bastante controversa na doutrina e jurisprudência. A despeito de a natureza da arbitragem ser contratual, estando fundada na autonomia da vontade das partes, o instituto da sub-rogação transfere tanto os direitos quanto as ações que o credor primitivo possuía em face do terceiro, conforme previsto no Código Civil. Desse modo, nas hipóteses em que a seguradora tenha sido devidamente informada sobre a existência da cláusula compromissória durante a subscrição da apólice, tendo, portanto, considerado este fator em sua avaliação do risco, não haveria razão para desvinculá-la da cláusula em futuro litígio com aquele que causou o dano ao segurado indenizado. É imprescindível, portanto, que as seguradoras estejam atentas para esta questão e, especialmente em apólices de grandes riscos, incluam no processo de

⁴¹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Sub-rogação da seguradora na cláusula compromissória*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/seguros-contemporaneos-sub-rogacao-seguradora-clausula-compromissoria>>. Acesso em: 25/10/2022.

⁴¹⁵ CAHALI, Francisco José; TEODORO, Viviane Rosolia. *Transmissão da cláusula arbitral às seguradoras em case de sub-rogação e a sentença arbitral estrangeira contestada 14.930 (2015/0302344-0)*. Revista dos Tribunais. vol. 1040. ano 111. p. 71-88. São Paulo: Ed. RT, junho 2022.

subscrição a avaliação do contrato firmado entre o segurado e o terceiro não apenas sob o prisma de seu escopo, obrigações assumidas e valores, mas também da forma de soluções de controvérsias.

5. Conclusão

A utilização arbitragem como método de solução de controvérsias envolvendo os contratos de seguro tem sido cada vez mais frequente e tem se revelado bastante eficaz. Especialmente em conflitos envolvendo grandes riscos - seja pelo valor envolvido, pela complexidade técnica dos fatos envolvendo o sinistro ou pela multidisciplinariedade da discussão – a arbitragem tem sido escolhida pelas partes em razão da celeridade, confidencialidade e especialidade dos árbitros.

A expectativa é que a arbitragem se torne ainda mais difundida para a resolução das lides securitárias. Isso em razão da possibilidade que as seguradoras e os segurados agora têm de negociarem livremente os contratos de seguros de grandes riscos. Não se tratando de contratos de adesão, a cláusula compromissória pactuada entre as partes é vinculante independentemente do cumprimento dos requisitos do artigo 4º, §2º, da Lei de Arbitragem.

Não se deve olvidar, contudo, os casos de contratações envolvendo grandes riscos, mas sujas apólices ainda são comercializadas como produtos massificados. A depender das circunstâncias concretas e da forma como se deu a negociação, é possível que o contrato seja considerado como de adesão e, portanto, o disposto no referido dispositivo legal deverá ser observado para que a cláusula seja vinculante ao segurado, a despeito das dificuldades práticas envolvidas em razão da dinâmica deste tipo de contrato. Por outro lado, deve-se considerar que mesmo em contratos que não sejam comercializados na forma prevista na Resolução CNSP 407/2021, é possível que o segurado tenha tido uma participação ativa na negociação das cláusulas da apólice, de forma que não se caracterize como contrato de adesão. Nesta hipótese, também não haverá exigência de cumprimento dos requisitos do artigo 4º, §2º, da Lei de Arbitragem.

Além disso, é igualmente importante que no processo de subscrição de riscos as seguradoras atentem para a existência, ou não, de cláusula compromissória no contrato firmado entre o segurado e o terceiro, tendo em vista o impacto que pode causar no ressarcimento da seguradora em eventual

sub-rogação. Ainda não há um posicionamento majoritário na doutrina e jurisprudência sobre a vinculação da seguradora sub-rogada à cláusula compromissória da qual não seja signatária, razão pela qual a subscrição deve considerá-la no processo de aceitação e precificação do risco.

Referências Bibliográficas:

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAHALI, Franciso José; TEODORO, Viviane Rosolia. Transmissão da cláusula arbitral às seguradoras em case de sub-rogação e a sentença arbitral estrangeira contestada 14.930 (2015/0302344-0). *Revista dos Tribunais*. vol. 1040. ano 111. p. 71-88. São Paulo: Ed. RT, junho 2022.

FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Contratos no direito privado: direito civil e empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem e seguro*. In: *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil. Anais do V Fórum de Direito do Seguro – José Sollero Filho*. V. 1, n. 2, dez./2009, p. 261-273.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem. Capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista*. In: <http://www.batistamartins.com>. Acesso em: 25/10/2022.

OLIVEIRA, Marcia Cicarelli Barbosa de. *O interesse segurável*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Sub-rogação da seguradora na cláusula compromissória*. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/seguros-contemporaneos-sub-rogacao-seguradora-clausula-compromissoria>>. Acesso em: 25/10/2022

A COMUNICAÇÃO COMO FERRAMENTA DE GESTÃO: A COMUNICAÇÃO EFICAZ NO AMBIENTE EMPRESARIAL

Márcia Rosa

Mestranda em Sistemas de Resoluções de Conflitos,
fundadora da Márcia Rosa Consultoria, Advogada Colaborativa,
Especialista em Empresas, Empresas Familiares, Coaching,
Mentoring, Gestão de Conflitos, Negociação.

“O mais importante ingrediente na fórmula do sucesso é saber como lidar com as pessoas”.

Theodore Roosevelt

PALAVRAS-CHAVE

Conflito, comunicação; comunicação empresarial; comunicação organizacional.

Desde o início dos tempos, parte da humanidade se dedicava à criação de bens para viver enquanto outros se preocupavam em resolver conflitos.

A exata dimensão da assertiva se traduz no filme *Tempos Modernos*, filme dirigido e produzido por Charles Chaplin. A mensagem entendida de operários em plena revolução industrial que produziam em série, sem qualquer condição física e psicológica, até porque o lucro era o único desejo dos proprietários, imagine se com qualquer possibilidade de efetiva comunicação. Ou seja, operários explorados para produzirem com maior velocidade possível a qualquer custo.

Destaco que vale a pena ver o filme com outra perspectiva.

Se por um lado se pensava no lucro, distante havia outro grupo que se preocupava em resolver questões adversas. E hoje podemos enxergar empresas que dedicam inserir em seu planejamento estratégico a comunicação eficaz.

O cliente interno (colaboradores, fornecedores, parceiros e formadores de opinião da própria empresa) demanda novos rumos de gestão que superem os modelos lineares, verticais e impositivos com valorização do trabalho em equipe, informação compartilhada, participação e autonomia dos colaboradores. Conseqüentemente, investem nos resultados, sugerem, atuam de forma transparente.

O cliente externo demanda ações inovadoras, fidelização, marketing diferenciado, atendimento especial e atenção aos valores, a cultura, a ética e ao social.

Esse cliente externo, sociedade e consumidores se satisfeitos, além de consumir disseminam a informação de qualidade, ou seja, pelo serviço, pelo produto, ou pelo posicionamento. A ideia é ouvir o cliente e ter a resolução de suas questões atendidas.

Investir em tecnologia para criar canais de comunicação se tornou indispensável!

Em uma época em que a própria comunicação é tão valorizada, com a popularização da internet e, principalmente das redes sociais, as empresas não podem mais adotar o tipo de relacionamento frio e distante com os colaboradores e o público externo que era tão normal há algum tempo.

Impossível começar a escrever sem citar Peter Drucker, o pai da Teoria da Administração, em sua assertiva:

“60% de todos os problemas administrativos resultam da ineficácia da comunicação”.

Quando se traduz esse valor em dinheiro, em tempo, se tem a dimensão do quanto a comunicação eficaz é indispensável para a produtividade e as conseqüências nocivas quando não implementada.

Uma pesquisa realizada pela [Deloitte](#), no artigo de Alessandra Assad, mostrou que os funcionários entre 78% e 80% das empresas brasileiras dizem ser mal informadas sobre as ações da empresa, enquanto a média de insatisfação com a remuneração é de 60%. Ou seja, estão mais insatisfeitos com a

comunicação interna da companhia do que com o próprio salário. E 87% das demissões ocorrem por questões de comportamento. ^{*4162}

As empresas acreditavam (muitas ainda acreditam) e se baseavam por um modelo burocrático e com efeito produtivo. A comunicação empresarial, em sua percepção, se traduzia em memorandos, determinações, regras, mural, jornais internos ou outros meios que não fossem apenas um diálogo.

A pesquisa ainda afirma que: 'Pode parecer tão simples comunicar de maneira adequada, mas é fato que ainda temos muito o que aprender em termos corporativos se quisermos eficiência e eficácia dos nossos colaboradores. É impossível uma mudança, por menor que seja, acontecer se a maior parte das pessoas não estiver disposta a colaborar, até mesmo a ponto de fazer alguns sacrifícios em curto prazo. Normalmente, a visão é dez vezes menos divulgada do que deveria.

Os funcionários não colaborarão se não acharem que a mudança vá gerar benefícios atraentes e não estiverem convencidos de que a transformação é possível. Por esse motivo, é fundamental transmitir-lhes a visão de mudança, não a uns poucos, mas sim a todos, para que fique bem claro o que cada um pensa dessa visão e, assim, obter um feedback. Uma vez fixado o rumo, e quando as pessoas entenderem que esse é o rumo correto, é preciso estimulá-las a agir. Como? Limpando o caminho, retirando os obstáculos ou impedindo que eles bloqueiem a mudança.

Alinhamento de meio e mensagem é, portanto, chave. A comunicação ocorre por meio de palavras e atos, nada prejudica mais a mudança do que o fato de indivíduos importantes se comportarem de forma incoerente com aquilo que pregam. Para isso, deve ter um modelo que sirva de guia do comportamento que se espera dos funcionários.

Muitos líderes, prestes a iniciar um processo de mudança, sabem que as pessoas são fundamentais. Obviamente, eles também são tentados a se fixar mais em planos e processos, que não retrucam e não têm reações emocionais, do que enfrentar questões extremamente difíceis e complexas, inerentes aos seres humanos. Contudo, os números não mentem: 5% dos resultados das mudanças

^{416*2} Site Tecnologia em Gestão em RH- INESUL <https://tgrh.blogs.sapo.pt/62705.html>

vêm das máquinas; 15% dos programas e 80% das pessoas. O que você está esperando?

As organizações precisam ter pessoas que exerçam liderança para iniciar, promover, facilitar, gerenciar e coordenar os processos de transformação, com formação técnica adequada e, acima de tudo, atitude e compromisso.

Pessoas que exercem papel de liderança necessitam que seu comportamento esteja alinhado com as atitudes. Com tantas mudanças sociais não é mais possível que àquele modelo ainda seja adotado.

O conflito é inerente ao ser humano. É um processo de oposição e confronto que pode ocorrer entre indivíduos ou grupos nas organizações.

O conflito pode ser definido como sendo toda opinião divergente, ou maneira diferente de ver ou interpretar algum acontecimento.

Transformar conflitos numa perspectiva positiva, uma lição de Jonh Paul Liderach em sua obra Transformação de Conflitos:^{417*3} 'visualize e responda ... ao fluxo e refluxo dos conflitos sociais como uma oportunidade de vida ... para criar processos de mudança construtiva ... que reduzam a violência, aumentem a justiça na interação direta e nas estruturas sociais, e respondam aos problemas reais nas relações humanas (tradução livre).'

Estar em conflitos não é a questão, a forma como você quer resolver é que faz a grande diferença e diz muito sobre você e sua empresa. Ou seja, O conflito em si não é o problema. O problema é a forma de lidar com o conflito.

O conflito pode ser encarado de forma positiva, como oportunidade de crescimento e aprendizado.

Liderach conclui na mesma obra: "As lentes da transformação de conflitos concentram-se no potencial de mudança construtiva, potencial que emerge e é catalisado pelo surgimento de conflitos sociais. Essas lentes podem ser facilmente aplicadas a uma ampla variedade de conflitos, uma vez que o potencial para grandes mudanças é inerente a qualquer episódio de conflito, do mais pessoal ao estrutural.'

^{417*3} Jonh Paul Liderach em sua obra Transformação de Conflitos, pags. 22 e 35

A comunicação empresarial ocorre em diversos níveis e atinge pessoas distintas, com personalidades, crenças e necessidades diferentes. Ou seja, a cultura da empresa, que se mistura com a cultura das pessoas que atuam direta e indiretamente no ambiente empresarial, a influência dessas culturas, a transformação que essas culturas transmitem.

A empresa não é um conglomerado, necessitam mais do lucro, é um organismo vivo, formado por diversas partes diferentes e interdependentes, que trabalham em conjunto. E nesse novo contexto, a comunicação empresarial é extremamente importante.

A política de "comando e controle" tornam-se obsoleta e prejudicial.

O "comando e controle" não exploram todo o potencial e não estimula a aprendizagem.

Além disso, sustenta o medo, inibe a criatividade, descarta a oportunidade de exploração e a capacidade de gerar contribuições pessoais.

Ações benéficas e rápidas de serem implementadas que contribuem para uma comunicação eficaz no ambiente interno da empresa:

1. Treinar sobre comunicação assertiva, compassiva;
2. Criar um canal adequado para comunicação formal com as ferramentas implementadas pela empresa;
3. Compartilhar conhecimento e informação, seja por e-mail ou nas redes sociais, ou mesmo se oferecendo para escrever ou dar depoimentos e newsletters;
4. Dissipar conversas paralelas improdutivas e pessimistas;
5. Incentivar a comunicação informal saudável na empresa;
6. Usar os e-mails com moderação e, de preferência, de forma breve e objetiva, com textos curtos;
7. Utilizar recursos tecnológicos de forma empática entre o colaborador e a empresa, humanizar as relações.

Uma empresa que eleger a comunicação efetiva em seu planejamento estratégico atrai e retém os talentos na empresa e contribuem para:

1. Reduzir o custo financeiro com os encargos de processo demissionário;

2. Perdurar o know-how;
3. Preservar os talentos;
4. Multiplicar o conhecimento;
5. Gerir conflitos;
6. Satisfazer os clientes;
7. Mitigar tempo do processo de recrutamento e seleção;
8. Ambientar novos talentos;
9. Aumentar produtividade;
10. Motivar a equipe;
11. Reduzir o custo de treinados, nos quais a empresa investiu anteriormente (diferente de reciclagem ou mesmo aprendizado em novas metodologias);
12. Manter a imagem positiva da empresa.

A comunicação quando pensada estrategicamente na empresa promove canais de contato com os clientes internos e externos, sejam colaboradores, *stakeholders*, fornecedores, concorrentes, sindicatos, Estado e diversos outros agentes de interação. Ainda provoca comportamentos inovadores, criativos e dinâmicos, mas se democrática e colaborativa, se a intenção é compartilhar a cultura da empresa !

A área de marketing deverá ser envolvida mantendo um trabalho conjunto à estratégia de mercado da organização. Essa interação mantém a credibilidade, fortalece os relacionamentos e promove o maior veículo de disseminação: o boca a boca.

Em tempos de analistas das redes sociais qualquer mínimo deslize, mal entendido ou boato sobre sua empresa pode acabar se espalhando de forma assustadora e tomar proporções que vão além do contexto online.

Por isso, mais do que nunca, é necessário investir em uma boa comunicação empresarial, que seja feita com responsabilidade e de forma estratégica.

E como pensar nisso de forma prática?

Imediatamente deve-se estar atento a todos os sinais e inserir a comunicação no planejamento estratégico. Sair da *velha opinião formada sobre tudo* como 'manda quem pode e obedece quem tem juízo'. Como falamos acima,

além das novas tecnologias a empresa necessita criar um canal de interação com seus clientes, sejam internos e externos. Deixar claro e evidenciado que o diálogo é indispensável.

As lideranças necessitam estar aptas e em constante atualização e entendimento que é indispensável ser flexível, estar envolvido com os colaboradores e manter se no alinhamento proposto pela empresa.

Uma questão que sempre me chama muito atenção e que corrompe o diálogo é a questão geográfica. Já parou para pensar se os seus colaboradores estão exercendo suas atividades em um local apto? É possível que haja uma barreira nem tanto invisível que iniba o processo criativo e que passe a ideia de distanciamento. Reveja se todos se sentem acolhidos e pertencentes ao ambiente.

A relação de confiança também passa por aí. Se não há confiança há insegurança. Conseqüentemente, atrapalha o processo criativo e abala o relacionamento. E a comunicação entre essas pessoas será ineficiente. Seja autêntico e objetivo. O melhor que tem a fazer é saber ouvir, com uma escuta ativa. Todos necessitam ser acolhidos. Ouvir é um acolhimento.

Uma comunicação eficaz começa no saber ouvir.

É uma habilidade.

Ouvir ativamente diz ao outro interesse, compreensão, respeito aos sentimentos e pensamentos

Dê a todas pessoas seus ouvidos, mas a poucas a sua voz.

William Shakespeare

E como não citar Rubens Alves, psicanalista e educador, considerado um dos principais pedagogos brasileiros da história do Brasil, junto com Paulo Freire, em seu texto sobre escutatória:^{418*4}

“Sempre vejo anunciados cursos de oratória. Nunca vi anunciado curso de escutatória. Todo mundo quer aprender a falar. Ninguém quer aprender a ouvir.

418*4

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4132953/mod_resource/content/1/Texto%20de%20Rubem%20Alves.pdf

Pensei em oferecer um curso de escutatória. Mas acho que ninguém vai se matricular. Escutar é complicado e sutil... Parafraseio o Alberto Caeiro: “Não é bastante ter ouvidos para ouvir o que é dito; é preciso também que haja silêncio dentro da alma”. Daí a dificuldade: a gente não aguenta ouvir o que o outro diz sem logo dar um palpite melhor, sem misturar o que ele diz com aquilo que a gente tem a dizer... Nossa incapacidade de ouvir é a manifestação mais constante e sutil de nossa arrogância e vaidade: no fundo, somos os mais bonitos... Tenho um velho amigo, Jovelino, que se mudou para os Estados Unidos estimulado pela revolução de 64. Contou-me de sua experiência com os índios. Reunidos os participantes, ninguém fala. Há um longo, longo silêncio. (Os pianistas, antes de iniciar o concerto, diante do piano, ficam assentados em silêncio, abrindo vazios de silêncio, expulsando todas as ideias estranhas). Todos em silêncio, à espera do pensamento essencial. Não basta o silêncio de fora. É preciso silêncio dentro. Ausência de pensamentos. E aí, quando se faz o silêncio dentro, a gente começa a ouvir coisas que não ouvia. Eu comecei a ouvir. Fernando Pessoa conhecia a experiência, e se referia a algo que se ouve nos interstícios das palavras, no lugar onde não há palavras. A música acontece no silêncio. A alma é uma catedral submersa. No fundo do mar – quem faz mergulho sabe – a boca fica fechada. Somos todos olhos e ouvidos. Aí, livres dos ruídos do falatório e dos saberes da filosofia, ouvimos a melodia que não havia, que de tão linda nos faz chorar.”

A revista eletrônica da Harvard Business Review^{419*5} destaca em seu artigo, interessante pesquisa que revela “Uma conversa pessoal envolve, por definição, uma troca de comentários e perguntas entre duas ou mais pessoas. Uma única pessoa falando não é, obviamente, uma conversa. O mesmo vale para o diálogo organizacional, no qual o líder fala “com” os trabalhadores — e não só “para” eles. Essa interatividade torna a conversa aberta e fluida, em vez de fechada e impositiva. Implica abandonar a simplicidade do monólogo e abraçar a vitalidade imprevisível do diálogo. A busca da interatividade reforça a intimidade e nela se apoia: tentativas de reduzir a distância entre trabalhadores e líderes serão infrutíferas se o pessoal não contar com as ferramentas e o apoio institucional de que precisa para abrir a boca e (quando pertinente) dar a réplica.”

^{419*5} <https://hbrbr.uol.com.br/lideranca-e-dialogo/>

Ainda, Douglas Stone^{420*6}, do *The Harvard Negotiation Project*, no livro *Conversas Difíceis*, narra sobre a estrutura do diálogo, dos mal entendidos, da compreensão com ruído, equívocos são revelados e entendidos a sua real essência. Ele diz que o diálogo se divide em:

1. O diálogo do 'o que aconteceu?'. A maioria dos diálogos difíceis giram em discordâncias sobre o que aconteceu ou o que deveria quis dizer o que, e a quem culpar?
2. O diálogo dos sentimentos. Todo diálogo difícil também faz perguntas e das respostas sobre sentimentos. Será que os meus sentimentos são válidos? Apropriados? Será que eu deveria aceitá-los ou negá-los, colocá-los para fora ou guardá-los? O que fazer com os sentimentos da outra pessoa? E se eles estiverem zangados ou magoados?
3. O diálogo da identidade. Esse é o diálogo que cada um de nos tem consigo sobre o que a situação representa para nos. Realizamos um embate interno sobre se somos competentes ou incompetentes, pessoas boas ou más, dignas de amor ou não. Que impacto este fato poderá ter sobre nosso amor próprio e sobre a imagem que fazemos de nós mesmos, sobre nosso futuro e nosso bem-estar? Nossas respostas a estas perguntas determinam em grande parte se nos sentimos 'equilibrados' durante o diálogo ou se nos sentimos balançados e ansiosos.

Todo diálogo difícil envolve uma luta entre estes três diálogos, dia o autor. 'Assim, um envolvimento bem-sucedido requer aprendizado da manipulação eficiente de cada um destes três diálogos. Pode parecer difícil manipulá-los simultaneamente, contudo é mais fácil do que enfrentar as consequências de um envolvimento em um diálogo difícil sem qualquer conhecimento'.

Falamos até aqui sobre a necessidade de o espaço geográfico passar a mensagem do acolhimento, do diálogo inclusivo e da escuta ativa.

Outros fatores que comprometem a comunicação e que necessitam serem revistos como a sobrecarga de trabalho e informação, o tamanho do e-mail ou

^{420*6} Stone, Duglas, (1999), - *Conversas Difíceis* – 5ª edição – Editora Elsevier.

qualquer outra expressão escrita, as instruções disparem entre áreas, que causam mal-entendidos e mensagens não decodificadas.

Todas essas barreiras necessitam de atenção especial por mais ocupado que você esteja com o objeto principal do negócio, entenda, esse é o objeto principal do seu negócio. Aqui está o gargalo e não somente as questões econômicas.

Eu gosto muito de fazer essa citação quando participei de um seminário sobre a comunicação interna na empresa e a direção apresentou *cases* maravilhosos, com resultados acima da expectativa.

Entretanto, no trabalho de escuta como facilitadora em uma pesquisa interna o quesito comunicação figura entre os maiores problemas, principalmente a comunicação entre líderes e liderados.

A percepção da liderança era totalmente distinta dos liderados. Somente através do entendimento é que se poderá ter a exata compreensão. E para isso uma comunicação sem ruído se faz necessária.

Outro aspecto bastante salutar é compreender os princípios baseados em uma comunicação compassiva através de treinamentos inspirado no autor e criador da Comunicação Não Violenta Marshall Rosenberg^{421*7}, que se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas.

Denominada de CNV – Comunicação Não Violenta, é transformadora e trabalha com quatro componentes: observação, sentimento, necessidade e pedido. De acordo com sua obra *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*:

‘Observação - observe o que está acontecendo de fato, sem julgamentos e sem juízo de valor: quando combinamos observação com avaliação, as pessoas tendem a receber como críticas.

^{421*7} Rosenberg, Marshall B, (2006) – *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*, São Paulo – Editora Ágora.

Sentimentos - identifique o que está sentindo em relação ao que observa: expressar nossa vulnerabilidade pode ajudar a resolver conflitos.

Necessidades – informe suas necessidades, valores e desejos que estão conectados aos seus sentimentos. Quais são suas reais necessidades que lhe fizeram sentir daquela maneira: quando expressamos nossas necessidades, temos mais chances de vê-las satisfeitas.

Pedido – peça o que deseja, de forma concreta, para que atenda suas necessidades.: é comum não termos consciência do que estamos pedindo’.

Muito usado em treinamentos corporativos que eu mesmo tive o prazer de realizar nos anos de 2017 e 2018 ao corpo técnico do SEBRAE/RJ e em outras UF do Sistema. Relatos de avaliação de mais de 90% de aprovação e reconhecimento de uma nova perspectiva e de forma prospectiva, não só do ambiente empresarial como da vida pessoal.

Ações quando implantadas e a empresa realmente comprometida com uma comunicação eficaz resolvem problemas como:

1. Desempenho na execução das atividades: consegue avaliar se há algum problema operacional na realização dos processos de trabalho, eficiência, produtividade ou qualidade do resultado obtido, por exemplo, bem como se há desvalorização ou não valorização dos colaboradores;
2. Discriminação: consegue entender as diferenças individuais e psicológicas: temperamento, caráter, inteligência, aptidões, habilidades mentais, comportamento, percepção diferentes, desempenho diferentes, entre outros;
3. Assédio moral ou psicológico: consegue identificar onde está a tensão antes que se torne uma questão de comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho;
4. Gestão: consegue perceber questões ligadas a promoções, plano de remuneração e estratégico, os resultados do colaborador, os objetivos e prioridades, se a formação e treinamento estão em consonância com os valores e cultura da empresa, entre outros;

5. Tomada de decisões: consegue esclarecer quanto a assertividade, as melhores decisões, o momento de agir, as oportunidades, entre outros.

Todas essas questões quando não observadas atingem diretamente ao coração da empresa e comprometem sua produtividade. É muito natural os empreendedores se preocuparem com outras questões que são legítimas, o que não descaracteriza que a comunicação empresarial também é um fator relevante para o desempenho e lucratividade do negócio.

Conclusão

Uma comunicação eficiente se tornou indispensável no ambiente empresarial, ganha-se tanto financeiramente contribuindo diretamente em maior e melhor produtividade, com colaboradores reconhecidos, legitimados e empoderados, como em tempo, onde o empregador dispende sua energia e custos para expandir o negócio. E ser criativo. Nota-se também uma nítida melhora no processo de colaboração e trabalhos coletivos. Colaboradores felizes e saudáveis, sim, redução nítida de doenças laborais e emocionais. A imagem que a empresa passa é que ela se preocupa em humanizar as relações e qualificar seu corpo técnico oferecendo ao seu cliente externo melhores ofertas, aumentando a praticidade, segurança de seus produtos, estabelecendo maior confiança com a imagem da empresa.

***A resposta certa, não importa nada:
o essencial é que as perguntas estejam certas.***

Mario Quintana

Referências

- Site Tecnologia em Gestão em RH- INESUL <https://tgrh.blogs.sapo.pt/62705.html>
- Stone, Douglas, (1999), - Conversas Difíceis – 5ª edição – Editora Elsevier.
- https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4132953/mod_resource/content/1/Texto%20de%20Rubem%20Alves.pdf
- <https://hbrbr.uol.com.br/lideranca-e-dialogo/>
- Rosenberg, Marshall B, (2006) – Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais, São Paulo – Editora Ágora.
- Liderach, John Paul (2006) - Transformação de Conflitos - Fundación Mediadores em Red.

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS PELA LGPD NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Maria Luiza De Oliveira Spada Bonfim

Um dos pilares da lei da arbitragem é da confidencialidade dos processos arbitrais, enquanto a LGPD tem como escopo a privacidade dos dados, os quais tratam-se de conceitos diversos, porém complementares. Assim, o presente artigo visa demonstrar a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados nos procedimentos arbitrais, haja vista a importância atrelada ao sigilo da arbitragem.

O direito à privacidade não é um tema novo no âmbito jurídico, visto que é garantido na Constituição Federal de 1988 como um dos direitos fundamentais previsto no artigo 5º, mais especificamente em seu inciso X, ao dizer:

Art. 5º. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

E não só, anos após foi promulgada a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que, mesmo tendo como objeto a publicidade das informações, também preocupou-se em versar quanto a privacidade das informações de cunho pessoal, ao prescrever que:

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

Dessa forma, com a evolução digital e do mercado, tornou-se cada vez mais importante uma maior proteção a privacidade, iniciando, assim, um movimento global no sentido de regulamentar essa proteção através das leis de proteção de dados pessoais, com destaque a lei inglesa intitulada como General Data Protection Regulation, a qual inspirou a lei brasileira, conhecida pela sigla LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), Lei nº 13.709/2018, promulgada em 14 de agosto de 2018, passando a vigor plenamente em 18 de setembro de 2020.

De outro lado, o procedimento da arbitragem aparece a partir de uma necessidade de dirimir conflitos por outros meios viáveis e céleres, desafogando o sistema público judiciário, sem se escusar da imparcialidade e eficácia na aplicação da lei, devidamente regulamentado pela Lei nº 9.307/1996.

A partir daí, a arbitragem foi alcançando seu espaço nas relações jurídicas, e cada vez mais revelando sua eficiência, e, como é comum em qualquer nova previsão legal, suscitando debates, estudos e estreitamento dos conceitos jurídicos aplicáveis versados em todo o ordenamento jurídico.

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 13, §6º, entre outros deveres impostos ao árbitro do procedimento, prevê que este possua discricção, ou seja, traz a tona que a conduta do árbitro se imponha *“no sentido de não fazer qualquer comentário sobre a causa que esteja (ou tenha estado) sob sua responsabilidade”* segundo o entendimento de Carlos Alberto Carmona, o que naturalmente, em respeito ao princípio da autonomia da vontade entre os particulares de estipular livremente termos contratuais, levou-se a previsão da confidencialidade nas cláusulas compromissórias, refletindo também nos regulamentos das câmaras arbitrais.

Nesse sentido, verifica-se que a LGPD tem como escopo o direito à privacidade dos dados pessoais, que de fato é objeto principal da normativa, enquanto na Lei de Arbitragem tem-se, entre outros elementos, o escopo da confidencialidade do procedimento. Tais termos, ainda que semelhantes, possuem conceitos diversos, visto que, a privacidade está atrelada ao impedimento de acesso de terceiros, estranhos ao processo, às informações

personais, ou seja, relativas às partes do processo, enquanto a confidencialidade se exprime pelo dever das partes e do árbitro de não divulgar o conteúdo da arbitragem, mas que, de fato, como veremos, não são conceitos conflitantes, mas sim complementares.

A confidencialidade prevista nos procedimentos arbitrais, primordialmente, garante que determinados negócios e/ou relações jurídicas, muitas vezes, advindas de um negócio jurídico bilateral ajustado pelas partes sob o regime de sigilo, estejam protegidas, que ocorrem usualmente em relações empresariais envolvendo novos produtos, por exemplo.

Em contrapartida, a privacidade versada na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais traz o direito constitucional da privacidade voltado especialmente para a salvaguarda dos dados e informações pessoais, sejam em documentos físicos ou digitais, visto que recentemente foi acrescido ao rol do artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022.

Portanto, vislumbra-se que a privacidade dos dados pessoais encaixa-se adequadamente à confidencialidade, ao passo que, possui uma proteção jurídica ainda maior que a última já que trata-se de um direito fundamental, bem como que, nenhum direito é absoluto, e portanto, a confidencialidade pode ser relativizada sob o prisma do interesse público, principalmente se estiver-se tratando da Administração Pública.

A Lei Geral de Proteção de Dados, ao tratar das hipóteses de tratamento dos dados pessoais, traz como regra geral que este se dê mediante consentimento do titular, porém previu a possibilidade de o tratamento ser realizado sem o consentimento para o exercício regular de direitos em processo arbitral nos termos da Lei de Arbitragem, assim como no processo judicial e administrativo, em seu artigo 7º, VI.

Na sequência, em seu artigo 11, II, alínea d), a LGPD versa sobre o tratamento dos dados pessoais sensíveis para o exercício regular de direitos em processo arbitral, desde que seja indispensável para tanto.

Portanto, haja vista a regra geral da LGPD das hipóteses de tratamento dos dados pessoais pelo qual exige o consentimento do titular, há também a previsão legal de tratamento dos dados pessoais para o exercício do procedimento arbitral sem o consentimento do titular.

Cabe ressaltar que, o termo “tratamento” utilizado pela LGPD, diz respeito a toda operação realizada com dados pessoais, desde a coleta, armazenamento, controle, transferência, até a eliminação à título de exemplo, porém o termo é abrangente para outras operações.

Notadamente, tal situação traz à tona possíveis controvérsias quanto a coleta ou não do consentimento dos titulares dos dados pessoais dos envolvidos no procedimento arbitral, haja vista a ausência de norma regulamentadora ou orientações da ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) sobre a temática.

Numa interpretação literal da LGPD, de fato, a coleta de consentimento dos titulares de dados pessoais para tratamento tendo como finalidade o procedimento arbitral não é necessária, todavia, de outro lado, verifica-se a massiva proteção jurídica envolta dos dados pessoais, ao tratar-se atualmente de um direito fundamental.

Porém, a Lei Geral de Proteção de Dados também garante ao titular dos dados pessoais, em consonância com um dos seus fundamentos, qual seja, da autodeterminação informativa previsto no artigo 2º, II mediante o qual dá poder para que o titular decida sobre os seus próprios dados, que este revogue o seu consentimento a qualquer tempo, conforme artigo 8º, §5º, o que pode instaurar uma insegurança e prejuízo ao andamento dos processos arbitrais.

No mais, além de tratar do consentimento do titular dos dados, a Lei Geral de Proteção de Dados atenta-se a versar sobre a segurança no tratamento dos dados entre os seus artigos 46 e 49, de forma que, eventual vazamento de dados poderá incidir aplicação de multas e indenizações sob o responsável pelo incidente, conforme os artigos 52 ao 54.

Nesse sentido, a segurança e boas práticas para a proteção dos dados de acesso de terceiros não autorizados, ou ainda de tratamento inadequado ou

ilícito, ou seja, que não atendam a finalidade que é o procedimento arbitral, devem ser primordialmente observados pelas câmaras arbitrais, independente da coleta do consentimento.

Dessa forma, a confidencialidade e sigilo adotados pelos procedimentos arbitrais caminham em conjunto com a segurança versada na Lei Geral de Proteção de Dados, haja vista o tratamento de dados pessoais ser inerente a arbitragem.

Portanto, caberá que cada Câmara de Arbitragem analise seus procedimentos e verifique quais dados são coletados e tratados em seus procedimentos, bem como a forma de armazenamento dos mesmos, para que seja efetivamente aplicada e adequada aos termos da LGPD em cada caso, diante das necessidades e prática adotadas em cada câmara.

Referência bibliográfica

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BASILIO, Ana Teresa; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem; companhias abertas. Revista de Arbitragem e Mediação, RARB VOL. 49 (ABRIL – JUNHO 2016). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibli

[oteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.08.PDF](#)

. Acesso em: 23 out. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. São Paulo: Atlas, 2006.
p. 211.

COSTA, Juliana Ruiz. O procedimento arbitral como uma das hipóteses
para tratamento de dados sem consentimento do titular. Disponível em:

<https://www.baptista.com.br/18217/>. Acesso em: 26 out. 2022.

ESCOLHA DO ÁRBITRO E A ARBITRAGEM MULTIPARTE

Ronaldo Guimarães Gallo

Advogado Público Federal, Conselheiro do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Aberta e de Capitalização – CRSNSP, Mestre em Direito, autor do livro “Previdência Privada e Arbitragem”. Exerceu o cargo de Procurador-Geral Federal da Procuradoria-Geral Federal – PGF.

Sumário

1. Breves notas sobre a arbitragem. 2. A escolha do árbitro. 3. BKMI Industriebanlagen (“BKMI”)/Siemens AG (“Siemens”) v. Dutco Construction Company (“Dutco”) – o caso Dutco. 4. Revisão dos postulados iniciados no caso Dutco. 5. Conclusão.

Resumo

O desenvolvimento da arbitragem vem pautado em fundamentos indispensáveis para a efetividade do processo na resolução de conflitos. Dentre tais vigas mestras, conta com denotada sensibilidade a escolha do(s) árbitro(s), especialmente nas demandas multipartes. A reflexão sobre o tema é o objeto deste ensaio.

1. Breves notas sobre a arbitragem

Interessante rememorar, antes de adentrar no tema objeto da proposta deste estudo, as razões pelas quais as partes envolvidas em um conflito *renunciam* ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) e optam pelo processo arbitral. Essa rápida reflexão será suporte para análise e avaliação das propostas atualmente existentes para a escolha do árbitro, ou tribunal arbitral, em demandas multipartes.

O processo arbitral apresenta a característica da flexibilidade do procedimento, o que significa dizer que, diferentemente do processo desenvolvido na jurisdição estatal, há a possibilidade de moldar o *iter* procedimental às estritas necessidades impostas pelo conflito em análise, afastando a prática de atos desnecessários.

Obviamente que o processo que tramita sob o manto da *jurisdição privada* também está sujeito aos princípios constitucionais de garantia da incolumidade do procedimento, os quais contam com reforço normativo na própria lei de arbitragem, revestindo-se de *garantias* indispensáveis do julgamento com justiça, logo, não podem ser considerados como causas que *atrapalhem* a fluência criada por meio da flexibilidade de um processo arbitral específico.

A característica *suso* destacada se conecta de forma indissociável com outra qualidade do processo arbitral, que é a sua rapidez. Sem necessidade de *comparações* com outros métodos de resolução de conflitos heterocompositivos, constata-se o interesse pela arbitragem em decorrência da possibilidade da superação do conflito em tempo e modo adequados, com a *correta* aplicação do direito.

Por sua vez, necessário albergar que as características já sublinhadas estão em intensa conexão com a figura do árbitro, responsável pelo desenvolvimento do processo arbitral (em tempo razoável), e a definição do conflito com a justiça *esperada* (leia-se: aplicação correta do direito ao caso concreto).

A flexibilidade do procedimento arbitral ganha ainda mais *força* quando o *responsável* pelo processo tem *expertise* suficiente para compreender, *ab initio*, quais burocracias deverão ser observadas e quais são dispensáveis, imprimindo dinâmica *adequada* ao processo.

O *possível* conhecimento do árbitro da matéria *litigiosa* também é auspicioso no desempenho considerado como tempo do processo, na medida em que devam se fazer desnecessárias as intervenções de outros técnicos com conhecimento na matéria de fundo (exemplificativamente: peritos).

Finalmente, não é desconhecido que a sentença arbitral não é desafiada por recurso⁴²², exceção feita ao constante no art. 30 da Lei de Arbitragem⁴²³, e tal se dá justamente porque subentende-se que fora oportunizada às partes a escolha de árbitro que tem *expertise* a respeito do tema conflituoso, e tal conhecimento diminui as possibilidades de *equivoco* no modo como resolvido o conflito.

2. A escolha do árbitro

Conforme assinalamos na seção *supra*, uma das principais diferenças entre a jurisdição estatal e a arbitral é a possibilidade da escolha do *técnico* que vai julgar o conflito.

Na jurisdição estatal, a escolha do *responsável* para a resolução do conflito se dá por meio de *sorteio* (a chamada “distribuição”⁴²⁴) entre os vários técnicos que compõem determinada carreira de Estado (o Poder Judiciário), segundo regras pré-estipuladas em *estatuto* com pouca flexibilidade (Código de Processo Civil), justamente por sua perspectiva genérica, que deve atender aos mais diversos e atípicos casos.

Por sua vez, na arbitragem, há a possibilidade de escolha do técnico pelas partes, após a ciência do que se trata o conflito. A lei exige como requisitos para a escolha do árbitro a *capacidade*⁴²⁵ e a *confiança* das partes, e por tal motivo que, linhas anteriores, dissemos que a *escolha* do árbitro pelas partes envolvidas no

⁴²² Lei de Arbitragem: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

⁴²³ Lei de Arbitragem: “Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29”.

⁴²⁴ Código de Processo Civil: “Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo”.

⁴²⁵ “Ao exigir que o árbitro seja capaz, o art. 13 da LArb restringe o exercício da função às pessoas naturais que satisfaçam os requisitos estabelecidos no art. 5º e incisos do CC para o pleno exercício da sua capacidade jurídica.

Essa é a interpretação corrente, uma vez que a Lei de Arbitragem não positivou (como faz o art. 1.415 do *Code de Procédure Civile* francês, por exemplo) a restrição da função às pessoas físicas. A lei brasileira também não estabeleceu cláusula compromissória que erroneamente aponte uma pessoa jurídica para a função de ‘árbitro’. Nesses casos, a referência à pessoa jurídica (geralmente uma instituição arbitral) é tomada como indicativo da vontade das partes para atribuir a ela a organização/administração do processo” (ELIAS, Carlos. O árbitro. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 121).

conflito gera a *possibilidade* de as características inerentes à arbitragem serem dinamizadas. Isso porque às partes é dado escolher um árbitro que apresenta capacidade técnica⁴²⁶, mas não tenha qualquer *expertise* da matéria, noutra giro, tem a total *confiança* dos envolvidos na relação conflituosa. A *escolha* deve ter impacto na dinâmica do processo arbitral, mas é lúdica e legal.

Para o que interessa ao presente estudo, a *escolha* do responsável pela *condução* do processo arbitral e que resolverá a controvérsia é um *direito* das partes, perfazendo o eixo central da arbitragem.

A *confiança* trazida pela lei como *requisito* para a eleição do árbitro não se traduz em parcialidade do escolhido com relação àquele que o indicou. A Lei de Arbitragem também exige do árbitro que se desincumba do *mister*, procedendo com imparcialidade e independência⁴²⁷.

Por tais razões, algumas características são comuns entre o *jugador privado* e aquele integrante do Poder Judiciário, a especificar: a imparcialidade e autonomia para análise e decisão da causa, sendo aplicadas a ambos as restrições advindas dos casos de *impedimento* e *suspeição* constantes do Código de Processo Civil.⁴²⁸

Obviamente que as partes poderão eleger árbitros que desenvolvam em suas atividades profissionais e acadêmicas entendimentos que se coadunem com os interesses a serem defendidos no processo arbitral, valendo objetar que não há nenhuma irregularidade acerca do ponto. Em verdade, referido proceder enriquece o painel arbitral, com ampla discussão sobre a temática carecedora de solução, nas mais diversas perspectivas.

⁴²⁶ “As partes podem, ainda, estabelecer previamente, e em conjunto, o processo de escolha dos árbitros (art. 13, § 3º), por exemplo, para indicação dentre uma lista por eles preparada, e/ou os critérios para a indicação, definindo, por exemplo, requisitos para a nomeação, como titulação acadêmica, experiência comprovada em determinado setor, idade, profissão, participação em determinada associação etc.; advirta-se, porém, a necessidade de indicação objetiva de atributos do árbitro nesta especificação, pois conceitos vagos, como ‘reconhecida idoneidade’, ‘notável saber’, ‘conceituado profissional’, mais confundem do que contribuem para o aperfeiçoamento da nomeação, podendo, inclusive, formar uma cláusula patológica [...]” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação*. Tribunal Multiportas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 215).

⁴²⁷ Na expressa dicção legal: “Art. 13. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

⁴²⁸ Lei de Arbitragem: “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. [...]”.

As partes poderão escolher um ou mais árbitros para pôr fim à disputa, com *benefícios* ou *dificuldades* para cada opção. *Exemplificativamente*, a arbitragem desenvolvida por árbitro único, envolvendo questões de *menor* complexidade, pode redundar em resolução ainda mais célere do que a habitual; por outro lado, a escolha consensual do profissional (se essa foi a opção ambicionada) com perfil que interesse a ambas as partes envolvidas na relação conflituosa pode ser mais difícil, o que ensejaria o acionamento do regulamento da Câmara Arbitral, quando há a indicação de uma⁴²⁹, ou do Poder Judiciário, quando a arbitragem for *ad hoc*.

Quando for consenso entre as partes envolvidas na disputa que a arbitragem será desenvolvida por “mais de um” árbitro, o chamado *painel* ou *tribunal* arbitral, dispõe a lei que este deverá ser composto por número *ímpar* de árbitros e que nos casos de *impasse* e arbitragem *multiparte*, é dizer, com mais de um *litigante* em qualquer dos polos da relação processual, *deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável*⁴³⁰, devendo-se entender por “regulamento aplicável” as disposições advindas da convenção arbitral ou do regulamento da Câmara Arbitral.

O *processo* de escolha do(s) árbitro(s) pode constar da própria convenção arbitral, ou remeter ao regulamento de uma Câmara Arbitral, dispondo a lei que, nessa hipótese, caso a *Câmara* trabalhe com a chamada lista *fechada* de árbitros, as partes, de comum acordo, poderão afastar referida limitação.

Para os casos de arbitragem *multiparte*, lembrados *supra*, os regramentos das Câmaras de Arbitragem costumavam trazer como mandamento para a escolha do *painel* arbitral o *direito* de indicação de árbitro por cada um dos polos da relação processual, isto é, o requerente da arbitragem indicava um árbitro, assim como o fará o requerido. Esses seriam os coárbitros do tribunal arbitral, que, por sua vez, seriam os responsáveis pela escolha de mais um árbitro, que seria o presidente do *painel* arbitral.

⁴²⁹ Nesse caso, parte-se do pressuposto de que a Câmara Arbitral conta com regulamento apto a resolver a questão da ausência de consenso das partes para a indicação do árbitro único.

⁴³⁰ Lei de Arbitragem: “Art. 13. [...] § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de *impasse* e arbitragem *multiparte*, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável”.

Para o que interessa a este estudo, o foco recai sobre a arbitragem multiparte quando um dos polos, que conta com mais de uma *parte* na condição de requerente ou requerido, não consegue alcançar um consenso a respeito da indicação de um árbitro para compor o tribunal arbitral.

Em face de tal situação, o *padrão* entre as Câmaras de Arbitragem era o afastamento da “controvérsia” entre partes constantes do mesmo polo da relação processual e a substituição da vontade dessas partes por meio da indicação do coárbitro pela instituição de arbitragem escolhida como a responsável pela administração do processo.

Referida orientação (e normatização) perdurou até o ano de 1992, quando do famoso julgamento do caso Dutco pela *Cour de Cassation* francesa, que passamos a discorrer brevemente na seção a seguir.

3. BKMI Indutrieanlagen (“BKMI”)/Siemens AG (“Siemens”) v. Dutco Construction Company (“Dutco”) – o caso Dutco

Na arbitragem, em um *cenário ideal*, as partes envolvidas na relação processual deverão escolher em consenso o árbitro único que será o responsável por findar a controvérsia, ou, então, nos casos de painel arbitral, cada parte deverá indicar um árbitro e estas escolherão quem será o presidente do tribunal arbitral (o *cenário ideal* trazido é o que tradicionalmente se encontra nos regulamentos e convenções de arbitragem, observando-se consideráveis outras opções, também a depender do que consta do regulamento ou da convenção arbitral analisada).

Para os casos em que a opção foi pela *eleição* de um tribunal arbitral, a agilidade na composição do painel passa pelo fato de que as partes que *participam* de lados *opostos* da relação processual não necessitam concordar com a indicação do árbitro, e para cada parte são dados o direito e a autonomia de escolher *um* dos *técnicos* que comporá o tribunal arbitral.

O *problema* emerge quando há em um dos polos da relação processual mais de uma parte e estas não concordam com a escolha deste ou daquele árbitro. *Tradicionalmente*, em casos que tais, ou seja, as partes que compõem um mesmo polo da relação processual não alcançam consenso para a indicação do nome de um árbitro, nas arbitragens institucionais, a *vontade* das partes era

substituída pela indicação de um árbitro pela Câmara de Arbitragem responsável pela administração do conflito, cujo regulamento regia o procedimento.

Tal panorama foi alterado com o julgamento do chamado caso Dutco. Essa controvérsia nasce, dito de forma muito breve, com a discordância das empresas requeridas no processo arbitral iniciado pela Dutco, no que diz respeito à indicação do árbitro. Melhor explicando, as requeridas Siemens e BKMI entendiam que não poderiam ser compelidas a indicar um único árbitro, especialmente porque o pleito em face de cada uma das requerentes era distinto, os fatos não eram similares e os interesses legais e comerciais não eram alinhados, tudo a ensejar a instituição de processos arbitrais diferentes em face de cada demandada.

Sob protesto, as empresas demandadas alemãs indicaram o nome de um árbitro, nos termos do regramento da época da Câmara de Arbitragem responsável pela administração da disputa, porém recorreram à *Cour d'Appel* francesa, que, por sua vez, manteve a decisão com base no regulamento da Câmara Arbitral. Novamente fustigada a decisão, foi reformada pela *Cour de Cassation*.

Conforme a decisão da *Cour de Cassation*, o painel arbitral não fora constituído adequadamente porque não se observou o igual tratamento que deve vigor entre as partes, na medida em que apenas uma delas teve a oportunidade de indicar o árbitro de sua escolha. Ainda de acordo com o tribunal francês, a igualdade no processo arbitral tem estatura normativa suficiente (“regra de ordem pública”) para determinar a anulação da decisão arbitral e a acolhida do pleito formulado pela Siemens e BKMI⁴³¹.

A interpretação dada ao caso Dutco teve repercussão em todo o mundo, implicando grande medida na alteração dos regulamentos das Câmaras Arbitrais, que passaram a rezear a possibilidade de anulação dos respectivos procedimentos arbitrais, em face da jurisprudência firmada.

Caso semelhante também foi objeto de análise pelas Cortes brasileiras. Em contenda arbitral que envolveu a Paranapanema S.A. e os bancos BTG Pactual e

⁴³¹ ELSHANI, Petrit; DUMANI, Arnis. Dutco revisited: an institutional analysis of the appointment process of arbitrators in multi-party cases. *Journal of Alternative Dispute Resolution in Kosovo*, Arbitration Center American Chamber of Commerce in Kosovo, v. 3, p. 27-29, Nov. 2016.

Santander, sucedeu-se que o polo passivo, formado pelos bancos, não alcançou consenso acerca da indicação do árbitro que lhes caberia para a formação do painel arbitral, diante do alegado *interesse distinto* existente entre os demandados.

Em face do imbróglio, observou-se que o regulamento da Câmara Arbitral responsável pela administração do conflito não contava com regramento *específico* que propiciasse o bom desfecho do impasse, motivo pelo qual, e nos termos da então redação do referido regulamento, o presidente da instituição arbitral valeu-se do poder “regulamentar-interpretativo” e findou por indicar o árbitro, substituindo-se a vontade das partes.

Para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a decisão afrontou o legítimo interesse das partes de “indicação individual” do árbitro, o que ofende o direito de “participar no procedimento” e o princípio da igualdade entre as partes litigantes. Segundo ainda o E. Tribunal⁴³²:

Havendo litisconsórcio e havendo escolha de árbitros diversos, parece que a situação equivaleria à do § 2º do art. 13 da Lei de Arbitragem, donde o afastamento puro e simples dos árbitros indicados, com escolha de outro, ao exclusivo talante do presidente da Câmara Arbitral, ofende direito das partes.

Se a Lei assegura às partes autonomia para a composição do órgão julgador, em ocorrendo impasse, deve intervir o juiz togado, na forma do que dispõe o art. 7º da Lei de Arbitragem, notadamente o § 4º, ou então a regra clara e precisa do § 2º do art. 13 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9307/96), que diz: “Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei”.

Em síntese, a linha de raciocínio adotada foi semelhante à da decisão do caso Dutco, é dizer, o entendimento no sentido da violação do princípio da

⁴³² Voto 26.806, Apelação 0002163-90.2013.8.26.0100, São Paulo, 18ª Vara Cível. Apelante/Apelado: Paranapanema S.A.; Apelados/Apelantes: Banco Santander S.A. e Banco BTG Pactual S.A. Relator: Des. Gilberto dos Santos. Revisor: Des. Walter Fonseca.

igualdade, norma de ordem pública que dispensa demonstração de prejuízo, consequentemente sendo anulada a sentença arbitral nos termos do art. 32, VIII, da Lei de Arbitragem⁴³³.

Como ressaltado, a interpretação dada ao caso Dutco pela *Cour de Cassation* francesa reverberou na redação dos regulamentos das Câmaras Arbitrais. Rememora o Professor Francisco Cahali⁴³⁴ que pesquisa desenvolvida pelo Grupo de Pesquisa em Arbitragem (GPA) da PUC/SP demonstrou que pouco mais da metade das instituições arbitrais consultadas conta com regramento específico para a indicação de árbitro em arbitragem multiparte. Dessas instituições todas apresentam regramento que impõe a escolha dos árbitros pela instituição arbitral para ambas as *partes* no caso de impasse em um dos polos multiparte. Nenhuma traz a possibilidade de indicação do árbitro apenas para o *polo processual* em que houve a omissão na indicação.

Também realizou-se pesquisa no âmbito internacional, a qual revelou que dentre as sete câmaras arbitrais analisadas apenas uma conta com a possibilidade de que seja suprida a omissão na arbitragem multiparte pela indicação da respectiva instituição arbitral.

Diante do exposto, conclui-se que paira certo consenso no sentido de que em face das arbitragens multipartes a não indicação do árbitro por um “polo multiparte” redundante na necessidade da escolha do árbitro pela câmara arbitral para ambas as partes, mesmo para aquela que não apresentou dissenso (sendo multiparte) ou dificuldade (parte única), a fim de *preservar* o princípio da igualdade, regra de ordem pública que não pode ser vergada.

O que vale perscrutar é: ante as características de relevo do processo arbitral, sem perder de vista os princípios fundamentais que lhe norteiam, tal interpretação ainda encontra vigor para continuar regendo a relação multiparte?

4. Revisão dos postulados iniciados no caso Dutco

⁴³³ O entendimento sufragado pelo TJSP foi mantido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.639.035/SP (2015/0257748-2), rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

⁴³⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação*. Tribunal Multiportas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 220.

Entre as várias soluções *encontradas* para tentar resolver o caso da arbitragem multiparte três podem ser destacadas no que diz respeito à omissão pelo polo multiparte na indicação do árbitro: suprimento da omissão por intermédio da indicação do árbitro pela instituição arbitral responsável pela administração do conflito; indicação do árbitro para *todas* as partes da relação processual; indicação por parte da instituição arbitral, quando houver interesses antagônicos entre as partes do polo multiparte, com desdobramento para as duas possibilidades anteriormente mencionadas. Como observado na seção anterior, o entendimento majoritário atual é pela indicação dos árbitros via instituição arbitral para ambas as *partes*.

Também como já revelado de forma introdutória neste trabalho, a pedra de toque da arbitragem é a *possibilidade* de as partes que optaram pelo procedimento escolherem um profissional cuja *expertise* propicie dinâmica própria à resolução do conflito, com sentença arbitral condizente.

Surrupiar essa oportunidade das partes *pode* transformar (ou assemelhar) o processo arbitral *em um* processo estatal, na medida em que às partes também não é mais dado o direito de escolher o próprio julgador. Entretanto, no caso da arbitragem, a analogia é piorada, porque o processo estatal está preparado para a escolha aleatória do julgador (carreira de juízes e distribuição dos conflitos por sorteio), e nitidamente não se vislumbra essa mesma base preparatória para a justiça arbitral.

O argumento no sentido de que o requerente da arbitragem leva vantagem na arbitragem multiparte, porque pode “escolher” litigar sozinho, logo, não haverá problema para a escolha do árbitro, ou então, quando iniciar o processo em litisconsórcio, tomará a precaução de traçar previamente a estratégia com o outro requerente, *per se*, não é suficiente para desprover as partes do direito de indicar árbitros.

Tal proceder foi acordado entre as partes, o que advém do querer daqueles que figuram na relação de direito material e foi instituído de forma prévia, muitas vezes quando ainda não se poderiam vislumbrar os caminhos que eventuais conflitos poderiam desdobrar (e, caso se pudesse antever, com mais razão a impossibilidade de afastar a autonomia de escolha das partes). No caso do

compromisso arbitral, novamente, com mais razão, não se poderia fundamentar o afastamento da vontade das partes, quando “as cartas” já estavam todas na mesa.

Noutro giro, a negativa da indicação consensual de um árbitro pelo polo passivo multiparte pode estar transvestido de forte tática de guerrilha, especialmente quando o *direito* não lhes socorre. Nessa hipótese, a tática de guerrilha, além de “empurrar” no tempo um processo cujo “direito não socorre”, propicia que se exclua do painel arbitral um técnico com *expertise* indicado pelo requerente, que será substituído por um árbitro escolhido por terceiro que não necessariamente tem conhecimento suficiente a respeito da temática conflituosa para apontar a escolha de mesmo padrão. Sai vencedora a tática de guerrilha.

Como já observado neste texto, o *antagonismo de interesses* existente entre as partes litisconsortes pode ser fator decisivo para que a omissão na escolha do árbitro *signifique* a indicação de todos os árbitros (ou, ao menos, dos árbitros que deveriam ser indicados pelas partes) pela câmara de arbitragem. Melhor explicando, não basta a ausência de consenso sobre a indicação pelo polo multiparte, mas que as partes integrantes desse polo processual tenham *interesses contrapostos*.

A medida pode parecer razoável e apresentar argumento que propicie superar a hipótese da tática de guerrilha. Todavia, esbarra no seguinte questionamento: quem decide se os interesses são antagônicos? Para muitos casos, o conflito entre partes de um mesmo polo da relação processual emergirá cristalino, em outros não, mas, para ambos, novamente transferir-se-á o poder de decisão para um terceiro, suprimindo a vontade das partes, que, vale lembrar, é o *fundamento* da jurisdição arbitral.

Por tudo o quanto brevemente analisado, a conclusão é no sentido de que, sob o manto de se sustentar incólume o princípio da igualdade, o que se tem é a descaracterização do processo arbitral, no que lhe há de mais caro, em especial a destituição da autonomia desejada pelas partes quando da escolha dessa modalidade de resolução de conflito, com várias interferências e intercorrências por meio de terceiros que não necessariamente terão o conhecimento necessário para adotar medidas do mesmo quilate em substituição à vontade das partes.

O melhor a ser *feito, d.m.v.*, é definir sobre como proceder em tais casos na convenção de arbitragem, e, caso esta remeta ao regulamento de uma câmara

arbitral, a interpretação é no sentido de que assim foi o querer das partes, em estreita consonância, diga-se de passagem, com o disposto no art. 13, § 4º, da Lei de Arbitragem.

5. Conclusão

Não se descarta nem se olvida da imprescindibilidade dos princípios norteadores do processo arbitral, necessários para conferirem-lhe a base de sustentação como instrumento de acesso à adequada jurisdição, *arremate* de controvérsia com justiça.

Nesse diapasão, a igualdade entre partes mostra-se essencial. Entretanto, referido princípio não pode ser alçado a patamar que finde por descaracterizar qualidades centrais para o desenvolvimento da arbitragem, *especialmente* (mas *não somente*) quando se denota que as partes envolvidas na disputa podiam antever a relação processual possível a se concretizar. De tal ponto deve decorrer o entendimento necessário para prevalecer a autonomia do querer manifestado pelas partes, com prévia definição do instrumento de resolução de conflito, não se propiciando qualquer tipo de *desvirtuamento*.

O concluído angaria reforço quanto mais complexa a relação jurídica apresentada e maior a *expertise* dos envolvidos que lididamente traçam e estruturam a *estratégia* de resolução de conflitos.

Portanto, é necessária maior reflexão a respeito da pertinência da manutenção do entendimento extraído do caso Dutco, sob pena de sensíveis prejuízos para a técnica do processo arbitral.

Referências bibliográficas

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação*. Tribunal Multiportas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARVALHO, Lucila de Oliveira; LOPES, Luiz Felipe Calábria. Arbitragem multiparte e multicontrato: um estudo comparativo de regulamentos de arbitragem. *RBA*, n. 42, abr./jun. 2014.

ELIAS, Carlos. O árbitro. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ELSHANI, Petrit; DUMANI, Arnis. Dutco revisited: an institutional analysis of the appointment process of arbitrators in multi-party cases. *Journal of Alternative Dispute Resolution in Kosovo*, Arbitration Center American Chamber of Commerce in Kosovo, v. 3, Nov. 2016.

GALLO, Ronaldo Guimarães. *Previdência privada e arbitragem*. De acordo com a Reforma da Previdência. Salvador: JusPodivm, 2020.

MEIRELES, Amanda; GUIMAR, Gisele; NEVES, César da Rocha; PERES, Marcos. Transferência de risco de longevidade. *Revista Brasileira de Risco e Seguros – RBRS*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 21, 2016.

TEODORO, Viviane Rosolia. *Arbitragem, seguro e a sua complexidade de relações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES DO CPC/15 E O PROCEDIMENTO ARBITRAL: ESTÃO OS ÁRBITROS VINCULADOS AOS PRECEDENTES?

Thiago Rodovalho

Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado).
Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de
Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre
em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Privatrecht.

Sumário

1. Introdução. **2.** A função social do Direito e a segurança jurídica. **3.** A função jurisdicional e institucional das Cortes Constitucional e Federal – STF e STJ. **4.** Os precedentes no CPC/15. **4.1.** Teses pela inconstitucionalidade e pela constitucionalidade dos Precedentes no CPC/15. **5.** A relação entre o CPC e a Arbitragem. **6.** O árbitro está vinculado aos precedentes?

1. Introdução.

Uma das grandes novidades do CPC/15 foi justamente o tratamento dado aos precedentes. Quer com relação aos deveres de estabilidade, integridade e coerência (art. 926), quer com relação à sua ampliação (art. 927). Nesse contexto, o Código é *moldado «a partir»* deles, bastando ver, por exemplo, a possibilidade de improcedência liminar do pedido com base em precedente, concessão de tutela de evidência, negativa de seguimento de recurso, possibilidade de condenação em litigância de má-fé, impacto no dever de motivação etc.

Contudo, se, de um lado, o CPC/15, com isso, trouxe enorme ganhos para o processo judicial, com maior racionalidade e segurança jurídica, por outro, trouxe uma grande polêmica para a arbitragem: os árbitros estão vinculados a esses precedentes judiciais vinculantes?

Tentaremos responder a essa pergunta nesse breve texto, fazendo um pequeno contraponto à opinião de MARCIO BELLOCCHI.⁴³⁵

Entretanto, algumas palavras e considerações preliminares se fazem necessárias.⁴³⁶

2. A função social do Direito e a segurança jurídica.

Desde logo, é preciso sempre ter em mente que o *Direito* não existe como um *fin em si mesmo*; ao revés, há uma *razão prática* para a existência do Direito (*razão de ser* para o regramento normativo), qual seja, *possibilitar a convivência humana*.⁴³⁷

Nesse sentido, o Direito, como criação humana, tem como sua *ratio essendi* justamente a viabilização da vida em sociedade, permitindo a *coexistência de liberdades* [= *integração de liberdades coexistentes*].⁴³⁸

E essa *finalidade* do ordenamento jurídico tem de estar sempre presente em nossas mentes. Sendo assim, se não é possível pensar-se em Direito para aquele que vive isoladamente,⁴³⁹ também não é possível pensar-se em vida em sociedade sem uma normatividade que a viabilize [*ubi societas, ibi ius*].⁴⁴⁰ Ou seja, o *fin* do direito é garantir «*las condiciones de vida de la sociedad*»,⁴⁴¹ falando-se, inclusive, em *direito imprescindível à vida social*,⁴⁴² permitindo que os seres humanos não só convivam entre si (*vida em comunidade*, que é missão do

⁴³⁵ Seu pensamento pode ser amplamente conhecido em Marcio BELLOCCHI. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*.

⁴³⁶ Sobre o tema, já pontuamos anteriormente em Thiago RODOVALHO. *O STJ e a arguição de relevância*, in Isabel Gallotti, Bruno Dantas, Alexandre Freire, Fernando da Fonseca Gajardoni e José Miguel Garcia Medina. (Orgs.). *O papel da jurisprudência no STJ*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 835/853; Thiago RODOVALHO. *Repercussão Geral e o Writ of Certiorari - Uma Proposta de Lege Ferenda*, in Luiz Fux, Alexandre Freire e Bruno Dantas (Orgs.). *Repercussão Geral da Questão Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 633/651; e Thiago RODOVALHO. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladmir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileira – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, n. 4, pp. 237/242.

⁴³⁷ Já tivemos oportunidade de nos manifestar sobre o tema. V. Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 2.1, pp. 54/59.

⁴³⁸ Immanuel KANT. *Metafísica dos costumes – princípios metafísicos da doutrina do direito*, Parte I, Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 36/37; e Judith MARTINS-COSTA. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*, in Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. *Novo código civil - questões controvertidas. Parte geral do código civil (Série grandes temas de direito privado)*, vol. 6, São Paulo: Método, 2007, p. 541.

⁴³⁹ Leon DUGUIT. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, 2.^a ed., Madrid: Francisco Beltran (s/d), p. 34: “*El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede viver más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad*”.

⁴⁴⁰ V. Alberto TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto civile (a cura di Giuseppe Trabucchi)*, 43.^a ed., Milano: CEDAM, 2007, p. 2.

⁴⁴¹ Rudolf von IHERING. *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Heliasta, 1978, item 180, p. 213.

⁴⁴² José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *O Estado-de-Direito e a função jurisdicional*, in Darcy Arruda Miranda Junior. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômicos-Sociais*, vol. 1, Bauru: Instituição Toledo de Ensino, jan./jul. 1966, n. 1, p. 199.

Estado),⁴⁴³ mas como também tenham preservados sua dignidade, sua liberdade, seus direitos fundamentais.

E o Direito *realiza* essa sua *função* essencialmente de três formas: (i) normatizando e disciplinando a vida em sociedade; (ii) dirimindo eventuais conflitos que surjam nesse conviver em comunidade; e (iii) conferindo *segurança jurídica* aos cidadãos, para que estes saibam qual é o *agire licere*.

Logo, o Direito não cumpre plenamente sua *função social* e sua *razão de ser* simplesmente normatizando a vida em sociedade e dirimindo os conflitos de interesse.

É preciso, outrossim, que haja certa *racionalidade* e *previsibilidade* na interpretação e aplicação do Direito,⁴⁴⁴ ideais, inclusive, que foram *inspiradores* do surgimento do *stare decisis* na Inglaterra.

Tem-se, assim, que a *segurança jurídica* também se traduz em precípua *função do direito* e em sua *finalidade*,⁴⁴⁵ o que significa que deve haver uma expectativa razoavelmente fundada do cidadão sobre qual há de ser a atuação do poder na aplicação do direito,⁴⁴⁶ de sorte que o direito “*ha de suponer, principalmente, una garantía para la acción: la garantía de cuál será la futura calificación de los posibles comportamientos, de modo que puedan los hombres fundar «con seguridad» sus previsiones. La seguridad así entendida ha de nacer de la ley: «la ley hace saber a cada uno lo que puede querer»*”.⁴⁴⁷

Deste modo, o cidadão deve *saber* [conhecer] e *poder* agir dentro do espaço de licitude e liberdade ínsito ao Estado Democrático de Direito [exercício democrático da liberdade] (*agire licere*), o que somente é possível em havendo um *discurso racional* e certa *previsibilidade* na interpretação e aplicação do Direito.

⁴⁴³ Rudolf von IHERING. *El fin en el derecho*, cit., p. 34.

⁴⁴⁴ Thiago RODOVALHO. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladimir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileira – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, n. 4, pp. 237/242.

⁴⁴⁵ Landelino Lavilla ALSINA. *Seguridad jurídica y función del derecho (discurso leído el día 8 de febrero de 1999 en su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina y contestación del Excmo. Sr. D. Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande)*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1999, p. 9: “*La seguridad «es» uno de esos principios; la seguridad «debe ser» uno de esos objetivos de deseable consecución*”. Sobre a relevância da segurança jurídica, v., ainda, v. Thiago RODOVALHO. Das Rechtsstaatsprinzip (*O Princípio do Estado Democrático de Direito e a Segurança Jurídica*, in José Manoel de Arruda Alvim Netto et alii (dirs.). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 108, v. 415, jan./jun. de 2012, pp. 291/315; e Thiago RODOVALHO. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladimir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileira – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, pp. 229/255.

⁴⁴⁶ Landelino Lavilla ALSINA. *Seguridad jurídica y función del derecho*, cit., p. 13.

⁴⁴⁷ Landelino Lavilla ALSINA. *Seguridad jurídica y función del derecho*, cit., p. 19.

3. A função jurisdicional e institucional das Cortes Constitucional e Federal – STF e STJ.

Nesse contexto, as Cortes Constitucional e Federal representam a *culminância* da atividade jurisdicional, expressando a última palavra em matéria *constitucional* (STF) ou *federal* (STJ)⁴⁴⁸ e *unificando* o entendimento sobre a matéria,⁴⁴⁹ a fim de que haja *integridade* do sistema jurídico nacional.

«Essa» é a *ratio essendi* das Cortes Constitucional e Federal no Brasil.

Assim, a ideia de Cortes Superiores (STF e STJ) é dar à sociedade certa previsibilidade [*racionalidade do discurso jurídico*] das decisões, para que cada cidadão saiba o que esperar e qual é o *agire licere*, não ficando refém de uma “*loteria jurídica*”, que tanto compromete a vida dos cidadãos e afeta o mundo dos negócios (afetando investimentos e impactando o denominado “*Custo Brasil*”).

As Cortes Superiores (como instâncias *extraordinárias*) consubstanciam-se, pois, em imprescindível instrumento de *racionalização do discurso jurídico*, *uniformizando o entendimento* sobre a CF (STF) e sobre a lei federal (STJ), funcionando seus julgados como *precedentes* a orientar a atuação das instâncias «*ordinárias*»,⁴⁵⁰ razão pela qual devem ser *exemplares* e *paradigmáticos*, pois seus “*pronunciamentos exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta influenciando*”.⁴⁵¹

Neste sentido, as *decisões paradigmáticas* proferidas pelas Cortes Superiores contribuem, justamente, para que o *discurso jurídico* se dê de forma mais *racional*, conferindo, pois, maior *segurança jurídica* aos jurisdicionados, que têm como saber o quê esperar do Judiciário [previsibilidade], lembrando-se ser a *segurança jurídica* um *valor* mesmo, necessário à vida em sociedade e que precisa ser respeitado.⁴⁵²

⁴⁴⁸ José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*, in *STJ 10 anos: Obra comemorativa 1989-1999*, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 37.

⁴⁴⁹ José Miguel Garcia MEDINA. *Sobre a PEC n. 209/2012, que pretende instituir o requisito da “relevância” da questão federal para o recurso especial*, in *Cadernos Jurídicos da OAB Paraná*, n.º 35, novembro de 2012, p. 4.

⁴⁵⁰ José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., pp. 38/39: O Superior Tribunal de Justiça, no tocante à legislação federal, “*é o fecho da abóbada da justiça sobre a legalidade infra constitucional*” e suas decisões devem ser “*paradigmáticas, pois que, o rumo dessas, vale como roteiro para os demais Tribunais e jurisdicionados, mercê dos precedentes assentados*” [...] “*Tais decisões, em devendo ser exemplares, hão, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais*”.

⁴⁵¹ José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., p. 38.

⁴⁵² Humberto THEODORO JUNIOR. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança pública*, in *Revista de Processo*, n. 136, Jun/2006, p. 36.

Cada cidadão tem, nesse cenário, como saber o que pode e o que não pode fazer, podendo *confiar* na *segurança jurídica* dos precedentes, até como proteção à sua boa-fé objetiva.⁴⁵³ É preciso haver proteção à *boa-fé* objetiva do cidadão que age *confiando* nas decisões reiteradas das Cortes Superiores, daí podermos afirmar que se é preciso haver transparência e estabilidade nas leis, também é preciso haver transparência e estabilidade na *interpretação* dada a essas leis, o que somente é possível por meio do efetivo cumprimento da *alta função institucional das Cortes Superiores*, o que não tem sido efetivamente possível sem a existência de um *filtro* recursal que torne a atuação delas mais *racional*.⁴⁵⁴

Esse é, inclusive, um dos problemas com a *súmula impeditiva de recurso* – conquanto seja um importante instrumento de *estímulo* ao seguimento pelas instâncias ordinárias da orientação do STJ –, posto que não impede que haja diversos julgamentos dissonantes ao posicionamento consolidado do STJ, apenas vedando seguimento ao recurso cuja questão já esteja de acordo com o entendimento sumulado. Nesse sentido, os precisos dizeres de ARRUDA ALVIM:

*“A súmula que se encontra no âmbito do processo de emenda constitucional, em relação ao STJ, terá eficácia menor do que aquela instituída para o STF, pois esta produz efeitos vinculantes erga omnes, ao passo que a sugerida para o STJ, apenas, impedirá recursos que a contrariem. De certa forma, se aprovada, ter-se-á uma eficácia menos direta, afetando diretamente apenas os que recorram por meio de recurso especial, contrapostamente ao que foi sumulado, ao passo que a do STF tem eficácia direta”.*⁴⁵⁵

Se há instabilidade na interpretação, se ela é reduzida a uma verdadeira “*loteria jurídica*”, ficam os cidadãos relegados ao incognoscível, ao caos, sem saber, ou ao menos sem ter certeza, se a sua conduta é permitida ou não (uma

⁴⁵³ Neste sentido, determina a CF Suíça 9.º: “Art. 9. *Protection contre l’arbitraire et protection de la bonne foi. Toute personne a le droit d’être traitée par les organes de l’Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi*”. No nosso ordenamento jurídico, a boa-fé aplicada à Administração Pública (na qual também se insere, por óbvio, o Poder Judiciário) encontra-se positivada, especialmente, na CF 37 *caput*, e, ainda, na CF 5.º LXXIII e na LPA 2.º par. ún. IV.

⁴⁵⁴ V. José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., p. 39.

⁴⁵⁵ José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*, in Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*. *Reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, Cap. VII, p. 66.

determinada forma de planejamento tributário, v.g.), o que se transforma em um fator de instabilidade social, enfraquecendo o próprio Estado e a sociedade.

A *segurança jurídica* é, de fato, como vimos expondo, um *valor* e, mais do que isso, é um *valor* «estruturante» que permite até mesmo a concretização dos demais valores constitucionais.

A esse respeito, como advertia THEÓPHILO CAVALCANTI FILHO:

“O objetivo primeiro, a razão que, antes de qualquer outra, leva o homem a realizar direito, está numa exigência de ordem e segurança. Isso, como já se mostrou, decorre de uma necessidade fundamental, que se relaciona intimamente com a própria natureza humana (...) O homem – cabe reiterar – para poder conviver com os demais, necessita de saber não só o que pode fazer, mas também o que esperar que os outros façam. E também precisa ter certeza de que os demais, se não agirem da maneira como o devem, serão compelidos a proceder da maneira adequada. De um lado, impõe-se a certeza, quanto à ação que deve ser realizada, e por outro, a segurança quanto a que, necessariamente, as coisas se darão da maneira como devem ser.

*Se a situação fôsse diferente, logo descambaríamos para o caos. Não haveria certeza em relação a nada. E uma sensação de absoluta intranquilidade se apossaria de todos. A convivência se transformaria em um verdadeiro martírio”.*⁴⁵⁶

Logo, não se pode ter como possível uma convivência harmônica em sociedade em meio um caos jurídico, em meio a uma “*loteria jurídica*”. É imperioso, pois, que haja *previsibilidade* e *segurança jurídica* nas decisões judiciais, como um direito fundamental do cidadão (CF Preâmbulo e 1º). Disso

⁴⁵⁶ Theophilo CAVALCANTI FILHO. *O problema da segurança no direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, Cap. IV, pp. 53 e 58.

decorre a necessária busca por uma *racionalização do discurso jurídico*,⁴⁵⁷ que se consubstancia, inclusive, em *função social da dogmática jurídica*,⁴⁵⁸ dando ao cidadão, a partir da *segurança e certeza* proporcionadas por essa *racionalização do discurso jurídico*, a *sensação social* de que os conflitos virão a ser melhormente resolvidos.⁴⁵⁹

Deste modo, é fundamental haver preocupação em encontrar certo *padrão de racionalidade* que torne o discurso jurídico (= decisões judiciais) harmônico, com certo grau de *previsibilidade e segurança jurídica*, que permitam ao cidadão saber o que pode ou não fazer, o que somente é possível com o efetivo cumprimento da *alta função institucional das Cortes Superiores*. Para tanto, em nosso sentir, forçoso reconhecer que a *missão institucional (ratio essendi)* e a *competência constitucional* de nossas Cortes Superiores (STF e STJ) – de *uniformizar o entendimento* [acerca da constituição (STF) e legislação federal (STJ)] e de conferir certo *padrão de racionalidade* a orientar a aplicação do direito nas instâncias ordinárias, indo, pois, além de *precedentes individuais*⁴⁶⁰ –, só podem ser plena e eficazmente cumpridas se essas Cortes somente se ocuparem de questões efetivamente relevantes, quer do ponto de vista econômico, social ou jurídico.⁴⁶¹ Do contrário, essas Cortes deixam de ser instâncias *extraordinárias*, para se tornarem mais uma instância *ordinária* (= 3.^a e 4.^a instâncias ordinárias).⁴⁶²

⁴⁵⁷ Conferir a esse respeito Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR e Juliano Souza de Albuquerque MARANHÃO. *Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito?*, in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, n.º 5: A Filosofia no Direito e a Filosofia do Direito, p. 273/318, Instituto de Hermenêutica Jurídica: Porto Alegre, 2007; e Juliano Souza de Albuquerque MARANHÃO. *Some operators for refinement of normative systems*, in Bart VERHEIJ; Arno R. LODDER; Ronald P. LOUI; Antoinette J. MUNTJEWERFF (Eds.), *Legal knowledge and information systems, frontiers in artificial intelligence and applications*, IOS Press: Amsterdam, 2001, p. 103/115. E, em especial, “Assim, a resposta sobre uma ação particular para um caso, com determinada propriedade, deve ser coerente com a solução encontrada para aquela mesma ação na hipótese de ausência daquela propriedade, ou ainda, coerente com a solução encontrada para outras ações análogas ou relacionadas com aquela primeira ação considerada. Isso leva o intérprete doutrinário a uma reconstrução de um sistema normativo com soluções coerentes para casos hipotéticos relevantes” [Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR e Juliano Souza de Albuquerque MARANHÃO, *Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito?*, in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, n.º 5: A Filosofia no Direito e a Filosofia do Direito, p. 273/318, Instituto de Hermenêutica Jurídica: Porto Alegre, 2007, p. 284].

⁴⁵⁸ Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, Cap. II, n. 2, pp. 99/100.

⁴⁵⁹ José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, n. 9.1, p. 11.

⁴⁶⁰ SIDNEI Agostinho BENETI. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*, in Luiz Fux et alii (coords.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 487.

⁴⁶¹ José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., p. 47.

⁴⁶² OVIDIO A. BAPTISTA da Silva. *A função dos tribunais superiores*, in STJ 10 anos: *Obra comemorativa 1989-1999*, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145.

4. Os precedentes no CPC/15.

Indubitavelmente, como dito acima, uma das maiores mudanças promovidas pelo CPC/15 no sistema processual civil brasileiro consiste no advento dos denominados “Precedentes Vinculantes” ou “Precedentes Qualificados”, na nomenclatura utilizada pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (cfr. Regimento Interno, art. 121-A, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 24/2016),⁴⁶³ que consistem nos atos (não apenas decisões, como, p. ex., súmulas e orientações) emanados do Poder Judiciário e assim classificados nos termos do CPC/15 art. 927, cuja (estrita) observância se faz necessária por *juízes e tribunais*.

Trata-se de mudança «*nuclear*» no CPC/15, que podemos ter justamente como um de seus eixos centrais, de suas pilastros-mestras, o que pode ser facilmente constatado pelos efeitos decorrentes dos precedentes vinculantes na nova sistemática do processo civil brasileiro, entre os quais, destacamos os seguintes: a possibilidade de concessão de tutela de evidência (art. 311 II), a improcedência liminar do pedido (art. 332 I a IV), impactos sobre a remessa necessária (art. 496 § 4.º), possibilidade de dispensa de caução (art. 521 IV), ação rescisória (art. 966 §§ 5.º e 6.º), cabimento de reclamação (artigo 988), dever de fundamentação (art. 489 § 1.º V e VI), denegação de subida de recursos, entre outros.

A adoção dos precedentes no CPC/15 não foi abrupta, mas, sim, veio no bojo e no contexto de diversos atos que paulatinamente foram aumentando a

⁴⁶³ “SEÇÃO I-A Do Registro e da Formação dos Precedentes Qualificados

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

§ 1º Os incidentes de assunção de competência e os processos afetados para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos serão organizados e divulgados por meio de enunciados de temas com numeração sequencial, contendo o registro da matéria a ser decidida e, após o julgamento, a tese firmada e seus fundamentos determinantes.

§ 2º Os precedentes qualificados deverão ser divulgados na internet, de forma sistematizada, com a indicação precisa das informações relacionadas a todas as fases percorridas de seu procedimento”.

eficácia da jurisprudência no direito brasileiro,⁴⁶⁴ e de há muito a doutrina já vinha se posicionando sobre a maior influência dos precedentes.⁴⁶⁵

Não obstante essa mudança que veio se solidificando no tempo, fato é que a transformação promovida pelo CPC/15 é de fato impactante, a partir em especial de dois artigos (arts. 926 e 927), com toda a repercussão que deles se espraia ao longo de todo o Código, como já apontado acima.

Nesse ponto, o Código primeiro tratou de emitir um comando aos *Tribunais*, máxime de jurisdição extraordinária (STF e STJ, em especial), para que uniformizassem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (= eficácia *horizontal* dos precedentes); ato contínuo, diz quais atos judiciais se traduzem em precedente vinculante e traz o comando para os que estão *hierarquicamente* abaixo do Tribunal prolator do precedente para que o observem (= eficácia *vertical* dos precedentes).

Tratou-se de impactante alteração no sistema processual, a que muitos bradaram *inconstitucional*. Vejamos.

4.1. Teses pela inconstitucionalidade e pela constitucionalidade dos Precedentes no CPC/15.

Podemos destacar, em especial, dois autores que vêm se posicionando pela *inconstitucionalidade* dos precedentes, são eles: HUGO NIGRI MAZZILLI e NELSON NERY JUNIOR.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Cfr. Thiago RODOVALHO. *O STJ e a arguição de relevância*, in Isabel Gallotti, Bruno Dantas, Alexandre Freire, Fernando da Fonseca Gajardoni e José Miguel Garcia Medina. (Orgs.). *O papel da jurisprudência no STJ*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 835/853; Thiago RODOVALHO. *Repercussão Geral e o Writ of Certiorari - Uma Proposta de Lege Ferenda*, in Luiz Fux, Alexandre Freire e Bruno Dantas (Orgs.). *Repercussão Geral da Questão Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 633/651; e Thiago RODOVALHO. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladimir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileira – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, n. 4, pp. 237/242.

⁴⁶⁵ V., por todos, José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, *passim*; e Antonio Carlos Marcato. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, Tese de Titularidade, São Paulo: USP, 2008, *passim*; e, mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, *passim*; Daniel Mitidiero. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*; Hermes Zaneti Jr. *O valor vinculante dos precedentes*, 2.^a ed., Salvador: JusPodivm, 2016, *passim*; Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do precedente judicial*, São Paulo: Noeses, 2012, *passim*; entre outros.

⁴⁶⁶ Hugo Nigri MAZZILLI. *Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais*, de 3.10.2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>; e Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de processo civil comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coments. ao art. 927, pp. 1836/1837.

Em suma, os autores que defendem a *inconstitucionalidade* dos precedentes o fazem por seis motivos: (i) independência dos juízes (que passariam a ser *boca dos tribunais*, nos dizeres de NELSON NERY JUNIOR); (ii) livre convencimento dos juízes; (iii) separação dos poderes; (iv) contraditório; (v) legalidade; e, por fim, (vi) que a alteração somente poderia ter sido feita por emenda constitucional.⁴⁶⁷

Esses argumentos, *venia concessa*, não nos parecem corretos. Em primeiro lugar, os juízes permanecem independentes, bem como dotados do livre convencimento (*motivado*) na formação de sua convicção jurídica sobre os fatos postos na lide. Contudo, nem um nem outro são ilimitados ou absolutos; ao revés, harmonizam-se com outros princípios e valores igualmente relevantes e necessários ao Estado Democrático de Direito, em especial segurança jurídica e isonomia, que são igualmente garantias constitucionais dos cidadãos. Basta notar que juízes nunca foram plenamente livres ao julgar, sob pena de configurar arbitrariedade.⁴⁶⁸ Assim também se passa com os precedentes vinculantes, o juiz não é mero *convidado de pedra*, ele há de fazer o cotejo analítico entre o caso concreto e o precedente, e, eventualmente, a distinção entre eles. O que não é possível, diante de um precedente e de um caso de mesma identidade fática, dar solução distinta (consagração do *treat like cases alike*, ou da segurança jurídica e isonomia).

De igual sorte, não nos parece haver violação ao princípio da separação dos poderes ou da legalidade. Isto porque, os precedentes vinculantes não se traduzem numa adoção plena da *common law*. Ao contrário, é a «lei» que diz o que é um precedente (CPC/15 art. 927), e é «a partir da lei» que o precedente se forma (= interpretação do texto normativo).⁴⁶⁹ E mais, como lembra HERMES ZANETI JR., *leis são normas gerais e abstratas*, ao passo que os *precedentes são normas concretas*, formadas a partir da *interpretação do texto normativo* e *à luz dos fatos do caso concreto* (v., p. ex., CPC/15 art. 926 § 2.º). Precedentes não são *normas gerais e abstratas*. Não há confusão entre um (*lei*) e outro (*precedente*).⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ A esse respeito, catalogando e rebatendo as críticas pela inconstitucionalidade dos precedentes, v. Ada Pellegrini GRINOVER. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 152/160.

⁴⁶⁸ Ada Pellegrini GRINOVER. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 152/153.

⁴⁶⁹ “Não se pode em ofensa à legalidade quando é a própria lei que estabelece a vinculação forma dos precedentes (art. 927)” Hermes ZANETI JR. *Comentários ao CPC/15 926*, in Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. *Comentários ao novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1312.

⁴⁷⁰ Hermes ZANETI JR. *Comentários ao CPC/15 926*, in Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. *Comentários ao novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1312 *et seq.*

Também não há ofensa ao contraditório, haja vista que a parte é ouvida a respeito da aplicação do precedente, podendo postular sua inaplicação em razão de elementos fáticos distintos (técnica de distinção, *distinguishing*) ou postular sua superação (*overruling*).

Por fim, não nos parece que apenas através de Emenda Constitucional se poderia ter atribuído eficácia vinculante aos precedentes. O CPC/15, nesse ponto, dirige-se aos «juízes», i.e., ao próprio *Poder Judiciário* (daí os corretos dizeres do *caput* do CPC/15 art. 927: “Os **juízes** e os **tribunais** observarão”), atribuindo-lhes o dever de observar os precedentes vinculantes quando a situação fática for a mesma; é dizer, apenas e tão somente *concretiza* as garantias constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, e sem tê-los transformado, como dito, em *normas gerais e abstratas*, daí o inteiro acerto de ADA PELLEGRINI GRINOVER ao sustentar que não há “óbice algum para que a legislação ordinária discipline o efeito vinculante das decisões judiciais”.⁴⁷¹

Se, de um lado, não nos parece haver *inconstitucionalidade* na atribuição de efeito vinculante aos precedentes no CPC/15, de outro, há sólidos argumentos em favor de sua *constitucionalidade*, ao consagrar valores e garantias constitucionais. São eles: *segurança jurídica, isonomia, integridade e coerência* do sistema, e *duração razoável do processo*.

5. A relação entre o CPC e a Arbitragem.⁴⁷²

A aplicação do CPC não é absolutamente estranha à arbitragem. Contudo, não é o CPC que disciplina o procedimento arbitral, nem mesmo na hipótese de *omissão* das partes (a menos que as partes expressamente assim tenham pactuado na convenção de arbitragem). Ao revés, esse terá suas regras definidas pelas partes e/ou pelo árbitro, de maneira a melhor atender as necessidades específicas do caso concreto, aplicando-se, sim, os *princípios «constitucionais» do processo civil* (devido processo legal, contraditório e igualdade de partes),⁴⁷³ que

⁴⁷¹ Ada Pellegrini GRINOVER. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 160.

⁴⁷² A esse respeito, cfr. Thiago RODOVALHO. *Os impactos do NCPC na Arbitragem*, in Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, vol. 8, 2015, pp. 252/254.

⁴⁷³ Neste sentido, inclusive, a previsão do artigo 21 da Lei de Arbitragem: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou à Câmara Arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao Câmara Arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

são *decantados* pelo Código de Processo Civil.

Porém, não se afasta *por inteiro* qualquer referência à arbitragem na legislação processual. Isto porque a arbitragem, enquanto uma das formas de solução de conflitos faz parte de um *todo*, de um sistema de prestação jurisdicional completo que se relaciona e interage, para atender a perspectiva da sociedade (i.e., dos jurisdicionados). Assim, *em alguns momentos*, haverá uma necessária intersecção ou conexão entre os integrantes deste sistema.

A arbitragem, então, não caminha só. Convive em harmonia com a Jurisdição Estatal, cada qual ocupando o seu espaço, mas se relacionando quando necessário.

Nesse sentido, há diversos impactos do CPC *antes* (cautelares pré-arbitrais, preenchimento de cláusula arbitral vazia, p.ex.), *durante* (para medidas de força que demandem auxílio do Poder Judiciário via Carta Arbitral, p.ex.) e *após* o procedimento arbitral (anulação de sentença arbitral, cumprimento judicial da sentença arbitral, reconhecimento de sentença arbitral estrangeira ou para a concessão de exequatur à carta rogatória, p.ex.), numa permanente e necessária relação de *cooperação e intersecção* entre Poder Judiciário e a Arbitragem.

6. O árbitro está vinculado aos precedentes?

Antes de tentarmos responder a essa indagação, duas considerações prévias se fazem necessárias. *Primeiro*, a de que, do ponto de vista «prático», é salutar que o árbitro sempre dialogue, na fundamentação, com as alegações das partes, inclusive com os precedentes, se os houver. *Segundo*, esse problema, embora desafiador do ponto de vista teórico, é, no Brasil, ao menos nesse estágio, de ocorrência menor, haja vista que a formação de precedentes está ligada muito a questões seriais, ao passo que a arbitragem lida mais com casos que possuem maiores especificidades fáticas e/ou probatórias.⁴⁷⁴

Pois bem, feitas essas considerações, ponto nevrálgico dessa *quaestio iuris* que ora nos coloca é saber se os árbitros estão ou não *vinculados* aos precedentes.

Como sói acontecer em temas tão polêmicos, diversas teorias vêm se formando a esse respeito.

⁴⁷⁴ A esse respeito, v. Guilherme Rizzo AMARAL. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*, de 3.10.2017, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>.

Nesse sentido, há quem defenda a vinculação ampla aos precedentes judiciais vinculantes, de tal sorte que, ignorado o precedente (é dizer, sem que seja feita a técnica de distinção), haveria nulidade da sentença arbitral por falta de fundamentação a autorizar a propositura de ação anulatória (não cabendo, contudo, a reclamação). Nessa hipótese, tratar-se-ia de *error in procedendo*. Se realizado a técnica de distinção, ainda que de forma equivocada, fundamentação houve, e então se trataria de *error in iudicando*, não se autorizando a ação anulatória.⁴⁷⁵

Uma segunda corrente passou a defender a vinculação ampla do árbitro aos precedentes judiciais vinculantes, contudo sem autorizar a propositura de ação anulatória nem reclamação, tratando-se sempre de *error in iudicando*.⁴⁷⁶ A terceira corrente, capitaneada justamente por MARCIO BELLOCCHI, defende a vinculação do árbitro a *alguns precedentes*, i.e., aos denominados *precedentes fortes*, ou seja, aqueles que autorizam a reclamação em caso de descumprimento, embora, na hipótese de descumprimento pelo árbitro, o autor defenda, na versão comercial de sua dissertação, apenas o cabimento da ação anulatória.⁴⁷⁷ Por fim, uma quarta corrente defende a vinculação do árbitro somente aos *precedentes que possuam «assento constitucional»*, i.e., os precedentes disciplinados nos arts. 102 § 2.º e 103-A da Constituição Federal (cabendo ação anulatória nessa hipótese, em caso de descumprimento), não havendo vinculação aos demais precedentes previstos no CPC/15 art. 927 (não cabendo ação anulatória nessa hipótese, em caso de descumprimento).⁴⁷⁸

Filiamo-nos a essa quarta corrente.

Em nosso sentir, como dito acima, não nos parece haver inconstitucionalidade no art. 927 do CPC/15 justamente por se dirigir aos «juízes», i.e., ao próprio *Poder Judiciário* (daí os corretos dizeres do *caput* do CPC/15 art. 927: “Os **juízes** e os **tribunais** observarão”), atribuindo-lhes o dever de observar os

⁴⁷⁵ Nesse sentido, cfr. José Rogério Cruz e Tucci. *O árbitro e a observância do precedente judicial*, de 1.11.2016, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>; e José Rogério Cruz e Tucci. *O árbitro, assim como o juiz togado, pode muito, mas não pode tudo*, de 13.12.2016, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-13/paradoxo-corte-arbitro-assim-juiz-togado-nao-tudo>.

⁴⁷⁶ Cfr. André Vasconcelos Roque e Fernando da Fonseca Gajardoni. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?*, de 7.11.2016, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-no-vo-cpc-07112016>.

⁴⁷⁷ V. Marcio Bellocchi. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 163/167.

⁴⁷⁸ Marcos Serra Netto Fioravanti. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?*, Dissertação de Mestrado, São Paulo: PUC/SP, 2017, pp. 90/98.

precedentes vinculantes quando a situação fática for a mesma. Ou seja, mitigou a independência do magistrado em harmonia com as garantias constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, conferindo maior *racionalidade* à prestação jurisdicional, sem ter, contudo, transformado os precedentes em *normas gerais e abstratas*, daí a desnecessidade de Emenda Constitucional para se atribuir eficácia vinculante aos precedentes.

Em razão disso, não se trata propriamente de *fonte «primária»* do nosso ordenamento jurídico, ao contrário do que ocorre em países de *common law*, nos quais os precedentes ocupam a mesma hierarquia da lei, ou seja, como *fontes primárias*.

No nosso sistema jurídico, essa guindada dos precedentes a fontes primárias não poderia ser feita na legislação infraconstitucional.

Demais disso, arbitragem e Poder Judiciário, conquanto se relacionem, são sistemas separados. Basta observarmos diversas dificuldades práticas: os árbitros não formam precedentes, não podem fazer o *overruling*, não cabe reclamação se descumprirem um precedente judicial, não cabe recurso para rever o precedente. Assim, em razão disso tudo que vimos expondo, o árbitro, em nosso sentir, não está *vinculado* (*rectius*: obrigado) aos precedentes do art. 927 do CPC/15, estando vinculados apenas e tão somente aos *precedentes com «assento constitucional»*, ainda que, como já dissemos acima, do ponto de vista *«prático»*, é salutar que o árbitro sempre dialogue, na fundamentação, com as alegações das partes, inclusive com os precedentes, se os houver.

O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* E SUAS CONSEQUÊNCIAS

THE *KOMPETENZ-KOMPETENZ* PRINCIPLE AND ITS CONSEQUENCES

Viviane Rosolia Teodoro

Endereço eletrônico: vivianeteodoro@aasp.org.br

Área do Direito

Direito Civil. Direito Processual Civil. Arbitragem.

Resumo

Este estudo tem como objetivo a análise do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e seus principais reflexos.

Abstract

The purpose of this study is the analysis of the *kompetenz-kompetenz* principle and its main effects.

Palavras chaves

Arbitragem. Princípios. *Kompetenz-Kompetenz*.

Keywords

Arbitration. Principles. *Kompetenz-Kompetenz*.

1. INTRODUÇÃO

A competência do tribunal arbitral pressupõe a existência de uma convenção de arbitragem válida e eficaz entre as partes; a arbitrabilidade do litígio cujo objeto deve ser abrangido pela convenção de arbitragem e sua regular constituição.

Dentro desse contexto, tem-se o princípio *Kompetenz-Kompetenz* (Competência-Competência, *Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction* ou *Kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht*) originário do direito

alemão e adotado, em nosso sistema, pelo parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.307/1996 e § 1º do art. 20 da Lei de Arbitragem.⁴⁷⁹

Por esse princípio, cabe ao árbitro decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, havendo completa derrogação da jurisdição Estatal para uma justiça privada, em outras palavras, há um efeito vinculante da vontade das partes.

O tribunal arbitral, como qualquer outra jurisdição, pode e deve verificar, antes de mais nada, a sua competência para conhecer de determinado litígio submetido à sua apreciação.

O princípio da competência-competência é consagrado em quase todas as legislações nacionais e internacionais sobre arbitragem e será objeto do presente estudo.

2. A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM

A Lei 9.307, de 23/09/1996, apresenta-se como uma das mais importantes medidas tomadas visando o desenvolvimento de novos métodos para solução de disputas alternativos ao Poder Judiciário.⁴⁸⁰ Tem como base a Uncitral, a Convenção de NY e a Convenção do Panamá.

A Lei de Arbitragem trouxe em seu bojo características fundamentais para o devido desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Houve a contemplação do princípio da autonomia da vontade, possibilitando que as partes decidam entre si se querem ou não a aplicação do instituto da arbitragem.

Seu pleno desenvolvimento, no entanto, ocorreu em 2001, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a constitucionalidade da Lei de

⁴⁷⁹“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.”

“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.”

⁴⁸⁰CAMPOS, Pedro Augusto Rocha. Evolução histórica da arbitragem e sua aplicação no Brasil. Disponível: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12294. Acesso em: 6 dez. 2015.

Arbitragem (AgRg SE 5.206-7). Antes disso, apesar de evidente o objetivo da lei de contribuir para o desenvolvimento da arbitragem, ela foi alvo de questionamentos acerca de sua constitucionalidade. Isso porque as partes, ao optarem pelo procedimento arbitral, renunciavam automaticamente ao Poder Judiciário, só podendo requerer a extinção da convenção arbitral por ato de vontade espontâneo de ambas. Dessarte, pacificando o assunto o STF decidiu por maioria de votos no sentido de ser a Lei de Arbitragem constitucional, não ferindo qualquer princípio garantido na Constituição, por ser aplicável apenas nos casos que versem sobre direitos disponíveis.⁴⁸¹

Em 2002, por meio do Decreto Federal 4.311/2002, ratificou-se a Convenção de Nova Iorque e, em 2015, promulgou-se a Emenda Constitucional 45, que alterou a competência para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: antes STF, atualmente Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Em 2015, sobreveio a reforma da Lei de Arbitragem – Lei 13.129/2015 – a qual ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem, dispôs sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral parcial.

3. O PRINCÍPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* (JURISDIÇÃO – JURISDIÇÃO)

O princípio *Kompetenz-Kompetenz* é originário do direito alemão, é exclusivo da arbitragem e foi adotado, no Brasil, pelo parágrafo único do art. 8º e § 1º, do art. 20 da Lei de Arbitragem.

Denota-se pelo princípio *Kompetenz-Kompetenz* que cabe ao árbitro decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

A consequência desse princípio é competência negativa do Judiciário e positiva do árbitro. Há uma completa derrogação da jurisdição Estatal para uma justiça privada – efeito vinculante da vontade das partes.

Segundo o Prof. Francisco José Cahali:⁴⁸²

⁴⁸¹Lei de Arbitragem: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁴⁸²CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 99-100.

Esta regra é de fundamental importância ao instituto da arbitragem, na medida em que, se ao judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergada por longo período e, por vezes, apenas com intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção. O princípio, desta maneira, fortalece o instituto, e prestigia a opção das partes por essa forma de solução de conflitos, e afasta, em certa medida o risco de desestímulo à contratação da arbitragem, em razão do potencial obstáculo prévio a surgir no Judiciário diante da convenção, por maliciosa manobra de uma das partes.

No Direito brasileiro a competência não é exclusiva do árbitro, cabe ainda ao juiz estatal analisar a questão. Essa solução também é adotada pela França, Inglaterra e Estados Unidos.

Pelo princípio *Kompetenz-Kompetenz* compete ao árbitro o exame da arbitrabilidade exigida pelo art. 1º da Lei de Arbitragem: será inválida a convenção contrária aos requisitos desse artigo. Incumbe ao árbitro decidir sobre qualquer controvérsia a respeito da convenção de arbitragem e da extensão de seus próprios poderes para julgar a questão que lhe foi submetida.

O art. 20, § 2º, da Lei de Arbitragem estabelece o momento para vícios da convenção a serem arguidos pela parte. É um critério temporal, cuja consequência consiste na determinação do árbitro de sua própria competência que, de rigor, só pode ser contestada *a posteriori*, após sentença arbitral – art. 33, § 2º, da Lei de Arbitragem. É o mesmo procedimento da jurisdição estatal francesa.

Em situações especiais, como nos casos em que a instauração de procedimento arbitral se fará por indicação do juízo estatal em cumprimento à cláusula compromissória vazia (art. 7º da Lei 9.307/96), a convenção será previamente analisada pelo Judiciário, de forma superficial, tal como também acontece quando uma das partes ingressa com ação junto ao juízo estatal e a outra parte invoca a existência de cláusula compromissória com o objetivo de extinguir o processo, sem julgamento de mérito. Verificado vício na convenção ou

no próprio contrato, objetivamente apurado, tem sido admitido seu reconhecimento judicial por essa oportunidade.

Em outras palavras, diante de uma anomalia, há de se admitir a avaliação prévia (ou concomitante) pelo Poder Judiciário, permitindo, até mesmo, seguir com apreciação do mérito do conflito, em exceção à regra.⁴⁸³

Contém no princípio competência-competência a “essência da jurisdição” inerente ao árbitro, pois se atribui a este o poder de avaliar o litígio a ele submetido e concluir pela inviabilidade de sua apreciação no próprio juízo arbitral, ou seja, diz o árbitro que a matéria não é arbitrável e, assim, impossível por ele de ser apreciada. Confirma a opção legislativa de outorgar jurisdição ao juízo arbitral.⁴⁸⁴

Tem o árbitro competência para dirimir sobre sua jurisdição e não competência para dirimir sobre sua competência.⁴⁸⁵

Esclarece Cândido Rangel Dinamarco⁴⁸⁶ que o poder de apreciação pelos árbitros não chega ao ponto de subtrair radicalmente aos juízes togados a competência para avaliar os casos em que não possa, sequer, haver dúvida séria e razoável sobre a cláusula (*dupla interpretação*), suas dimensões e ressalvas:

O favor arbitral e a *Kompetenz-Kompetenz* devem prevalecer

⁴⁸³ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem* cit., 99-100.

⁴⁸⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁸⁵ Para ilustrar a discussão, vejamos o teor da sentença proferida em 13/05/2015, 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nos autos do Processo 0005966-81.2014.4.02.5101: Discute-se na decisão: “se é possível a alegação, junto ao juiz togado, de que o objeto da controvérsia levada ao juízo arbitral não poderia sê-lo por ultrapassar os limites da cláusula compromissória, ou se apenas o juízo arbitral é que teria competência para a definição do seu limite de atuação, restando aos insatisfeitos a ação de anulação, e; ii) se o objeto da controvérsia levada ao conhecimento do juízo arbitral é direito patrimonial disponível ou indisponível”; “não há nenhuma ilegalidade, por si só, na cláusula compromissória firmada por pessoa jurídica de direito público (por todos, STJ, MS 11308, 1ª seção, DJ 19-5-2008), mas me parece que o controle de legalidade dos limites da cláusula compromissória não pode ficar restrito ao convencimento do árbitro”; “É certo que a inafastabilidade da jurisdição é prevista em lei, através da ação anulatória, mas se as partes já sabem de antemão (ou pelo menos uma delas) que há uma suspeita fundada de que o direito posto ao conhecimento do juízo arbitral é indisponível, não vejo porque impedir o juiz togado de reconhecer a suposta ilegalidade”. “Respeitando sobremaneira a decisão do Tribunal da Cidadania, acredito não ser este o caso que ora se aprecia. Na minha humilde opinião, existindo dúvida fundada sobre a disponibilidade dos direitos submetidos à arbitragem, aguardar a definição do juízo arbitral para apenas depois suscitar a ilegalidade junto ao juiz togado através de ação anulatória é, com o perdão da expressão, perda de tempo” (Autora: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis; rés: Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, BG E&P Brasil Ltda. e Petrogal Brasil S/A).

⁴⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 95- 96.

somente em casos de séria e fundada dúvida interpretativa – e somente nestes casos impõe-se definitivamente o que a propósito decidirem os árbitros, presumindo-se, pois a arbitrabilidade. Em casos extremos, quando chamado a pronunciar-se, o juiz togado apreciará somente a razoabilidade da interpretação dada pelo árbitro no exercício da *Kompetenz-Kompetenz*, só repudiando essa interpretação se houver sido arbitrária ou manifestamente equivocada, sem margem para dúvidas razoáveis no espírito do observador de bom senso. Fora desses limites devem ser sempre observados os efeitos da arbitragem. [...] Quando se diz que o favor arbitral não pode ser levado longe demais e que as prerrogativas inerentes a *Kompetenz-Kompetenz* estão sujeitas a limites parte-se da indiscutível premissa de que a arbitragem, sendo um meio alternativo, deve ter uma incidência excepcional no sistema da solução de conflitos mediante a tutela jurisdicional. O ordinário é encaminhar os litígios ao Poder Judiciário, onde reside o juiz natural e a solução arbitral é extraordinária, dependente da manifestação de uma vontade convergente das partes conflitadas. Favorecer obcecadamente a arbitragem, sem que haja sido manifestada uma vontade assim acima de dúvidas ao menos razoáveis, equivaleria erigir o extraordinário em ordinário, a dano da garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária dos litígios (Const., art. 5º, inc. XXXV). [...] Haverá sempre uma inevitável dose de subjetivismo nessa apreciação pelo juiz, mas também o juízo emanado dos árbitros está sujeito a contingências como essas – sendo razoável, em face da garantia constitucional do controle judicial, que, a prevalecer alguma dose de subjetivismo, prevaleça a do juiz sobre a do árbitro.

O princípio da competência-competência está previsto no Regulamento de Arbitragem da Uncitral, art. 2.314, com ressonâncias (e distorções) encontradas nas leis e regulamentos arbitrais dos mais diversos países.

O *Arbitration Act*⁴⁸⁷ de 1996 reconhece, no direito inglês, por meio do seu art. 30, nº 1, o princípio da competência-competência; o regime italiano da Arbitragem, nos arts. 817, nº 1, e 817 do *Codice Di Procedura Civile* de 2006; o Código de Processo Judiciário belga (CPJ),⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹ no seu art. 1.697, nº 1, e em Portugal, no art. 21º, nº 1, da Lei 31/86, de 29 de agosto sobre a Arbitragem Voluntária (LAV), entre outros países.

A fim de ilustrar a discussão, vejamos analisemos o caso “Jirau”, que se tratava de uma disputa entre um consórcio de empreiteiras brasileiras e um grupo de seguradoras brasileiras. As partes firmaram um contrato de seguro, no qual constatou uma cláusula compromissória submetendo as disputas à arbitragem na Inglaterra e uma cláusula de eleição de foro remetendo as disputas à Justiça brasileira. De acordo com o voto do Relator do caso, Paulo Alcides, proferido nos autos do Agravo de Instrumento 0304979-49.2011.8.26.0000, a cláusula do contrato de seguro que prevê processo arbitral em Londres não

⁴⁸⁷“Art. 30. ARBITRATION ACT (Competence of tribunal to rule on its jurisdiction)

1. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to

(a) whether there is a valid arbitration agreement,

(b) whether the tribunal is properly constituted, and

(c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.

2. Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part”.

⁴⁸⁸“Art. 1697º CPJ:

1. Le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence et, à cette fin, d'examiner la validité de la convention d'arbitrage.

2. La constatation de la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient.

3. La décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance qu'en même temps que la sentence sur le fond et par la même voie. Le tribunal de première instance peut, à la demande de l'une des parties, se prononcer sur le bien-fondé de la décision d'incompétence du tribunal arbitral.

4. La désignation d'un arbitre par une partie ne la prive pas du droit d'invoquer l'incompétence du tribunal arbitral”.

⁴⁸⁹Na Suíça, o princípio encontra-se consagrado pelo artigo 186º, n. 1, da Lei Federal do Direito Privado Internacional, de 18 de dezembro de 1987. Diz o texto da lei que: “O tribunal arbitral decide sobre a sua própria competência”.

Artigo 186º LDIP:

“1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence.

2. L'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond.

3. En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente”.

poderia e não deveria prevalecer, pois não gozava da anuência expressa de uma das partes, como exige o art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.⁴⁹⁰

Em artigo específico sobre o tema, Thiago Rodovalho e Leandro Tripodi afirmam que:

Qualquer que seja a ótica sob a qual se analisa o caso Jirau, parece existir uma clara presunção em favor da validade da convenção de arbitragem celebrada entre os segurados e as seguradoras, uma vez que o contrato subjacente não possui tipicidade de contrato de adesão; além disso, a convenção de arbitragem não é necessariamente regida pelo direito brasileiro, e a coexistência da convenção de arbitragem com cláusula de eleição de foro nos contratos envolvidos pode ser resolvida por meio da compatibilização de ambas, à luz do princípio da boa-fé. Por fim, não se pode desprezar a precedência dos árbitros para se manifestarem a respeito da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, a qual se torna ainda mais crítica quando tal determinação depende fortemente da determinação, prévia e preliminar, da lei que aplicável à convenção.⁴⁹¹

Posteriormente, em junho de 2012, por decisão monocrática,⁴⁹² a Ministra Nancy Andrighi indeferiu a reclamação proposta pelas seguradoras. Consagrou no mérito, todavia, o princípio da competência-competência (art. 8º da Lei de Arbitragem), de modo que caberia ao árbitro decidir sobre a validade da cláusula e que a propositura da ação de nulidade do compromisso arbitral não impediria o

⁴⁹⁰ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DISCUSSÃO SOBRE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM INSERIDA EM CONTRATO DE SEGURO. TUTELA INIBITÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. ART. 461, §3º, DO CPC. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. CONFLITO ENTRE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL ELETIVA DE LEI E FORO E A CLÁUSULA QUE DISPÕE SOBRE A VIA ARBITRAL. PREVALÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA A APRECIÇÃO DA MATÉRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. RISCO DE INEFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL. ARBITRAGEM EM LONDRES QUE IRÁ SUPRIMIR O OBJETO DA DEMANDA. LIMINAR CONFIRMADA. RECURSO PROVIDO” (Agravo de Instrumento 0304979-49.2011.8.26.0000, Relator Desembargador Paulo Alcides, julgamento 19/04/2012).

⁴⁹¹ RODOVALHO, Thiago; TRIPODI, Leandro. Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infraestrutura: uma análise do caso jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 227, p. 363, jan. 2014.

⁴⁹² STJ. Reclamação 9030, Decisão monocrática, Ministra Nancy Andrighi, *DJE* 01/08/2012.

procedimento de homologação de sentença estrangeira.⁴⁹³ O “caso Jirau”, pelo que se tem notícias, foi solucionado por meio de um acordo.

O princípio *Kompetez-Kompetenz* pode ter dois efeitos: *positivo* e *negativo*.

O efeito positivo do princípio *Kompetez-Kompetenz* permite aos árbitros conhecer dos litígios cobertos pelo escopo da convenção de arbitragem. O efeito negativo é aquele que impede os juízes estatais de se pronunciarem sobre os mesmos litígios.

Segundo Bertrand Ancel,⁴⁹⁴ 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”.⁴⁹⁵

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

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 resolver o mérito. É manifestação do efeito negativo da convenção de arbitragem, como se verá a seguir.

Quanto ao efeito negativo, 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.

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”.⁴⁹⁶

⁴⁹³“PROCESSO CIVIL. RECLAMAÇÃO. COMPETÊNCIA. Reclamação em que se alega usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, porque o tribunal a quo está impedindo a prolação de sentença arbitral estrangeira. Tenha ou não havido a alegada usurpação da competência, quem deve decidir a respeito é a Corte Especial, órgão que homologa as sentenças estrangeiras. Agravo regimental não provido” (AgRg na Rcl 9030/SP, Rel. Des. Ministro Ari Pargendler, 20/03/2013).

⁴⁹⁴ANCEL, 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.

⁴⁹⁵Idem, p. 52.

⁴⁹⁶FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 289, abr. 2006. DTR\2006\225.

O Regulamento de Arbitragem da Uncitral⁴⁹⁷ prevê claramente o aspecto *positivo* da competência-competência no artigo 23. Todavia, no que se refere ao aspecto negativo, depreende-se do texto uma adoção “moderada” dessa dimensão do princípio.

Ambos os efeitos da convenção de arbitragem têm 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 doutrinadores relacionam diretamente esses efeitos positivos e negativos da convenção com aqueles do princípio.

O Código de Processo Civil, no art. 485, VII, traz a dimensão negativa da convenção de arbitragem: “o juiz não resolverá o mérito quando: [...] acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.⁴⁹⁸

Tem-se, ainda, a competência do STJ para apreciar conflitos de competência entre uma câmara arbitral e um juízo estatal, com base no art. 105 da Constituição Federal, o que também constitui um fator limitativo da *kompetenz-kompetenz*.⁴⁹⁹⁻⁵⁰⁰

⁴⁹⁷“Article 23 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” (UNCITRAL. Arbitration Rules (2021). Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf. Acesso em: 24 out. 2022).

⁴⁹⁸“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 70053386595; Décima Quinta Câmara Cível; Comarca de Porto Alegre).

⁴⁹⁹ Disponível em: www.conjur.com.br/.../cabe-stj-julgar-conflito-competencia-entre-judiciario-camara-arbitral. Conflito de Competência 111.230-DF 2010/0058736-6, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/05/2013.

⁵⁰⁰“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXISTÊNCIA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE UM ÓRGÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E UMA CÂMARA ARBITRAL. É possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. Isso porque a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional” (STJ, Segunda Seção, CC 111.230-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/5/2013).

Da decisão que desacolher a arguição de existência da convenção de arbitragem, nos termos do CPC/2015, art. 1.015, inciso III, caberá agravo de instrumento.⁵⁰¹

Por fim, na hipótese do § 1º do art. 20 da Lei de Arbitragem, decidindo o Juízo Arbitral a sua "incompetência" por algum vício na cláusula/compromisso, destaca Carlos Alberto Carmona⁵⁰² que:

Se o árbitro, competente para julgar sua própria competência – verificar que as partes não lhe concederam poderes para decidir sobre determinada matéria, extinguirá o processo arbitral, reconhecendo que toca ao juiz estatal (e não a ele solucionar o litígio). A decisão tomada pelo árbitro evita qualquer conflito negativo de competência, de tal sorte que o juiz togado, ao receber a causa, mesmo entendendo que a decisão do árbitro seja equivocada, não pode determinar a este, que já decidiu sobre sua falta de competência o compulsório julgamento da controvérsia. Logo, decretada pelo árbitro a falta de competência, tal decisão não comportará revisão ou reversão, de sorte que deverá o juiz togado decidir a causa, sem reenviar as partes à arbitragem (ainda que constate erro da decisão do árbitro). Neste caso, o árbitro teria poderes para decidir, e o fez, ainda que de forma equivocada, para afastar a solução arbitral, o que não comporta correção pelo Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015, no art. 485, VII, traz a dimensão negativa da convenção de arbitragem, ao dispor que: “o juiz não resolverá o mérito quando: [...] acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.⁶²

Com citado dispositivo houve, pelo Código de Processo Civil de 2015, a confirmação do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, pois estabelece que, se o

⁵⁰¹ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem”.

⁵⁰² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

árbitro confirmar a sua “competência”, deve o juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito.

O Código de Processo Civil evita a concomitância de ações com a mesma questão incidente, a discussão sobre qual das decisões deva prevalecer. Tal inovação é pertinente, como destaca Francisco José Cahali, pois já se teve incidente de conflito de competência no STJ – CC 111.230/DF (2010/0058736-6) rel. Ministra Nancy Andrighi, 2.^a Seção, j. 08.05.2013 – em razão da afirmação, por ambos os juízos (arbitral e judicial) de sua respectiva jurisdição (“competência”), concluindo-se, no julgamento desse precedente, pelo prosseguimento do procedimento arbitral em detrimento do processo judicial.⁶³

Frise-se que, rejeitada a alegação da parte sobre existência de convenção arbitral, da decisão interlocutória caberá agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, III). Pode-se, ainda, suscitar que, permanecendo o conflito de competência no âmbito do Tribunal, poderá a decisão ser também desafiada por agravo de instrumento, vez que possui o mesmo conteúdo daquela decisão enfrentada por meio do art. 1.015, III, do CPC.

4. CONCLUSÃO

Este estudo teve como objetivo a análise do princípio *Kompetenz-Kompetenz* e seus principais reflexos.

Observou-se que, no Brasil, é assente o reconhecimento da constitucionalidade da via arbitral como solução de conflitos, na medida em que o acesso ao Judiciário constitui uma garantia. Prevalece, portanto, a vontade das partes em submeter seu litígio à solução que reputam adequada.

O princípio em estudo 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.

Entre as diversas medidas adotadas pela Lei de Arbitragem para conferir eficácia máxima à convenção e, conseqüentemente, à própria arbitragem, destacam-se os efeitos conferidos à convenção de arbitragem, internacionalmente conhecidos como *Kompetenz-Kompetenz*.

Hoje, no Brasil, a arbitragem é instituto sólido e desenvolvido, esperando-se que os preceitos remanescentes quanto à aplicação plena desse princípio deem lugar a mais ampla utilização dessa forma de solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

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.

ANDRADE, Isabella Moreira de. Validade da convenção arbitral e o princípio competência-competência: a controvérsia do caso Jirau. *Informativo Justen, Pereira e Talamini*, n. 66, Curitiba, ago. 2012. Disponível: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=66&artigo=680&l=pt>. Acesso em: 24/10/2022

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público – RDP*, nº 57/58, p. 247, 1981.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I, t. II.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? *Temas de Direito Processual Civil – sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 2009. v. I.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMPOS, Pedro Augusto Rocha. Evolução histórica da arbitragem e sua aplicação no Brasil. Disponível: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12294. Acesso em: 24/10/2022.

CAMPOS, Pedro Augusto Rocha. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, p.21-31, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHAVES, Isadora Costa. *Da cláusula compromissória nos contratos brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

DIAMVUTU, Lino. O princípio da competência-competência na arbitragem voluntária. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em 12 de outubro de 2009. Disponível em: arbitragem.pt/estudos/Kompetenz-Kompetenz.doc. Acesso em: 24/10/2022

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 277-289, abr. 2006. DTR\2006\225.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SAMPAIO, Rui Carneiro. Cláusula compromissória e contratos nulos: breves anotações sobre a autonomia e a conservação do contrato. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 14, p. 9-24, nov. 2010.

LA LAINA, Roberto Gonçalves. *A cláusula compromissória na dogmática civil contemporânea*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo, 2014.

LEMES, Selma. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Disponível: http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri20.pdf. Acesso em: 24/10/2022.⁵⁰³

LEMES, Selma. Princípios e origens da lei de arbitragem. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 51, p. 32-35, out. 1997. Disponível: http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri16.pdf. Acesso em: 24/10/2022.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. O STJ, as medidas anti-arbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9307/1996 – Comentários às decisões da MC 17.868/BA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 9, v. 32, jan-mar. 2012.

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.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JR., Nelson. Julgamento arbitral por equidade e prescrição. *Revista de Direito Privado*, ANP 12, n 45, jan-mar. 2011.

PENDELL, Guy. The Brazilian dispute with the “close” connection to England and Wales, *Kluwer Arbitration*, blog., 10/08/2012. Disponível: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/10/the-brazilian-dispute-with-the-‘close’-connection-to-england-wales>. Acesso em: 24/10/2022.

PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da convenção de arbitragem – Adoção do princípio *kompetenz-kompetenz* no Brasil. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em*

⁵⁰³Artigo publicado na *Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje*, v. VII, p. 31 a 57, 1991; na *Revista dos Tribunais*, v. 686, p. 73/89, dez. 1992; e na *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal v. 115, p. 441/468, jul.-set. 1992.

homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007.

RODOVALHO, Thiago; TRIPODI, Leandro. Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infraestrutura: uma análise do caso jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 227, p. 363, jan. 2014.

STOCCO, Guilherme Franco. *Arbitragem e o princípio kompetenz-kompetenz*. Curitiba. Monografia – Universidade Federal do Paraná. Orientação Eduardo Talamini, 2014.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem por eqüidade ou de direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível: <http://jus.com.br/artigos/6839>. Acesso em: 24/10/2022.

UNCITRAL. Arbitration Rules (2021). Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf. Acesso em: 24/10/2022.

ARBITRAGEM NO CONTRATO DE SEGURO E DE RESSEGURO: ESTÁGIO ATUAL NO BRASIL

Walter A. Polido

Resumo

Breve relato a respeito do estágio de desenvolvimento do sistema multiportas de solução de conflitos em relação aos contratos de seguros no mercado brasileiro. No resseguro, a arbitragem constitui a “*lex mercatoria*” inquestionável, adotada internacionalmente e também no Brasil.

Na comemoração dos 26 anos da Lei de Arbitragem no Brasil, não há como festejá-la no âmbito dos contratos de seguros. A sua aplicação é muito singela, praticamente nula no segmento. O referido meio adequado de solução de conflitos ainda não foi acolhido como deveria ser pelo mercado de seguros nacional e persistem várias justificativas para a manutenção deste cenário: (a) *falta de cultura sobre o instrumento no meio segurador*; (b) *preconceito dos operadores do Direito que atuam na área*; (c) *percepção irreal acerca do custo que envolve o instrumento*; (d) *apreço à judicialização tradicional, cobijada fonte de honorários advocatícios de grande escala e de recursos processuais quase intermináveis, apesar da edição do novo Código de Processo Civil ocorrida em 2015*. Não pode ser desprezado, ainda, o fato de o Judiciário acolher e referendar número expressivo de pedidos de impugnação de sentenças arbitrais⁵⁰⁴, qual um movimento de freio no sistema, protagonizando uma visão anacrônica, quase revanchista e mesmo com viés corporativista, sem nenhum sentido e praticidade, sequer em face da promoção da justiça no país. A demora patológica encontrada no atendimento jurisdicional pelo Estado-Juiz, causa ainda

⁵⁰⁴ Ver: Cresce o número de sentenças arbitrais anuladas pela Justiça. Consultor Jurídico, 26 de março de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/cresce-numero-sentencas-arbitrais-anuladas-justica>> Último acesso em 20 outubro de 2022. | Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência, por José Rogério Cruz e Tucci. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia> Último acesso em 20 outubro de 2022.

maior perplexidade em relação ao número de sentenças arbitrais anuladas. No tocante particularmente à imparcialidade do árbitro, fonte recorrente de pedidos de impugnação de sentenças, destaca-se a doutrina mais refinada acerca do fato de que o dever de revelação não se confunde com a imparcialidade e constitui apenas mais um elemento a ser considerado na análise da “aparência” de parcialidade. *“Referida aparência, no entanto, pode ser afastada mediante provas”*, na preleção de Carlos Elias⁵⁰⁵. O momento de impugnar o árbitro, inclusive, também desponta como fator de suprema relevância nessa seara e, não acontecendo na fase inicial da nomeação, a norma preconiza que a parte interessada “deverá fazê-lo *na primeira oportunidade* que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”, nos termos do artigo 20, da Lei 9.307/1996. A apresentação do pedido após a prolação da sentença, pode denotar espécie de “reserva intelectual” da informação ou, mais precisamente, da pretensão de impugnar, qual um mecanismo recursal inexistente, utilizado indevidamente e apenas no caso de a decisão ser desfavorável à parte impugnante. Apesar das justificativas que têm promovido o distanciamento do mercado de seguros do sistema multiportas, pode-se afirmar que elas são *relativas* e não resistiriam a um procedimento analítico mais apurado em várias situações concretas. De toda a forma, o enfrentamento das questões que envolve o tema precisa ser promovido pelo próprio mercado de seguros, voluntariamente.

Nos seguros de massa, nos quais a frequência de sinistros é a tônica, não se questiona o fato de a arbitragem poder se mostrar ineficaz, sendo que deveria prevalecer, no caso, a *mediação* como instrumento de resolução de conflitos, mas também ela ainda não tem aplicação expressiva no mercado de seguros nacional. A judicialização, desde sempre, prevalece de forma absoluta. Conforme Eleonora Coelho, *“a cultura da solução do litígio envolve quase sempre delegar essa tarefa ao Poder Judiciário – e, na maioria dos casos, a intervenção do juiz togado é buscada como meio de impor a vontade de uma parte à outra e não como meio de auxiliar o diálogo”*⁵⁰⁶.

A mediação, assim como a arbitragem, pode acelerar as soluções de conflitos, diminuindo os custos, além de propiciar a real efetividade dos contratos de seguros, os quais têm como objetivo fundamental a manutenção da

⁵⁰⁵ ELIAS, Carlos. Imparcialidade dos Árbitros. São Paulo: Almedina, 2021, p. 221.

⁵⁰⁶ COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira. SALOMÃO, Luis Felipe. (coords). Arbitragem e Mediação. A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

indenidade do segurado e de forma tal que as suas atividades não sejam interrompidas por tempo alongado. A demora na solução do litígio, se for em demasia, além de desconfigurar a citada função primordial do contrato de seguro, ou seja, *manter o segurado indene uma vez sobrevivendo o sinistro*, produz não só injustiça, como também a possibilidade de motivar a descontinuidade da atividade do segurado, em razão da sua paralização em mercados competitivos e oportunistas. Não há espaço aberto nos mercados capitalistas contemporâneos e a concorrência preenche todos eles, rapidamente. As indenizações do seguro devem, também por essa razão, ser liquidadas com presteza. Um processo judicial que pode perdurar por dez anos ou mais, não se coaduna de forma alguma com a função garantidora ínsita no contrato de seguro. Este acontecimento, particularmente encontrado no país, desconfigura a *promessa de segurança* e de *prevenção* também contidas no referido contrato. A *expectativa de confiança* acerca do referido instrumento garantidor de interesses legítimos, cai por terra e o seguro deixa de ser eficaz, uma vez desprestigiada a sua essência. A *confiança*, inclusive, se pauta na certeza da indenização pronta, uma vez sobrevivendo o sinistro referente ao risco predeterminado no contrato de seguro.

Diante das considerações apresentadas nos parágrafos iniciais neste texto, se torna desnecessário enfatizar a urgência de o mercado de seguros abrir o leque de opções para a resolução de conflitos, dentro daquilo que se convencionou chamar de *sistema multiportas*, sendo que mais de uma opção pode protagonizar numa mesma situação concreta. O mais importante é acelerar a solução, encurtando o prazo para a prestação da indenização ao segurado, se devida pelos termos e condições avençados no contrato. Nesses termos, as *ouvidorias* das seguradoras têm prestado papel significativo e inicial, conforme a alçada que lhes compete, mas já numa segunda instância, estabelecida com base em valor ou de assunto em discussão, a *mediação* deveria ser maximizada no setor, antes mesmo de aguardar a judicialização dos casos. As decisões sobre sinistros, uma vez circunscritas ao departamento competente tão somente, têm se apresentado como fonte frequente de conflitos, sendo que um número expressivo deles acaba ensejando a propositura de ação judicial por aqueles segurados inconformados com as posições das seguradoras, nem sempre conformes ao Direito. Antes mesmo que essa fonte produza seus efeitos indesejáveis, até porque representam despesas significativas para as seguradoras, o instituto da mediação poderia ser o remédio eficaz, reduzindo custos e tempo

para a solução das pendências. Questão cultural do mercado de seguros brasileiro e que precisa ser enfrentada objetivamente. Tanto na mediação como na arbitragem, uma das vantagens que se destaca, notadamente para o campo da seguradora, o fato de os conflitos poderem ser decididos por *profissionais conhecedores das matérias* que envolvem os seguros. O convencimento dos segurados acerca dessa mesma vantagem, não parece ser uma tarefa de difícil empreendimento, especialmente quando ela é auxiliada pelo intermediário profissional, o *corretor de seguros*. A ele a missão de informar o seu cliente acerca do meio mais adequado e célere para a resolução do eventual conflito surgido no contrato de seguro.

Convém destacar, neste ponto do texto, o aparente impedimento que pode existir quanto a adoção da mediação e arbitragem nos contratos de seguros, até mesmo motivado pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que ele veta e sob a *condição de cláusula abusiva, a determinação da utilização compulsória da arbitragem*, conforme o disposto no inciso VII, do art. 51. Uma vez enquadrados na categoria dos *contratos de adesão*, os de *seguros massificados* não podem, em tese, apresentar a arbitragem e também a mediação, como condição predeterminada e única para a solução de eventual conflito na apólice. O destaque para a expressão “seguros massificados” é proposital, na medida em que nem todos os contratos de seguros são de adesão, mormente aqueles representados pelos chamados *grandes riscos*⁵⁰⁷. Com o advento da Lei de Liberdade Econômica (n.º 13.874/2019), a Superintendência de Seguros Privados (Susep) e o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), promoveram um processo de revisão, atualização e redução do estoque regulatório do mercado de seguros, com especial destaque na prerrogativa de as seguradoras estipularem as condições contratuais dos diferentes tipos de seguros no país (de danos e de pessoas). No tocante aos seguros de danos, da categoria “massificados”, as normas concernentes estão previstas nas Circulares Susep n.º 620 de 29 de dezembro de 2020 e 601, de 12 de fevereiro de 2021, sendo que para os seguros de

⁵⁰⁷ Estão classificados sob essa categoria os ramos de Riscos do Petróleo; Riscos Nomeados; Riscos Operacionais; Global de Bancos; Aeronáuticos; Marítimos; Nucleares; Crédito Interno e Crédito à Exportação para segurados pessoas jurídicas. Além desses ramos, são considerados sob a rubrica de “grandes riscos”, também os seguros de qualquer ramo cujo limite de garantia seja superior a R\$ 15 milhões ou o ativo total do segurado seja superior a R\$ 27 milhões ou o faturamento bruto anual superior a R\$ 57 milhões de reais, conforme a Resolução CNSP n.º 407/2021, artigo 2º. Os grandes riscos são considerados *contratos paritários*, ou seja, as condições contratuais podem ser livremente pactuadas entre os segurados e as seguradoras (art. 4º da citada Resolução).

grandes riscos as regras estão determinadas na Resolução CNSP n.º 407, de 29 de março de 2021. Nos seguros de pessoas, as normas estão previstas na Circular Susep n.º 667, de 04 de julho de 2022. Este processo de flexibilização e de liberdade de atuação das seguradoras, representa um fenômeno nunca antes experimentado pelo mercado de seguros nacional, sendo que este sempre esteve atrelado a produtos de seguros padronizados pelo Estado, quer pelo ressegurador único no regime de monopólio de resseguro (1939-2007), quer no período da pós-abertura (2007-2020), sob as determinações estritas da Susep. Impende destacar, neste novo cenário regulatório, o fato de o Conselho Nacional de Seguros ter indicado expressamente a seguinte norma, conforme a Resolução n.º 407/2021 daquele Conselho, no artigo 27: *“As partes envolvidas deverão pactuar e definir formalmente, nas condições contratuais do seguro, se utilizarão a mediação, a arbitragem ou outra forma de resolução dos litígios”*. No parágrafo único, do mesmo artigo, o CNSP preconizou mais o seguinte: *“Quando firmada convenção de arbitragem, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral deverão ser redigidos de forma clara e objetiva, dispondo preferencialmente acerca da câmara arbitral escolhida livremente pelas partes”*. A referida normatização se aplica aos seguros de *grandes riscos*, sendo que para os *seguros massificados* a Susep nada apresentou a respeito. Talvez com vistas na proibição contida no CDC, o Órgão Regulador preferiu silenciar no tocante aos seguros de massa, deixando para cada seguradora a análise das possíveis situações extraordinárias. Convém lembrar que o disposto no artigo 51, inciso VII, do CDC, proíbe apenas a determinação *compulsória* da arbitragem no contrato de seguro de adesão. Desse modo, nada impede que haja a *livre pactuação das partes*, também nessa categoria de seguros, determinando a utilização da mediação ou da arbitragem em seguros massificados. É pouco provável que ocorra este tipo de negociação nos seguros com valores de garantia inferiores, mas ela não é impraticável e também pelo fato de que na maioria dos ramos de seguros com limites de garantia de até R\$ 15 milhões, eles são considerados “massificados”, sendo a mediação ou a arbitragem perfeitamente exequível. De todo modo, para que o referido pacto tenha validade jurídica, o segurado tem de anuir expressamente, cuja convenção deve fazer parte do contrato de seguro de maneira inequívoca. Não há que se cogitar da *anuência tácita* neste particular. Minimamente, na hipótese de o segurado ter silenciado a respeito, a eficácia da cláusula compromissória, se existente, ficará suspensa, até ocorrer a concordância

expressa do segurado. A anuência do segurado não é substituída pelo corretor de seguros, mero intermediário, salvo se ele estiver instituído como representante legal daquele. Com base nessa teoria e colmatando o exposto, Viviane Teodoro aduz o seguinte: “*desde que se proteja a parte mais fraca contra os possíveis efeitos danosos da unilateralidade contratual, não há que se falar em abusividade da cláusula arbitral, o que vai ao encontro, inclusive, do disposto do § 2º, do artigo 4º, da Lei de Arbitragem, que prevê condições especiais de forma às cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de adesão*”⁵⁰⁸. Nesta senda, convém destacar que nem todo contrato de seguro, ainda que enquadrado no campo dos *seguros massificados*, especialmente aquele que se encontrar abaixo da régua dos 15 milhões de reais de limite segurado, poderá ser perfeitamente classificado sob a condição de *contrato de adesão*, precisamente um *contrato de consumo* e sob a presunção da hipossuficiência do segurado em face da seguradora. A inteligência subjacente não pode ser aplicada ou simplesmente entendida sob condições estritamente rígidas, intransponíveis. Rodovalho pontua precisamente sobre este ponto nevrálgico, afirmando que “*não se deve <<presumir>> sempre o abuso - especialmente quando não estivermos diante de um desequilíbrio de forças (contratante-aderente débil)*”⁵⁰⁹. Um contrato de *seguro empresarial*, negociado com a intermediação de corretor de seguros, apresentando limite de garantia na ordem de R\$ 14 milhões e já na décima renovação com a mesma seguradora, certamente não pode ser considerado um mero *contrato de consumo por adesão*, notadamente nos dias atuais, em face da liberdade de atuação das seguradoras concedida pela Susep, sendo que elas podem e devem oferecer modelos diversificados de coberturas de riscos, ainda que dentro de um mesmo ramo de seguro. Neste exemplo hipotético, ainda que se conclua, por hipótese, que houve uma má condução da negociação da décima renovação da apólice pelo corretor de seguros e determinando que se trata de um contrato de adesão em razão da presumida fragilidade do segurado, um *simples aderente*, este entendimento não pode ser acolhido sem qualquer questionamento, especialmente sob o domínio da razão. Questionar, neste particular, a validade da cláusula compromissória existente,

⁵⁰⁸ TEODORO, Viviane Rosalia. Arbitragem, seguro e sua complexidade de relações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 144.

⁵⁰⁹ RODOVALHO, Thiago. Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão. Contratos de adesão de consumo – Contratos de adesão civis – Contratos de adesão empresariais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 162.

após o décimo ano de sua renovação, equivaleria a fugir do campo da razoabilidade, sendo que o Direito propugna pela lógica. Prestigiaria, ainda, a aplicação da norma “consumerista” livremente e de maneira disfuncional ao seu sentido hermenêutico, sequer produzindo o bom Direito.

As vantagens que podem ser obtidas com a disseminação dos instrumentos da mediação e da arbitragem nas relações securitárias são concretas, notadamente, repise-se, em razão do tempo empreendido para a solução do conflito e a necessidade de o segurado ser atendido pela prestação indenizatória do contato de seguro. Conforme Mariulza Franco, “*a arbitragem não é modismo, nem panaceia, muito menos mera privatização da jurisdição*”⁵¹⁰, mas pode contribuir, incontestavelmente e sem qualquer tipo de concorrência com a jurisdição estatal, para a abreviação do tempo na solução de conflitos supervenientes nos contratos de seguros. Na preleção assertiva de Barrocas, “*no processo arbitral o que importa, acima de tudo, é resolver o litígio pelo modo mais célere e pela melhor forma que o árbitro ou árbitros designados possam fazer*”⁵¹¹. Este objetivo pode ser alcançado com maior facilidade na medida em que os árbitros escolhidos apresentarem grau satisfatório de conhecimento sobre o contrato de seguros ou de resseguro, dependendo do objeto da arbitragem. A mediação segue este mesmo entendimento.

Mais recentemente, discute-se também no Brasil, no sistema multiportas para a resolução de conflitos, o *dispute board* (ou comitê de resolução de conflitos). Originário dos EUA desde os anos 1960 e criado para a construção civil, conforme Poli e Ieiri⁵¹², acabou sendo adotado também para outras situações. Estabelecido inicialmente pelas partes e usualmente com três membros, os tipos de controvérsias que poderão ser submetidas ao Comitê, devem estar previstos nos termos do regulamento que será aplicado. Figueiredo e Salla indicam que “*pelos próprias características dos dispute boards, que correspondem a um comitê de prevenção e solução de controvérsias formado por técnicos especialistas no objeto da contratação, assuntos que são puramente jurídicos e*

⁵¹⁰ FRANCO, Mariulza. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura. In: LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (coords.) Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Frenando Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.

⁵¹¹ BARROCAS, Manuel Pereira. Estudos de Direito e Prática Arbitral. Coimbra: Almedina, 2017, p. 181.

⁵¹² POLI, Maria Juliana Candal. IEIRI, Marlon Shigueru Ushiro. Os *disputes boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros. SALLA, Ricardo Medina. (coord.) Manual de *Dispute Boards*. Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 446.

não envolvem qualquer discussão técnica não deveriam estar sujeitos ao mecanismo”⁵¹³. A Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 (Licitações), para exemplificar, apresenta capítulo específico sobre meios de resolução de conflitos, com expressa menção ao Comitê de Resolução de Disputas. Outros ordenamentos estaduais também já consagram o referido instrumento, conforme indicação de Malavazi⁵¹⁴. No que pertine aos contratos de seguros de grandes riscos e com vigência prolongada, assim como os de Riscos de Engenharia de obras de grande porte, como também Seguros Garantia para serviços de utilidade pública em concessão, o *dispute board*, em princípio, pode figurar como um instrumento aplicável, restando apenas resolver como seria a atuação dos membros do referido Comitê, até porque, tudo indica, eles não terão qualquer tipo de formação em seguros e sim na área objeto da construção e/ou dos serviços em concessão. Este ponto, de importância fundamental para a efetividade do instrumento no tocante aos eventuais conflitos securitários, não pode ser desprezado.

Se no contrato de seguro a questão envolvendo a arbitragem ainda constitui verdadeiro tabu a ser enfrentado pelo mercado de seguros nacional, o mesmo não acontece no tocante ao *contrato de resseguro*. Neste, em face de sua atipicidade e considerando-se ainda que ele é estabelecido de maneira paritária entre a seguradora-cedente e o ressegurador, ambos profissionais do setor, tem na *arbitragem* o procedimento único estabelecido pelas partes no tocante à resolução dos possíveis conflitos supervenientes. A praxis é internacionalmente aceita, sendo que dificilmente o contrato de resseguro é submetido à jurisdição estatal em qualquer parte do mundo. Desse modo, não se trata de procedimento ou prática desenvolvida pelo mercado de seguros brasileiro e sim *usos e costumes internacionais*, estabelecidos há muito mais tempo por outros países e mercados mais desenvolvidos do que o brasileiro em termos de resseguro. O Brasil esteve por longo período no regime de monopólio estatal do resseguro, mais precisamente de 1939 a 2007, sendo que o mercado foi aberto através da Lei Complementar n.º 126, de 15 de janeiro de 2007. No mercado fechado, as relações eram estabelecidas de maneira compulsória pelo ressegurador monopolista, sendo que os eventuais conflitos eram resolvidos, na maioria dos casos, de

⁵¹³ FIGUEIREDO, Augusto Barros. SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos Dispute Boards. In: FIGUEIREDO, Augusto Barros. SALLA, Ricardo Medina. (coord.) Manual de *Dispute Boards*. Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 67.

⁵¹⁴ MALVAZI, Leandro. Comitê de Resolução de Conflitos – *Dispute Board* em Seguros de Grandes Riscos. In: GALLO, Ronaldo Guimarães. POLIDO, Walter A. (coords). Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 214.

maneira consensual e raramente através do judiciário. A arbitragem, naquele período, não foi experimentada no país, sendo que a situação anômala acabou deixando o mercado de seguros brasileiro fora da realidade encontrada nos outros mercados internacionais. A ausência do referido procedimento, inclusive, acabou influenciando, negativamente, na possível aplicação do mecanismo de resolução de conflitos também no mercado de seguros direto, mesmo após a edição da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (lei da arbitragem). Com a promulgação da citada lei e até o ano de 2007, o regime de resseguro fechado não experimentou a arbitragem no país, repise-se, passados onze anos de convivência entre o referido instrumento de solução de conflitos e as operações de resseguro. Não se pode afirmar, contudo, que conflitos não ocorreram entre as cedentes e o ressegurador monopolista no mesmo período.

Não há hipossuficiência entre seguradoras-cedentes e resseguradores, ambos profissionais do setor de seguros, sobre os quais recai o *princípio da empresarialidade*, impondo responsabilidades maximizadas a todos e estritamente profissionais, sem espaço para o amadorismo. Não há, tampouco, aderência nos contratos de resseguro, sendo que os termos e condições são estabelecidos de comum acordo pelos celebrantes interessados. *“Como o poder de negociação é bastante balanceado entre duas partes conhecedoras, o contrato de resseguro não pode ser considerado um contrato de adesão”*, na preleção de Reinarz, Schloss, Patrick e Hensicki⁵¹⁵. Cabe às partes, portanto, o livre estabelecimento das regras contratuais e conforme os interesses e as necessidades a serem resseguradas.

⁵¹⁵ REINARZ, Robert C. SCHLOSS, Janice O. PATRICK, Gary S. KENSICKI, Peter R. Reinsurance Practices. v. I. USA: Insurance Institute of America, 1990, p. 16.

A arbitragem, no contexto do resseguro, decorre da *internacionalidade* da operação e não deve sofrer nenhum tipo de restrição nesta área⁵¹⁶. Com este olhar, o ordenamento jurídico vigente assegura a prerrogativa das partes quanto ao estabelecimento, *voluntário*, inclusive da *arbitragem estrangeira*⁵¹⁷, apesar de esta hipótese ser extremamente remota e mesmo desnecessária, uma vez que a fonte primária do resseguro é o próprio contrato, na condição de *contrato-lei*, sendo que ele foi estabelecido no Brasil e para os interesses aqui localizados. Mas a liberdade de escolha, repise-se, não pode ser cerceada, em nenhuma hipótese, sob pena de subverter a ordem jurídica regente no resseguro e também na lei brasileira de arbitragem, de aplicação geral. O mercado de seguros brasileiro, desde a desmonopolização do setor, está interconectado com os demais mercados de resseguro livres. Deve permanecer desta forma, sem qualquer tipo de interferência impositiva legal, de natureza meramente ideológica e transvestida de aparente proteção da *ordem econômica pública*, sendo que de fato este tipo de paradigma não se coaduna com o tema resseguro. Olavo Baptista, com clareza solar sobre a *ordem pública* e referindo-se a ela com o viés de possível *barreira econômica* dentro do direito internacional, aduz: “*seu conteúdo sendo, sempre, político, ideológico, econômico e moral, é relativo*”⁵¹⁸. Qualquer proposta pretensamente justificadora de algum tipo de retrocesso na

⁵¹⁶ No parecer sempre muito técnico da professora Selma Lemes: “*não se mostra apropriado o PL abordar a questão de forma a retirar a liberdade na indicação da lei aplicável prevista na Lei de Arbitragem, especialmente considerando o caráter internacional que a atividade de seguros possui em razão de suas peculiaridades*”. Representando o Comitê Brasileiro de Arbitragem, CBAr, durante a audiência pública na sala da comissão da Câmara do Congresso Nacional, em 13.12.2016, ao tratar do PL 3.555/2004 (apensados os PL 8.034/2010 e PL 8.290/2014). Matéria encontrada no Valor Econômico: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2017/08/18/a-arbitragem-no-projeto-de-lei-de-seguros.ght> ml> Último acesso em 20.10.2022. Ver, também, LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem e Seguro. In: WALD, Arnoldo. (org) *Doutrinas Essenciais. Arbitragem e Mediação*. v. IV, São Paulo: RT, 2014, p. 1315-1328. | POLIDO, Walter. Do Contrato de Seguro Privado. Considerações sobre o PL 8.034/2010, o qual aperfeiçoou o PL 3.555/2004, *Cadernos de Seguro n. 168*. Rio de Janeiro: Funenseg, set/out de 2011, p. 28-35. POLIDO, Walter A. Arbitragem no Contrato de Resseguro. In: GALLO, Ronaldo Guimarães. POLIDO, Walter A. (coord.). *Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 391-419. N.A.: Os PL's citados foram substituídos pelo atual Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 29 de 2017, aprovado naquela casa e encaminhado ao Senado. No tocante à matéria arbitragem, o PLC 29/17 preconiza o que se segue, sem mudar a essência dos termos encontrados nos PL'S anteriores: “*Art. 63. A resolução de litígios por meios alternativos não será pactuada por adesão a cláusulas e condições predispostas, exigindo instrumento assinado pelas partes, e será feita no Brasil, submetida ao procedimento e às regras do direito brasileiro. Parágrafo único. O responsável pela resolução de litígios é obrigado a divulgar, em repositório de fácil acesso a qualquer interessado, os resumos dos conflitos e das decisões respectivas, sem identificações particulares*”.

⁵¹⁷ Lei n.º 9.307, de 23.09.1996 e o disposto no artigo 38 da Resolução CNSP n.º 168, de 17.12.2007.

⁵¹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex, 2010, p. 72.

operação livre do resseguro no país, não consegue sobrepor os ganhos reais advindos desde a emancipação conquistada a partir da desmonopolização ocorrida em 2007, a qual fechou um ciclo de aproximadamente setenta anos de mercado isolado e *estagnado*, mormente em relação ao conhecimento de resseguro, agora livre e em expansão acentuada. A quem interessaria, de fato, a promulgação de uma lei modificando o cenário atual, de livre concorrência entre as partes e sob o império da pluralidade de ofertas e de precificação do resseguro, retrocedendo no tempo?! Impende destacar, neste particular, que o fator tempo, mais precisamente o período compreendido entre a abertura em 2007 e o momento atual, se apresenta como o principal argumento contrário a qualquer tipo de ingerência legislativa no setor, até porque o mercado caminhou, até aqui, sem qualquer tipo de sobressalto e tampouco sinalizou algum tipo de interferência necessária. O resultado é extremamente positivo, desde a abertura.

A arbitragem em resseguro, é necessário mencionar, se limita às partes do contrato, seguradora-cedente e ressegurador, não interferindo diretamente no interesse do(s) segurado(s). Têm prevalência as questões relacionadas à operacionalização em si do resseguro, sem desconsiderar as possíveis discussões acerca da cobertura de determinado sinistro.

Finalizando este texto, a importância dos meios adequados de solução de conflitos multiportas é indiscutível na atividade de seguros, embora não protagonizem, ainda, no mercado de seguros brasileiro. Para este *status quo* ser rompido, o enfrentamento dessa questão deve ser promovido pelas diferentes entidades de classe, escolas, universidades, câmaras de mediação e arbitragem. De qualquer maneira, as seguradoras representam o principal agente desse movimento e cabe a elas a mudança de postura e de paradigma. O tema precisa ser ampliado nas discussões dos diferentes congressos, seminários e eventos diversos promovidos pelos diferentes agentes do mercado.

Referências Bibliográficas

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex, 2010.

BARROCAS, Manuel Pereira. Estudos de Direito e Prática Arbitral. Coimbra: Almedina, 2017.

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira.

SALOMÃO, Luis Felipe. (coords). Arbitragem e Mediação. A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSULTOR JURÍDICO: Cresce o número de sentenças arbitrais anuladas pela Justiça. Consultor Jurídico, 26 de março de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/cresce-numero-sentencas-arbitrais-anuladas-justica>> Último acesso em 20 outubro de 2022.

CONSULTOR JURÍDICO: Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência, por José Rogério Cruz e Tucci. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia>> Último acesso em 19 outubro de 2022.

ELIAS, Carlos. Imparcialidade dos Árbitros. São Paulo: Almedina, 2021.

FIGUEIREDO, Augusto Barros. SALLA, Ricardo Medina. Conceituação dos Dispute Boards. *In*: FIGUEIREDO, Augusto Barros. SALLA, Ricardo Medina. (coord.) Manual de *Dispute Boards*. Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 202.

FRANCO, Mariulza. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura. *In*: LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. (coords.) Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Frenando Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem e Seguro. *In*: WALD, Arnoldo. (org.) *Doutrinas Essenciais. Arbitragem e Mediação*. v. IV, São Paulo: RT, 2014.

MALAVAZI, Leandro. Comitê de Resolução de Conflitos – *Dispute Board* em Seguros de Grandes Riscos. *In*: GALLO, Ronaldo Guimarães. POLIDO, Walter A. (coords). Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

POLI, Maria Juliana Candal. IEIRI, Marlon Shigueru Ushiro. Os *disputes boards* como ferramenta de administração contratual eficaz na prevenção de litígios em contratos de construção. *In*: FIGUEIREDO, Augusto Barros. SALLA, Ricardo Medina. (coord.) Manual de *Dispute Boards*. Teoria, prática e provocações. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

POLIDO, Walter A. Arbitragem no Contrato de Resseguro. *In*: GALLO, Ronaldo Guimarães. POLIDO, Walter A. (coord.). Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguros. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

POLIDO, Walter. Do Contrato de Seguro Privado. Considerações sobre o PL 8.034/2010, o qual aperfeiçoou o PL 3.555/2004, *Cadernos de Seguro n. 168*. Rio de Janeiro: Funenseg, set/out de 2011, p. 28-35.

REINARZ, Robert C. SCHLOSS, Janice O. PATRICK, Gary S. KENSICKI, Peter R. Reinsurance Practices. v. I. USA: Insurance Institute of America, 1990.

RODOVALHO, Thiago. Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão. Contratos de adesão de consumo – Contratos de adesão civis – Contratos de adesão empresariais. São Paulo: Almedina, 2016.

TEODORO, Viviane Rosalia. Arbitragem, seguro e sua complexidade de relações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MEDIAÇÃO INTERPOSTA NO PROCESSO ARBITRAL: HIPÓTESES DE CABIMENTO

Evelyn R. Araújo Barreto de Souza

Doutora e Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Profissional de Resolução de Disputas atuando preponderantemente na dispensa de altos executivos (*c-levels*) em sua maioria expatriados no Brasil. Coordenadora Acadêmica da Escola CAMES - Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada e Professora das disciplinas Meios Adequados de Resolução de Conflitos e Direito Internacional na Universidade Anhembi Morumbi (UAM), também é docente responsável pelo “Núcleo de Estudos de Mediação e Arbitragem da Universidade Anhembi Morumbi” – NEMA/UAM. E-mail: evelyn.barreto@comesbrasil.com.br

Fernando Muniz Shecaira

Doutorando (2024) e Mestre (2019) em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo, bacharel em Direito (2015) pela mesma instituição. Pesquisador e Docente de Processo Civil, Acesso à Justiça e Meios Adequados de Resolução de Disputas. Advogado orientador do Departamento Jurídico XI de Agosto – Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade de São Paulo. Assistente no Núcleo de Estudos de Mecanismos de Solução de Conflitos – NEMESC/USP. Professor Coordenador do Núcleo de Estudos de Mediação e Arbitragem da Universidade Anhembi Morumbi – NEMA/UAM. Profissional de Resolução de Disputas. E-mail: fms@shecaira.com

1. Introdução.

A visão ocidental de justiça esteve intrinsecamente ligada à atuação do Poder Judiciário, o que acabou por imprimir ao processo judicial precedência temporal e prevalência cultural sobre qualquer outro meio de resolução de conflitos⁵¹⁹.

⁵¹⁹ Tal visão, fez com que os métodos de solução de conflitos extrajudiciais no Brasil – em um primeiro momento - tenham sido designados como “*métodos alternativos de solução de conflitos*”, ou seja, métodos alternativos à utilização do Poder Judiciário ou do processo judicial. Atualmente, a nomenclatura mais utilizada – principalmente pós Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça de 2010 – é meios adequados de resolução de conflitos.

Contudo, segundo Kant⁵²⁰, “a justiça impõe-se a todos como uma reflexão permanente”.⁵²¹ Assim, de tempos em tempos, as sociedades passam por períodos de revolução e evolução, a fim de adequar a permanência do presente às perspectivas do futuro⁵²².

Tal revolução e evolução também é sentida no campo de resolução de disputas, que delegou ao direito a função de “ordenação dos conflitos”⁵²³ a depender do grau de complexidade atingido por cada sociedade.

Nas últimas décadas, a revolução das tecnologias de informação e de comunicação provocaram a intensificação dos fluxos migratórios e da mobilidade humana, em geral, o que demanda reflexões jurídicas novas e específicas sobre as relações humanas⁵²⁴ e é exatamente neste contexto que se insere a questão da adequação ou do desenvolvimento de mecanismos de resolução de disputas aptos a atender conflitos específicos, tais como os dos trabalhadores/empregados estrangeiros altamente qualificados (executivos expatriados, por exemplo — *C-levels*) que migram de um país para o outro, em razão de contratos internacionais de trabalho.

O propósito temático do presente artigo é discutir e analisar como a mediação, enquanto método adequado de resolução de conflitos, pode ser útil no curso de uma arbitragem, buscando-se verificar uma janela de possibilidade para sua inserção e consequente utilização via hibridez.

Estabeleceremos — mesmo que brevemente — o desenvolvimento histórico e comparado da arbitragem e da mediação no Brasil, vez que o estudo

⁵²⁰ “[...] para Kant, a história humana é, antes de tudo, uma coleção de fatos sobre o que os seres humanos fizeram e passaram, cujo maior desafio é encontrar objetivos racionais que possam aferir ao homem, enquanto espécie, alguma inteligibilidade e principalmente um progresso futuro”. SOUZA, Evelyn R. Araujo Barreto. **Hospitalidade universal: as origens do processo de internacionalização dos direitos humanos à luz do direito cosmopolítico kantiano**, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021, p.46.

⁵²¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução: J. Rodrigues de Menege. Lisboa: Edições 70, 2007, p.178.

⁵²² ROSA, Beatriz Vidigal Xavier da Silveira; MATTAR, Cecília Patrícia e PINTO, Valéria de Sousa. **Arbitragem – Quando sentar-se à mesa não é opção**, In: BRAGA NETO, Adolfo (coord). **Justiça: reflexões sobre caminhos além do judiciário**. São Paulo: CLA, 2022, p.131.

⁵²³ “(...) se dois homens desejam a mesma coisa ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos (uma vez que) a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que o outro não possa também aspirar”. HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção: Os Pensadores, 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 74.

⁵²⁴ SOUZA, Evelyn R. Araujo Barreto. **Hospitalidade universal: as origens do processo de internacionalização dos direitos humanos à luz do direito cosmopolítico kantiano**, Op. Cit. p.15.

da história de todo e qualquer instituto jurídico é essencial para fornecer os elementos basais para a sua compreensão e aplicação na atualidade⁵²⁵.

Traremos, também, elementos indicadores da introdução do instituto da arbitragem e sua evolução em nosso país, deixando patente que a sua atual estrutura é o resultado do desenvolvimento de suas fases — desde os tempos mais remotos — adequadas às novas finalidades e ao atual contexto social.

A pergunta de pesquisa a que se pretende resposta é as contribuições da mediação para a melhor resolução possível de um processo arbitral em curso. Num primeiro momento, analisa-se brevemente o surgimento da mediação e arbitragem no Brasil e no mundo. Logo após, passa-se ao escrutínio da mediação como janela de oportunidade na arbitragem. Por fim, analisa-se há vantagens aferíveis na ampliação das tentativas de mediação para além do momento pré-arbitral.

A metodologia que será empregada no decorrer desse artigo é de exame crítico e revisão bibliográfica dos temas em comento, lançando-se mão da leitura de documentos de cunho doutrinário. Por fim, algumas considerações finais sobre o percurso analítico aqui travado, com enfoque na interposição da mediação no curso do procedimento arbitral.

2. Digressões acerca da arbitragem no Brasil: do passado “controvertido” à prática na atualidade

A Resolução n.º 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), provocou uma “virada epistemológica” no *modus operandi* do manejo das disputas no Brasil com a implementação do sistema multiportas⁵²⁶, propiciando uma verdadeira transfiguração do tratamento adequado dos conflitos em nosso país.

⁵²⁵ Nas primeiras linhas de “The Changing Structure of International Law”, FRIEDMANN, conecta de maneira inexorável o direito, a sociedade e a história. A partir dessa conexão estabelecida, somos levados a crer que o estudo do direito, particularmente do direito internacional, não pode prescindir do elemento histórico. FRIEDMANN, Wolfgang. **The changing structure of international law**. New York: Columbia University Press, 1964. p. 07.

⁵²⁶ Para uma melhor verificação acerca do desenvolvimento das soluções de resolução de conflitos à luz do sistema multiportas no Brasil recomenda-se: NETO, Adolfo Braga (coord). **Justiça: reflexões sobre caminhos além do judiciário**. Op. Cit.

Verdade é que a “miríade multiportas” visa a inaugurar um sistema de justiça nacional em consonância com o movimento de consideração dos meios extrajudiciais de resolução de disputas⁵²⁷.

Essa valorização — para além do corolário da própria Resolução n.º 125 de 2010 — pode ser facilmente notada nas manifestações acadêmicas e doutrinárias bem como na atualização e reforma de nosso ordenamento jurídico pátrio, que pode ser sentido tanto na reforma da lei de arbitragem como também no advento da lei de mediação e por fim na inserção de novos dispositivos no Código de Processo Civil que tiveram o condão de harmonizar essas implementações legais.

Kant ao propor a “Revolução Copernicana”⁵²⁸ no conhecimento humano, coloca o indivíduo no centro de seu próprio processo, ao revelar que não é a consciência que deve se adaptar as “coisas” e sim as “coisas” que devem se adaptar à consciência⁵²⁹.

⁵²⁷ “Disputas judiciais tendem a produzir vencedores e perdedores, mas raramente produzem soluções satisfatórias para os reais problemas das partes envolvidas. Em muitos casos, disputas judiciais têm resultados quase tão devastadores para os vencedores quanto para os perdedores, em custos possíveis de se calcular, como gasto de tempo, dinheiro com excessivos honorários de advogados e peritos técnicos, e outros não tão fáceis de estimar, como o custo de desviar a atenção e esforços de executivos e indivíduos de suas tarefas principais, perda de oportunidades e perdas decorrentes da deterioração de relacionamentos, seja no mercado ou no campo pessoal. A grande maioria das disputas em que normalmente nos envolvemos podem ser resolvidas em menor tempo e com menor custo, preservando relacionamentos importantes e estratégicos para o sucesso em um mercado competitivo, para a implementação de uma política pública, ou para se atingir um objetivo desejado”. FALECK, DIEGO. **Um passo adiante para resolver problemas complexos: Desenho de Sistema de Disputas**; In SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e SILVA, Paulo Eduardo Alves da: **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 73-74.

⁵²⁸ Conflitos sempre foram importantes para a evolução humana, assim como a análise aprofundada e o diálogo se encerram como binômio-chave para o efetivo deslinde de todo e qualquer impasse, seja ele individual ou coletivo. Em verdade, o processo civilizatório depende cada vez mais de reflexão que pavimente o caminho das decisões – e resoluções - futuras. Immanuel Kant tinha isso em mente quando promoveu a “Revolução Copernicana” no conhecimento humano ao deslocar o homem – enquanto “sujeito precípua do saber” – da periferia para colocá-lo no centro de toda e qualquer reflexão. Tal inversão metodológica, fez com que o homem se tornasse protagonista de seu próprio processo, de seu próprio pensar...”. SOUZA, Evelyn R. Araujo Barreto. **Breves apontamentos sobre o Desenho de Sistema de Disputas (DSD)**. In GALLO, Ronaldo Guimarães e POLIDO, Walter A. (coord): **Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguros: aplicação do sistema multiportas para o tratamento de conflitos no âmbito das relações securitárias e de resseguros**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022, p.77-78.

⁵²⁹ “Em seu prefácio à segunda edição da *Crítica*, Kant afirmava que até então se havia suposto que o nosso modo de conhecimento deve conformar-se aos objetos de nossa experiência. Esta suposição, afirmava ele, fora responsável pelo fracasso da metafísica. Ele resolveu, pelo contrário, sugerir o inverso: que os objetos da experiência devem conformar-se ao nosso modo de conhecimento. Esta inversão, afirmou ele numa expressão admirável, correspondia em termos filosóficos à substituição de um modelo heliostático de universo, feito por Copérnico. Para Kant, a questão era determinar a forma que o conhecimento devia assumir para tornar possível a experiência do mundo”. Cf. SHAMDASAN, Inatu Sonu: **C.G. JUNG: uma biografia em livros. Tradução de Gentil A. Titton**, Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 24.

Pode-se inferir, portanto, que a crença kantiana⁵³⁰ é no “indivíduo em si mesmo”, tal qual a Arbitragem e a Mediação enquanto métodos de resolução de conflitos, pois ambos⁵³¹ colocam o indivíduo no centro da resolução, em perfeita consonância com a dicção do artigo 6º do Código de Processo Civil que estabelece que “os sujeitos do processo devem cooperar entre si para se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Essa crença, outrossim, é a base da arbitragem e, vale dizer, de todos os demais meios adequados de resolução de conflitos: cabe às partes a decisão de como resolver as suas desavenças, não cabendo ao Estado senão o poder chancelador dessa decisão.

Ademais, nunca houve na legislação brasileira norma que expressamente proibisse a prática da arbitragem. Todavia, nota-se que a dificuldade dos operadores do direito no Brasil com o enfrentamento do tema seja oriunda de alguns pontos que passaremos agora a discorrer. Ela, ao contrário, era prevista tanto na Constituição do Império, quanto nas Ordenações Filipinas e manuelinas que a antecederam.⁵³²

Primeiro, detecta-se uma confusão muito comum no tocante ao princípio da *arbitrabilidade objetiva*: apenas direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto da arbitragem. E, ademais, direitos patrimoniais indisponíveis (esses sem possibilidade de arbitrabilidade) diferenciam-se dos direitos patrimoniais renunciáveis. Assim temos que, “direitos patrimoniais indisponíveis diferem de direitos irrenunciáveis. Direitos indisponíveis são normas direcionadas às partes e não exatamente normas de ordem pública absoluta”⁵³³.

⁵³⁰ “ (...) que o homem se torna protagonista no processo do conhecimento, inaugura uma nova era na Filosofia, na qual Kant foi o primeiro a despertar. E seria o primeiro a despertar, muitas vezes mais (...). Dentro do cenário propiciado pela Modernidade, o homem encontrou novo lugar no mundo, adquiriu novos contornos que o distinguiram de sua existência fechada e harmoniosa, conhecida desde a Antiguidade. Em outras palavras, o “homem kantiano” é livre das amarras do passado para poder descobrir sua própria humanidade. Kant talvez tenha sido o primeiro filósofo a definir o homem moderno como “autodefinidor”, ou seja, o homem a partir do qual as coisas devem se posicionar empiricamente na ordenação cósmica”. SOUZA, Evelyn R. Araujo Barreto. **Hospitalidade universal: as origens do processo de internacionalização dos direitos humanos à luz do direito cosmopolítico kantiano**, Op. Cit., p.25-26.

⁵³¹ Por óbvio guardadas as peculiaridades de cada método, haja vista que a mediação possui natureza autocompositiva e a arbitragem possui natureza adversarial (heterocompositiva), todavia em razão do movimento atual de customização dos ritos procedimentais, tais características se complementam e potencializam a resolução de determinadas disputas, como pretende se encetar neste artigo.

⁵³² ALMEIDA, Cândido Mendes de: **Código Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, Recopiladas por mandado del-Rey D. Philippe I., 16ª Ed.** Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Terceiro Livro, Título XVI, p. 578 e seguintes.

⁵³³ MARTINS, Sérgio Pinto: **Direito Processual do Trabalho. 27ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 64.

São, pois, excluídos da arbitragem questões que envolvam direitos da personalidade, o estado da pessoa, ou direito penal. Os consequentes direitos patrimoniais decorrentes desses direitos, entretanto, podem ser arbitrados, tais como partilha de bens decorrentes de um divórcio, ou, ainda, de reparação de danos causados por um crime.⁵³⁴

E, mesmo assim, os direitos patrimoniais precisam ser disponíveis, ou seja, esses direitos são passíveis de transferência, gratuita ou onerosa. Consequentemente, precisam as partes cujos direitos se pretendam arbitrar, que possuam não apenas capacidade de direito mas, também, capacidade de agir. São exemplos de direitos patrimoniais indisponíveis aqueles dos incapazes (crianças, adolescentes e interditados), bens fora do comércio e a boa parte dos direitos públicos. Da mesma forma, bens que não são passíveis de transacionar, não são arbitráveis – assim o é a arbitragem tributária, que, por inexistir proibição e em havendo possibilidade de transação tributária, é arbitrável no tocante aos juros e multa, mas não ao principal, ou seja, ao imposto devido.⁵³⁵

3. Notas sobre a utilização da mediação;

A mediação se insere no contexto brasileiro de resolução de conflitos chamado de sistema multiportas. Essa ferramenta para solução de litígios pode ser uma técnica mais propícia ao desenvolvimento de diálogo e transformação do conflito, como se verá a seguir.⁵³⁶

A mediação não pretende de forma alguma ser a chave para abrir todas as soluções possíveis para um determinado problema entre as partes. Funcionando de forma diferente, às vezes tentando construir uma ponte para manter relações conflituosas, podendo terminar a qualquer momento até que as partes se reconciliem. Por vontade própria, recorrem a outra forma de resolução de litígios – a arbitragem no caso da cláusula de mediação escalonada, ou mesmo judicial.

⁵³⁴ CAHALI, Francisco José: **Curso de Arbitragem**, 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 144 e 145.

⁵³⁵ CARMONA, Carlos Alberto: **Arbitragem e Processo: comentário à Lei n. 9.307/1996**, 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵³⁶ LORENCINI, Marco: **Sistema multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada**. In SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (orgs.): **Negociação, mediação e arbitragem: curso para programas de graduação em Direito**. São Paulo: Forense, 2012.

Há muito tempo se descreve a mediação como um *método alternativo de resolução de disputas*. Acredita-se que essa nomenclatura seja possível dada sua versão em inglês - *alternative dispute resolution* - mas o termo mais correto em uso há algum tempo é *método adequado de resolução de conflito*. Além de manter o sigilo e a celeridade em determinadas disputas, a mediação costuma ser uma ferramenta que traz mais resultados, conforme explicaremos a seguir.⁵³⁷

Inspirada em abordagens tradicionais e comunitárias de situações de conflito, a mediação pode ser considerada uma prática social que foi revista e explorada como um método estruturado de resolução de conflitos em países anglo-americanos em meados da década de 1970. Uma experiência foi realizada no Brasil em o final da década de 1990, que gerou o paradigma para a construção do que viria ser, no Brasil, a mediação.⁵³⁸

Sob a demanda de uma “justiça eficiente” deu-se o advento da Resolução n.º 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, propiciando verdadeira revolução no *modus operandi* do manejo de conflitos no Brasil, ao iniciar a implementação do sistema multiportas, que é, inicialmente, uma resposta ao anseio de um maior acesso à justiça, por meio da validação e incentivo de outras formas de resolução de disputas.

O desenvolvimento de práticas discursivas e narrativas de mediação, portanto, tem implicações para o fortalecimento ou restabelecimento de vínculos sociais por meio da avaliação dos sujeitos envolvidos em situações de conflito e da possibilidade de modificação de seu comportamento.

É importante lembrar que, durante a mediação, várias técnicas importantes irão permear todos os trabalhos, mas uma das mais importantes é a escuta ativa.

Essa técnica é importante na medida em que legitimará os sentimentos dos mediandos, além de dar valor aos seus legítimos interesses em

⁵³⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie: **Alternative and Appropriate Dispute Resolution in Context Formal, Informal and Semiformal Legal**. In COLEMAN, Peter; DEUTSCH, Morton; MARCUS, Wiley: **The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice**. University of California Irvine School of Law Research Paper, n. 2015-26, Hoboken, Wiley, 2014.

⁵³⁸ SHECAIRA, Fernando Muniz. **Mediação – Técnica autônoma ou alternativa?** In GALLO, Ronaldo Guimarães e POLIDO, Walter A. (coord). **Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguros: aplicação do sistema multiportas para o tratamento de conflitos no âmbito das relações securitárias e de resseguros**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022.

jogo na mesa de mediação, entendendo os indivíduos como pessoas capazes de ressignificar os seus conflitos de maneira autônoma.

Uma das principais obras acerca da escuta ativa e da comunicação não violenta é a de Marshall Rosenberg, pela qual ele esclarece, em brevíssima síntese, devermos sempre ouvir, tentar entender a mensagem por trás das palavras, e ao nos posicionarmos, tentarmos legitimar os sentimentos tanto nossos quanto dos outros, além de trazermos nossas necessidades e fazermos afirmações precisas e não generalizantes.⁵³⁹

E é nesse lugar em que se insere o papel do mediador. Da mesma forma que no processo civil tradicional, onde a mediação e o consenso devem ser sempre buscados pelo magistrado⁵⁴⁰, também o é verdade na arbitragem, para a qual aplicam-se, subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil brasileiro, em consonância com o art. 14 da Lei da Arbitragem.⁵⁴¹

Se, de um lado, no processo arbitral, as partes efetivamente escolheram o procedimento por livre e espontânea vontade, também podem elas escolher pela autocomposição na forma da mediação. E, dessa forma, pode o árbitro, escutando ativamente as partes, buscar propor a realização de uma sessão de mediação para dirimir o litígio, já homologando, por sentença arbitral, aquele acordo celebrado, formando, quase de imediato, um título executivo judicial, nos termos do art. 515 do Código de Processo Civil brasileiro.⁵⁴²

Ademais, o próprio Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 3º, §§ 2º e 3º aponta que o Estado deve buscar a qualquer tempo a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos, ao que se deu o nome de

⁵³⁹ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2021.

⁵⁴⁰ Código de Processo Civil brasileiro, art. 139 “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;”

⁵⁴¹ Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juizes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

⁵⁴² Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
VII - a sentença arbitral;

princípio da primazia da autocomposição, pelo qual “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.⁵⁴³

4. Conclusão

Tendo no horizonte o art. 3º, §§ 2º e 3º além do art. 139, V, todos do Código de Processo Civil brasileiro, e, também, o art. 14 da Lei de Arbitragem, vê-se que a previsão processual de primazia da autocomposição se estende para além do Processo Judicial e afeta, também, o Processo Arbitral.

Se não há impedimento para que as partes transacionem acerca de seus direitos arbitráveis, e, também, pelo Art. 5º, II da Constituição Federal aquilo que não for proibido por lei não pode ser motivo de obrigar alguém a tomar ou deixar de tomar determinada atitude, vê-se claramente que a mediação pode ser interposta no bojo do processo arbitral, determinando-se a sua suspensão até que se finalize a tentativa de autocomposição.

Nesse mesmo sentido, o novo dinamismo das sociedades contemporâneas obriga diuturnamente os profissionais de resolução de disputas e os operadores do direito — além das próprias partes — a revisitarem a “postura” puramente adversarial, atualizando seu pensamento e sobremaneira incentivando a aplicação de novas, eficientes e adequadas ferramentas na resolução de disputas.

Um sistema de resolução de disputas integrado e abrangente também deve ser um dos objetivos e uma condição necessária para convivência e ordenação humana, que em termos kantianos contribui para o progresso da humanidade e a evolução do gênero humano.

Tanto a mediação quanto a arbitragem podem ser lançadas à altura da jurisdição na consecução dos problemas sociais.

⁵⁴³ Conforme se vê no art. 3º do Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nesse sentido, é importante a sensibilidade do árbitro e a sua capacidade de analisar de que forma foi estabelecida a convenção arbitral, e se, pelas regras da câmara por onde atua, é possível interpor a mediação no curso de um procedimento arbitral, facilitando que as partes cheguem, elas mesmas, à solução mais adequada a seu conflito.

De outro lado, é necessário o Poder Judiciário reconhecer sua incompetência para julgar questões envolvendo esses – e outros – conflitos, quando as partes assim convencionam: já está positivado, basta o reconhecimento.

Por fim, uma grande vantagem da mediação realizada já no bojo de uma arbitragem é a sua quase imediata homologação por sentença arbitral, perfazendo, pois, um título executivo judicial nos termos da legislação processual.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Cândido Mendes de: **Código Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, Recopiladas por mandado del-Rey D. Philippe I., 16ª Ed.** Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

CAHALI, Francisco José: **Curso de Arbitragem, 7ª Ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto: **Arbitragem e Processo: comentário à Lei n. 9.307/1996, 3ª Ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FALECK, DIEGO. **Um passo adiante para resolver problemas complexos: Desenho de Sistema de Disputas; In SALLEs, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e SILVA, Paulo Eduardo Alves da: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FRIEDMANN, Wolfgang. **The changing structure of international law.** New York: Columbia University Press, 1964.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Coleção: Os Pensadores, 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Tradução: J. Rodrigues de Menege. Lisboa: Edições 70, 2007.

LORENCINI, Marco: **Sistema multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada.** In SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (orgs.): **Negociação, mediação e arbitragem: curso para programas de graduação em Direito.** São Paulo: Forense, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto: **Direito Processual do Trabalho. 27ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2007.

MENKEL-MEADOW, Carrie: **Alternative and Appropriate Dispute Resolution in Context Formal, Informal and Semiformal Legal.** In COLEMAN, Peter; DEUTSCH, Morton; MARCUS, Wiley: **The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice.** University of California Irvine School of Law Research Paper, n. 2015-26, Hoboken, Wiley, 2014.

ROSA, Beatriz Vidigal Xavier da Silveira; MATTAR, Cecília Patrícia e PINTO, Valéria de Sousa. **Arbitragem – Quando sentar-se à mesa não é opção,** In: BRAGA NETO, Adolfo (coord). **Justiça: reflexões sobre caminhos além do judiciário.** São Paulo: CLA, 2022.

ROSEMBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.** São Paulo: Ágora, 2021.

SHAMDASAN, Inatu Sonu: **C.G. JUNG: uma biografia em livros. Tradução de Gentil A. Tilton,** Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

SHECAIRA, Fernando Muniz. **Mediação – Técnica autônoma ou alternativa?** In GALLO, Ronaldo Guimarães e POLIDO, Walter A. (coord). **Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguros: aplicação do sistema multiportas para o tratamento de conflitos no âmbito das relações securitárias e de resseguros.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022.

SOUZA, Evelyn R. Araujo Barreto. **Breves apontamentos sobre o Desenho de Sistema de Disputas (DSD).** In GALLO, Ronaldo Guimarães e POLIDO, Walter A. (coord): **Resolução de Conflitos em Contratos de Seguros e Resseguros: aplicação do sistema multiportas para o tratamento de conflitos no âmbito das relações securitárias e de resseguros.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022.

_____. **Hospitalidade universal: as origens do processo de internacionalização dos direitos humanos à luz do direito cosmopolítico kantiano,** Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021.

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS E A ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO: BREVES REFLEXÕES

Felipe Kertesz Renault Pinto

Mestre em Direito Constitucional pela UFF e Doutor em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela UERJ. Professor do IBMEC/RJ e FGV. Sócio do Renault, Zattar, Da Gama e Rodrigues Pires Advogados. Coordenador de Direito Tributário da ESA – OAB/RJ.

Resumo

Este trabalho tem por objetivo apresentar algumas reflexões acerca da utilização da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos tributários.

Palavras-chave

Direito Tributário, métodos alternativos de solução de conflitos, arbitragem.

Abstract

This paper aims to present some thoughts on the use of arbitration as a mechanism for resolving tax conflicts.

Keywords

Tax Law, alternative methods of conflict resolution, arbitration.

Sumário

1. Introdução; 2. A realidade do contencioso tributário no Brasil; 3. Os métodos alternativos de soluções de conflitos e a arbitragem na seara tributária. 4.

Conclusão

1. Introdução

O sistema tributário de uma soberania, de um país, consiste, sobretudo, em se conciliar a necessidade arrecadatória necessária para financiamento do Estado Fiscal, com o melhor ambiente de criação, manutenção e desenvolvimento de negócios. A sociedade pós-moderna, cuja digitalização da economia se desenrola com escala nunca vista em nenhum fenômeno econômico, com ampla concorrência em âmbito interno e internacional, torna a eficiência e otimização do sistema como pressupostos de sobrevivência do público e do privado.

O sistema brasileiro, como será melhor demonstrado nessa pesquisa, não sofre duras críticas apenas pela complexidade e pluralidade dos seus inúmeros tributos, obrigações acessórias, tempo e custo de compliance, mas, também, e esse é o pano de fundo sociológico e cultural deste ensaio, mas da litigiosidade infundável e excesso interpretativo por parte dos Fiscos e Contribuintes, quedando de morte a confiança legítima e a segurança jurídica, vetores da inafastável previsibilidade das relações em um Estado Democrático de Direito.

Como tal fenômeno – litigiosidade excessiva – é marcante em todas as esferas da sociedade civil, temos hoje uma verdadeira sobrecarga de processos judiciais, tornando o judiciário um Poder distante do seu propósito e da sua função em essência, máxime pela lição “ *A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.* ”⁵⁴⁴

No primeiro tópico desta pesquisa nos valeremos das pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA e do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que demonstraram a catastrófica conta de custo e tempo que dura em média uma execução fiscal no Brasil, somada a taxa de congestionamento de 92% (noventa e dois por cento) desta medida judicial.

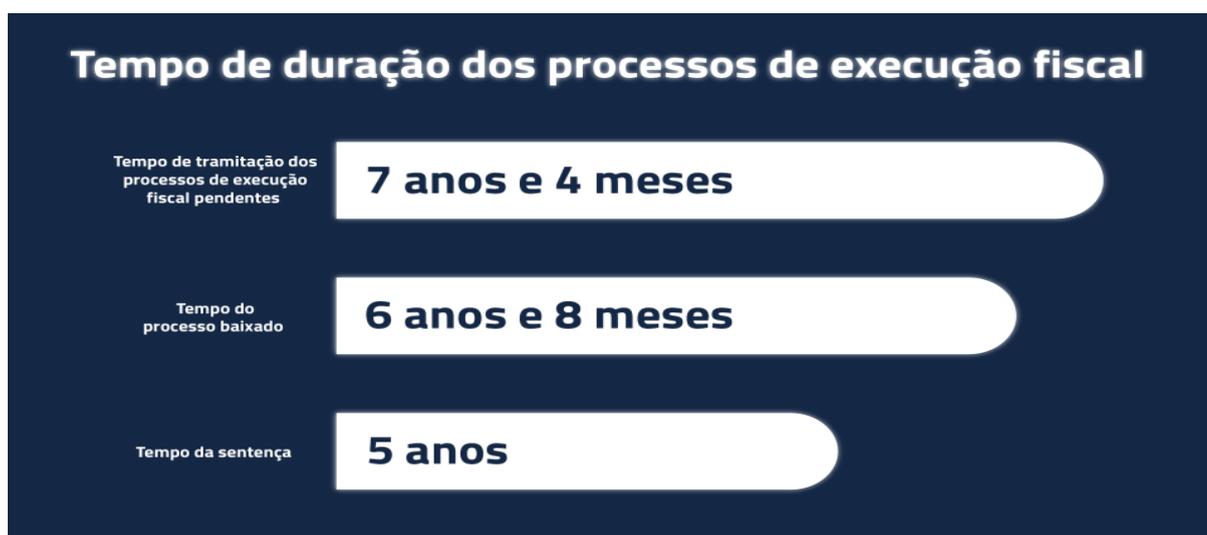
Ato sequencial, e de forma objetiva, partiremos para a análise dos principais pilares da arbitragem tributária como método alternativo de solução de conflitos, passaremos pelo exemplo português e seguiremos para a ponderação acerca de adotarmos tal solução processual também na seara tributária.

2. A realidade do contencioso tributário no Brasil

⁵⁴⁴ Rui Barbosa BARBOSA, R., Oração aos Moços, 1921.

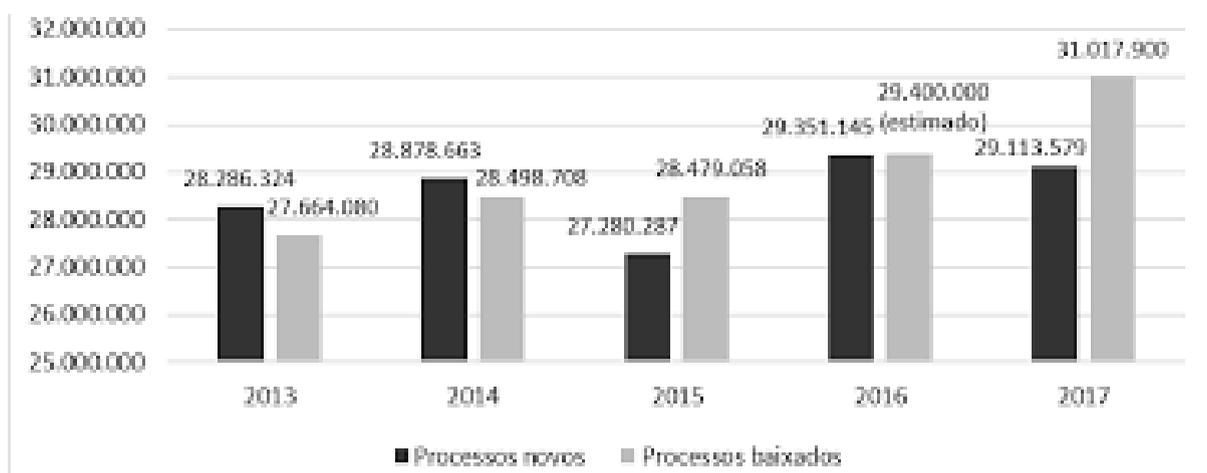
Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2011, concluiu que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67 (cinco mil, seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos). O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de apenas 25,8%.

Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça elaborou o relatório *Justiça em Números*, referente aos dados do judiciário em 2017, manteve-se o cenário caótico:



Fonte: Justiça em Números 2017

Matheus Durães / Arte CNI



Em 2020, a pesquisa do CNJ renovou os números, indicando que os executivos fiscais *“representam 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram concluídos. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%, a Justiça do Trabalho por 0,27% e a Justiça Eleitoral por 0,01%.”*⁵⁴⁵

O mesmo estudo demonstrou que mesmo que a justiça não recebesse mais nenhuma execução fiscal nova, a tendência é que seriam necessários mais 6 (seis) anos e 7 (sete) meses para liquidar o referido acervo. Interessante destacar que o estudo em tela não levou em consideração as medidas judiciais movidas pelos contribuintes, nem os processos administrativos fiscais, que igualmente avolumam os tribunais judiciais e administrativos.

3. Os métodos alternativos de soluções de conflitos e a arbitragem na seara tributária.

Conforme indicado nas pesquisas acima, a ineficiência dos meios processuais de resoluções de conflitos tributários é inegável. E como alternativa a tal realidade, e com grande impulsionamento no ordenamento jurídico brasileiro pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, instrumentos como a mediação, transação e arbitragem surgem como – potenciais - excelentes soluções para as contendas de natureza tributária.

A transação ganhou grande propulsão na esfera federal, pela Medida Provisória nº 899/2019, chamada de *“MP do Contribuinte Legal”*, bem como pela Lei nº 13.988/2020. A partir da sua previsão legal, referido instrumento vem sendo utilizado amplamente pelas Procuradorias federais, garantindo, em uma mão, formatos de pagamento viáveis, especialmente em meio a pandemia de COVID-19, e, em outra mão, a análise da situação concreta de cada contribuinte, inclusive para fins de concessão de eventuais reduções, traduzindo-se em sensível evolução em comparação com os parcelamentos extraordinários que em nada diferenciavam empresas saudáveis, de empresas em real dificuldade. Em que

⁵⁴⁵ Acessado em 27.02 em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>.

pese termos críticas ao modelo atual, com relação a outras questões, concordamos que foi um grande pontapé inicial.

Agora imergindo na nossa temática de fundo, e dentre as alternativas acima delineadas, temos a arbitragem, cuja inserção formal se dera por meio da Lei nº 9.307/96. A primeira pergunta cotidianamente presente quando da interseção entre arbitragem e direito tributário é: seria possível se acomodar o crédito tributário, cuja natureza indica a sua imperiosa indisponibilidade, no artigo 1º, do referido diploma legal? Para melhor visualização, veja-se a redação do aludido dispositivo: “*Art 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*”

Na largada, o que se nota é a inegável necessidade de atualização legislativa para introdução segura da arbitragem em matéria tributária. Note-se que iniciamos o presente texto tecendo críticas à plena insegurança notadamente presente nas relações tributárias. Iniciar um procedimento sem expressa previsão legal, seria navegar na contramão da premissa primeira – segurança jurídica - das relações entre Fisco e Contribuintes.

Quanto à possibilidade de ente público submeter à arbitragem seus litígios, não há qualquer margem de dúvidas pela análise do parágrafo 1º, do já citado artigo 1º, da Lei nº 9.307/96, na redação que lhe emprestara a Lei nº 13.129/2015. Veja-se: “*§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*”

Seguindo na análise do procedimento arbitral, merecem destaque princípios norteadores e balizadores, os quais, ao nosso ver, andam de mão dadas com os princípios encíclicos do processo tributário, seja ele administrativo, seja ele judicial, visto que convergem no sentido do devido processo legal, com todas as garantias processuais, ao direito de defesa e a produção de provas. Vejamos: “*Art 21, § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.*”

A garantia da imparcialidade e da confidencialidade do procedimento alinha outros alicerces-base dos procedimentos contenciosos tributários, deixando aos princípios aplicáveis única e exclusivamente ao procedimento arbitral os desafios de acomodação. São eles:

- (i) Princípio da Irrecorribilidade da sentença Arbitral

(ii) Princípio da Kompetenz-Kompetenze da Autonomia da cláusula compromissória

Uma crítica contundente seria a de se indagar o proveito obtido pela administração pública na utilização da arbitragem, se a ela já é garantido o direito de constituir unilateralmente o crédito tributário, seu título executivo – a certidão de dívida ativa – e a utilização do já abreviado rito da Lei nº 6.830/80, que ignora a situação patrimonial efetiva do devedor, priorizando, sobretudo, a satisfação do crédito tributário. Entendemos que, mesmo em sendo tais fatores, em tese, suficientes para as Fazendas Públicas, caso a sentença arbitral vincule as partes, e com isso iniba a rediscussão do mérito na via judicial, servindo esta apenas como meio a se obter a satisfação do crédito tributário, por meio da constrição de bens, parece-nos um imenso avanço, máxime pelo tempo médio de duração das discussões judiciais.

Com vistas a atendimento desse anseio, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.257/2019, pelo Senador Antônio Anastasia, tendo como último ato a realização de audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal – CCJ, com a participação de acadêmicos. Ao nosso ver, da leitura da “Explicação da ementa” já são constatados equívocos. Vejamos:

Ementa:

Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica.

Explicação da Ementa:

Permite ao executado optar pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, bem como permite à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas que especifica, mediante notificação administrativa do devedor.

Da leitura da proposta, verifica-se a manutenção de um dos maiores problemas – que ferem de morte – os direitos de defesa dos contribuintes, contribuindo para lançamentos arbitrários e ilegais pelos Fiscos, qual seja, a

necessidade de se apresentar garantia integral ao débito para discuti-lo, mesmo na arbitragem. Ora, tal previsão lançada na Lei nº 6.830/80, gestada no período ditatorial, não interessa nem ao Fisco, nem aos contribuintes, e muito menos à sociedade. Isto porque, não há qualquer ponto positivo em se condicionar o direito de defesa, bastando para cerceá-lo, tão somente, que um Fisco autue um contribuinte em valor superior ao seu patrimônio que este jamais poderá se defender.

Não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal coíbe condicionantes ao direito de defesa. Em aguardado e preciso julgamento, sob a relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, entendeu o STF que a exigência de depósito ou arrolamento de bens violava inúmeros princípios constitucionais, conforme destacamos abaixo:

A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF/1988, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF/1988, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade.

[**ADI 1.976**, rel. min. **Joaquim Barbosa**, P, j. 28-3-2007, *DJE* 18 de 18-5-2007.]

Nessa toada, em razão do entendimento acima esposado, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento na Súmula Vinculante nº 21:
“*É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*”

Ademais, mesmo que a exigência de garantia prévia represente exigência das autoridades fazendárias, ou dos próprios entes federativos, importante lembrar que em um mundo cada vez mais unificado pela tecnologia, em uma economia digitalizada e em profusão, não há como se sustentar expedientes

processuais de todo autoritários e que priorizam a satisfação do crédito público, em detrimento do devido processo legal e do exercício de defesa.

Entendemos, pois, que a condicionante ao direito de questionar exigência pública, mesmo em um procedimento cuja essência é de necessária agilidade na solução das controvérsias, compromete, *ab initio*, o debate, posto que se limitará a um restrito grupo de contribuintes, excluindo, uma vez mais, o contribuinte médio dos espaços de verdadeiro controle de legalidade das exações.

Para não nos limitarmos apenas às críticas, caminhou bem o projeto ao se inspirar no modelo português de arbitragem tributária, no que tange a necessária nulidade da sentença arbitral caso contrarie Súmula vinculante, decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em IRDR ou Repercussão Geral.

Outros pontos do modelo português, instituído em 2011, por meio do Decreto-Lei nº 63/2011, merecem destaque, especialmente pelo incremento sensível notado na utilização do procedimento arbitral em além-mar. Atualmente, em torno de 20% dos litígios tributários são objeto de arbitragem e a arrecadação deles obtida já supera a arrecadação decorrente de decisões pelos procedimentos convencionais (administrativo e judicial) de cobrança. O tempo de tramitação até a decisão final do procedimento arbitral também gera espanto: 4 (quatro) meses⁵⁴⁶.

A estratégia adotada no berço de Camões nos parece bem apropriada ao Brasil, qual seja, concentrar, inicialmente, os pequenos casos. Por lá, em média, as discussões envolvem até € 60.000,00 (sessenta mil euros). Tal percepção mostra-se coerente, vide o número significativo de execuções fiscais envolvendo pessoas físicas e decorrentes de direitos reais, como o IPTU e o IPVA.

Outro Projeto em trâmite é o PL nº 4.468/2020, da Senadora Daniella Ribeiro. O projeto de arbitragem, cujo escopo é restrito aos créditos tributários ainda não constituídos, tem por essência estabelecer procedimento concorrente ao da consulta administrativa, prevista na Lei nº 9.430/96, e cuja solução, no modelo atual e vigente, é produzida unilateralmente pela Receita Federal do Brasil. A ideia do projeto, portanto, é inaugurar procedimento imparcial de

⁵⁴⁶ Palestra ministrada pela Dra. Tânia Carvalhais Pereira, Coordenadora do Departamento Jurídico do Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária de Portugal, em 25.09.2020, em evento promovido pela UNAFISCO. Acessado em 28.02.2021 em

<https://unafisconacional.org.br/arbitragem-tributaria-nao-e-solucao-milagrosa-que-resolvera-problema-estrutural-das-pendencias-diz-coordenadora-de-arbitragem-tributaria-de-portugal/>

solução de possíveis controvérsias, ou seja, servindo de importante expediente preventivo.

Conclusão

Neste breve ensaio, entendemos que se faz premente a adoção de instrumentos técnicos, céleres e imparciais na seara tributária, equilibrados pelo direito de defesa, devido processo legal e acessibilidade. Só assim teremos alcançado o binômio necessidade-eficiência na solução das contendas tributárias.

Para isso, fundamental que o legislativo atue, traduzindo em normal legal as necessidades processuais para tanto. De forma alguma, necessidades parciais, sob pena de macular uma solução que se faz urgente.

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS E A ARBITRAGEM

Giordani Flenik

Resumo

Consolidam-se os Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs), com ênfase na arbitragem, que nas últimas duas décadas foi destinatária de novas legislações, além de inserções no CPC e na CLT. No entanto, mesmo com a previsão legal para o seu uso, ainda persistem certas resistências que suprimem do trabalhador o direito de exercer sua autonomia da vontade, e a proposição que se faz é que ambos os princípios caminhem juntos, com garantia da segurança jurídica e a autodeterminação do jurisdicionado.

Sumário

1. Introdução. 2. A contextualização do Direito do Trabalho no Século XXI pandêmico. 3. Princípios da (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas. 4. Arbitragem. 5. Os pilares dos MASCs. 6. A possível e recomendável compatibilidade dos princípios. 7. Considerações finais

1. Introdução

Nas últimas três décadas, destacadamente, os Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos vêm conquistando cada vez mais seus espaços no Brasil, preenchendo uma grande lacuna até então existente, pois além da questão cultural de litigiosidade que abriga o comportamento dos brasileiros em sua maioria, eram esparsas e ineficientes as poucas legislações que normatizavam os institutos, em especial, da arbitragem.

Diante da nova Lei de Arbitragem, em algum momento pareceram conflitar, ou ser incompatíveis, com as normas trabalhistas, por suas tantas peculiaridades, e aqui uma delas em particular será analisada, a questão da

indisponibilidade dos direitos frente a autonomia da vontade das partes, ambas em forma de princípios.

2. **A CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO SÉCULO XXI PANDÊMICO**

Aos leitores do ano de 2021 e 2022 e talvez mais três ou quatro anos à frente, a palavra “pandêmico” não causará nenhuma surpresa, pois o mundo inteiro esteve submerso numa crise epidemo-sanitária jamais experimentada, que se deu com o surgimento do coronavírus SARS-CoV-2.

No campo das relações de trabalho, as futuras gerações terão ouvido falar sobre a situação atual que temos vivenciado a partir do ano de 2020 se perguntando o porquê de tanto impacto já que, nesse futuro bem próximo, as mudanças que hoje estamos enfrentando serão absolutamente normais e previsíveis, tais como o *homeoffice*, o teletrabalho, o trabalho remoto, a prestação de serviços sem vínculo e uma imensa atividade virtual, em praticamente todos os sentidos.

Por força da inesperada pandemia, as adaptações foram significativamente apressadas, exigindo de todos muito esforço e determinação para poder levar a vida adiante, sendo exigidos comportamentos totalmente destoantes de tudo que, até então, os seres humanos estávamos confortavelmente acostumados.

Independente da classe social, etnia, raça, ideologia ou cultura os seres humanos se defenderam como puderam desse quase imbatível vírus que atacou indistintamente crianças, jovens, adultos e idosos, levando à morte ou deixando sequelas difíceis de serem tratadas.

Enquanto isso, a economia mundial sofreu grandes revezes. Inicialmente com o *lockdown*, paralização quase que total da maioria das atividades laborais.

No Brasil, a Medida Provisória n. 927 permitiu a suspensão e a flexibilização dos contratos de trabalhos, a fim de se garantir a manutenção do emprego.

Nesse cenário, a controvertida e debatidíssima reforma trabalhista ocorrida em 2017, com a Lei 13.467 tornou-se amplamente aceitável e cabível, como um prenúncio daquilo que iria ocorrer sem muitas oposições: a flexibilização, a

ponderação e a negociação das condições de trabalho como suporte necessário à manutenção dos contratos e a preservação dos empregos e da economia.

A antiga e conservadora rigidez das normas trabalhistas dá espaço agora à normatizada expressão “negociado prevalece sobre o legislado”, dando a impressão que a intervenção protecionista do Estado nas relações trabalhistas perdeu sua força e autoridade, o que não procede.

A bem da verdade, a tutela do Estado permanece vigente, ampla e constitucionalmente protegida. No entanto, como qualquer área do direito, o dinamismo das relações requer adaptações constantes, sendo eficaz a máxima de que a lei deve servir à sociedade, e não o contrário.

Foi em 1934 que os direitos trabalhistas galgaram o *status* constitucional, sob a batuta do então presidente Getúlio Vargas, e em 1943 aprovou-se a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), por meio do Decreto-Lei 5.452. E nem mesmo com as sucessivas alterações das Constituições e da própria CLT, ou o advento do Regime Militar, tais direitos deixaram de ser contemplados e tutelados pelo Estado, vindo a ser revigorados e ampliados em 1988, com a chamada “Constituição Cidadã”, quando se tornaram então direitos fundamentais.

3. PRINCÍPIOS DA (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Sobreleva registrar que não há uma só previsão em toda legislação nacional que expressamente imprima aos direitos trabalhistas o caráter de indisponibilidade. Portanto, a discussão doutrinária, pragmática ou jurídica de tal característica se dá no campo interpretativo, fundamentada em retóricas filosóficas.

Mas, se na positivação das normas não está escrito que os direitos trabalhistas são indisponíveis, há de se ter uma origem, e uma comprovação dessa tese a fim de que a teoria seja válida e para tanto, como fonte do direito, recorre-se à principiologia para tentar justificar tal afirmação.

O princípio da indisponibilidade explica que tal gravame recai sobre os direitos provenientes de normas cogentes, impostas pelo Estado, e que tutelam não só o interesse privado, mas o público e coletivo. Não derivam e nem se sobrepõem à autonomia da vontade, estando acima dela.

Por essas características, os direitos indisponíveis não são passíveis de renúncia ou de transação, diversamente dos direitos disponíveis, que podem sim ser renunciados ou transacionados.

Indaga-se, pois, se na seara trabalhista os direitos normatizados e elevados ao *status* constitucional, permitem renúncia e/ou transação. Para responder a essa pergunta, temos que levar ainda em consideração, três momentos do contrato de trabalho: antes (início), o durante, e o depois (ao seu término).

Na contratação, ou no início da relação empregatícia, e também ao longo do contrato de trabalho, nenhum direito é passível de ser renunciado, permanecendo forte o artigo 9º. da CLT.

Da mesma forma, em princípio, a transação dos direitos normatizados, nesses dois primeiros momentos, também não seria possível, muito embora, ao longo da atual CLT, se verificam várias flexibilizações dessas normas, como por exemplo contrato intermitente, extinção do contrato por acordo, entre tantos outros.

No entanto, ao final do contrato de trabalho, uma vez extinto, a situação é outra. Nesse último momento é possível que a autonomia da vontade se sobreponha à norma cogente, à medida em que o empregado, embora não possa renunciar ou transigir seus direitos materiais, **possa decidir se efetivamente exercerá o direito de exigí-los.**

Portanto, é admissível que a renúncia e a transação possam ocorrer após a extinção do contrato de trabalho, não sobre os direitos em si, mas sim, **sobre o exercício de reivindicá-los**, incidindo justamente aí a autonomia da vontade e, conseqüentemente, a disponibilidade.

Ainda, a partir do momento que se finaliza o contrato de trabalho, os direitos trabalhistas já estão consolidados, integrando o patrimônio “abstrato” do trabalhador, que, a posteriori, se transmuta em expressão monetária, integrando de forma concreta esse patrimônio.

E mesmo aqueles direitos, tidos como sociais ou até mesmo fundamentais, absolutamente indisponíveis, como por exemplo, assinatura da Carteira de Trabalho, recolhimentos previdenciários e tributários, que criam vínculo não só com o empregador, mas também com o próprio Estado, quando não cumpridos,

necessitam da autonomia da vontade do trabalhador para que sejam reconhecidos, uma vez que não há como compelir o trabalhador a exercer o seu direito de ação se assim ele não quiser.

Em resumo: a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, é questão ultrapassada, tanto pela atual previsão celetista, quanto pelo momento em que ela se dissolve, qual seja, no término do contrato de trabalho.

As reiteradas doutrinas e jurisprudências que buscam sustentar a tese da indisponibilidade o fazem sem qualquer lastro de fundamentação jurídica, fulcrando-se tão somente no princípio da hipossuficiência do trabalhador, que remete ao dever de protecionismo do Estado, conforme se vê do recente acórdão do TST (TST-AIRR-11121-64.2015.5.03.0107):

(...) O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos – inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora.

No máximo, portanto, pode se admitir uma indisponibilidade relativa, concernente à questão temporal, ou seja, no início e ao longo do contrato de trabalho, mas nunca em relação ao seu término, onde a autonomia da vontade prevalecerá sempre.

4. A ARBITRAGEM

A questão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sempre vem à tona quando se correlaciona com os métodos adequados e extrajudiciais de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, e a falsa compreensão desse princípio constitui o maior empecilho a aplicação dos institutos, constituindo um grande prejuízo à sociedade em geral.

O estímulo ao uso de tais métodos já vem consagrado na Constituição Federal de 1988, quando no preâmbulo há referência “...a solução pacífica de controvérsias...”, reiterada logo no artigo 4º, inciso VII, que também a menciona (“solução pacífica dos conflitos”).

Em 2017, a ampla reforma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei 13.467 de 13 de julho, trouxe um importante incentivo em relação a prevalência da autonomia da vontade das partes, viabilizando uma menor intervenção do Estado e das normas nas relações privadas de trabalho.

A nova CLT também trouxe importante inserção da arbitragem através do artigo 507^a, permitindo que

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

No entanto, mesmo com tantos dispositivos legais franqueando expressamente o uso das formas consensuais e extrajudiciais para solucionar conflitos, ainda há certa resistência por parte dos operadores do direito em aplicá-las, evidenciando que o fator cultural ainda prevalece, pois não se trata mais de ausência de previsão legal ou mesmo vedação, mas sim de um injustificado apego ao Judiciário, como se fosse a única via de acesso à Justiça.

Não seria crível admitir que, a despeito de todo esforço e comprometimento do Poder Judiciário e dos legisladores, em disseminar e implantar os métodos consensuais no seu âmbito, estaria excluída a Justiça do Trabalho, justamente a área do direito que mais reclama celeridade, especialidade e efetividade nas suas soluções.

5. OS PILARES DOS MESCS

Entende-se por Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCS), aqueles em que o conflito é resolvido fora da justiça estatal. São vários esses métodos, e cada vez mais vem se desenvolvendo e sendo utilizados no mundo inteiro.

A arbitragem, por sua vez, é totalmente extrajudicial, e entre os vários princípios que norteiam a arbitragem, tem-se como pilar fundamental, a autonomia da vontade das partes. Esse instituto não se aplica se não houver a concordância e a disposição das partes para aderir aos procedimentos.

Na Lei 9.307/15, que normatiza a arbitragem, está no artigo 1º.

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem é consensual no momento em que as partes decidem utiliza-la preventivamente, ou seja, na celebração de um contrato ou outro documento, quando ainda não há nenhum conflito, mas inserem a previsão para que, na eventual possibilidade de surgir uma controvérsia, seja o juízo arbitral o competente para julgar a questão. É a chamada *cláusula compromissória*, prevista no artigo 4º. da Lei 9.307/96.

Podem ainda fazer essa opção, após surgido o conflito, mediante a celebração de um termo de arbitragem, denominado *compromisso arbitral*, previsto no artigo 9º. da lei.

Ao fazer a opção pela arbitragem, as partes renunciam ao foro judicial, elegendo ou aceitando um árbitro, terceiro neutro, imparcial e especialista no assunto, que irá proferir uma sentença definitiva e irrecorrível decidindo sobre o conflito.

A convenção de arbitragem portanto, pressupõe o consenso de todas as partes envolvidas no negócio ou na questão conflituosa, não havendo a possibilidade de se instalar um procedimento arbitral sem que antes tenha havido a expressa anuência de todos os interessados.

A partir do início da arbitragem, no entanto, não mais é possível a desistência, salvo se houver a concordância de todas as partes, e então o processo se torna contencioso, sendo o resultado final uma sentença proferida por um árbitro ou por um tribunal arbitral.

Quando se afirma, portanto, que o princípio basilar da arbitragem é a autonomia da vontade, significa que são as partes que exercem o direito de optar por um ou outro método, afastando a jurisdição estatal.

Para tanto, as partes necessariamente devem ser maiores e capazes, para que o ato jurídico da escolha seja válido. Ainda, na arbitragem o litígio deve envolver *direito patrimonial disponível*.

O ponto crucial que gera toda a polêmica em torno do uso da arbitragem na esfera trabalhista é justamente a questão da (in)disponibilidade dos direitos, considerando o teor do artigo acima referido, muito embora, na legislação do trabalho, conforme referido anteriormente, não há definição do que seria ou não indisponível, havendo somente correntes de interpretação doutrinária em prol dessa discutível e relativa indisponibilidade.

Entre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a autonomia da vontade, para alguns, haveria uma total incompatibilidade, tendo em vista que por serem indisponíveis os direitos, não haveria a possibilidade do exercício de escolha pela arbitragem.

6. A POSSÍVEL E RECOMENDÁVEL COMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS

À primeira vista, parece não haver possibilidade do diálogo entre os princípios da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da autonomia da vontade, pois enquanto o primeiro tem como fundamento a imposição cogente das normas e a tutela do Estado, o outro caminha no sentido oposto, de empoderamento e responsabilidade exclusiva das partes por suas opções.

O fato é que não se pode cristalizar nenhum princípio, em nome do manto constitucional, ou mesmo da origem histórica e da principiologia absoluta, em detrimento da incontida evolução da sociedade e das relações humanas que a permeiam. Nesse norte, não só os princípios, mas absolutamente todas fontes do direito devem evoluir e atender as inovações que se apresentam diariamente em todos os tipos de atos e fatos jurídicos, atualmente acelerados pelos fenômenos da tecnologia, dos ambientes virtuais, e dos novos formatos de labor, que tem provocado profundas transformações no comportamento e nas necessidades do ser humano.

Se é verdade que as primeiras linhas de direitos trabalhistas surgiram na remota época da Revolução Industrial, outros movimentos expressivos ocorreram e em cada um deles os trabalhadores foram galgando mais direitos e também ocupando seus espaços.

Ao mesmo tempo esses mesmos trabalhadores lutaram por autonomia e reconhecimento, e lograram a possibilidade de expressar seus interesses e de negociar de acordo com suas conveniências, sem que isso caracterizasse renúncia aos seus direitos, mas tão somente a adequação das normas às suas realidades.

Sem a necessidade de eliminar-se o rol taxativo dos direitos previstos no artigo 7º. da Constituição Federal do Brasil, a lei 13.467/17 que atualizou a CLT, soube compatibilizar todas essas normas tidas como fundamentais, com a liberdade de negociação e exercício da autonomia da vontade, franqueando o uso da arbitragem mediante celebração de cláusula compromissória, sob determinada condição.

Esses artigos da lei, por si só, sepultam toda e qualquer dúvida, questionamento, resistência, ou nome que se dê, para defender a indisponibilidade dos direitos trabalhistas. E da mesma forma, afastam, em definitivo, a argumentação da hipossuficiência da parte laboral, figura essa totalmente associada à indisponibilidade.

Na arbitragem, se estabeleceu um piso mínimo de remuneração, para limitar a celebração de cláusulas compromissórias em contrato de trabalho, partindo-se do pressuposto (equivocado) de que uma remuneração acima de R\$ 7.087,22 (em 2022) é garantia de que o empregado seja *hipersuficiente*, um novo perfil criado a partir da atualização da CLT, não havendo limitação quanto a celebração de *compromisso arbitral*, que é uma das modalidades de convenção de arbitragem, prevista na Lei 9.307/96, restando viável essa possibilidade.

Verifica-se, pois, que as leis em comento, sem afastar, modificar ou desrespeitar os princípios que norteiam os direitos trabalhistas, possibilitam não só a ponderação, mas sim, e fortemente, a completa compatibilização desses direitos com o instituto da arbitragem.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, já que o direito se constrói, se destrói e se modifica a partir dos questionamentos, do surgimento de questões inéditas e da aplicação das fontes que o sustentam, é importante que a doutrina, a jurisprudência e o meio acadêmico fomentem ainda mais esse debate, pois, conforme exposto, o Brasil possui leis suficientemente claras e aptas que permitem o uso da arbitragem e da mediação para as questões trabalhistas.

Não se propõe que sejam abandonados os princípios, nem as normas já existentes que estipulam os direitos trabalhistas e os garantem como fundamentais e essenciais ao estado democrático, ao bem estar social e ao capitalismo saudável; muito ao contrário, por serem tão necessários, é que merecem ser fielmente observados, levando-se em conta o seu destinatário, o trabalhador.

Seria um contrassenso garantir ao empregado um rol extenso de direitos, e ao mesmo tempo impedir que tais direitos sejam objeto de reinvidicação pelas vias privadas de solução de conflitos, tolhendo-lhe a possibilidade do exercício da autonomia da vontade, que, tanto quanto os direitos trabalhistas, constitui um direito fundamental, e que se manifesta através da autonomia privada, igualmente amparada e protegida pela Constituição Federal.

A promoção do exercício da autonomia da vontade não afronta o princípio da indisponibilidade porquanto esse último não é absoluto e não se faz presente em todos os momentos do contrato de trabalho. Ao empregado se garante a aplicação do princípio da indisponibilidade quando de sua contratação e ao longo da prestação laboral, mas exclui a partir do término do contrato de trabalho, quando então pode livremente exercer seu direito de escolha quanto a via de solução do conflito.

É necessário, tão somente, o desprendimento seguro e firme, para aplicar a lei, respeitando os princípios, os direitos fundamentais e a Constituição Federal.

UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA DO ACESSO À ARBITRAGEM

Marco F. V. di Iulio

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.
Pós-graduado em Métodos Adequados de Resolução de Conflitos
pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Sócio fundador da
CAMES - Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada

Ronaldo C. Gaudio

Advogado. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento.
Professor da PUC Minas e professor convidado da FGV. Presidente da
AIDCMESS - Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo,
Mutual y de la Economía Social y Solidaria. Sócio da CAMES - Câmara
de Mediação e Arbitragem Especializada.

Resumo

Métodos adequados de resolução de conflitos. Arbitragem. Necessidade de ampliação do acesso. Indicação de árbitro único, adoção de ritos simplificados e utilização de recursos tecnológicos para a redução de custos. Democratização do acesso à arbitragem.

O Sistema Multiportas, desenvolvido no final dos anos 70 nos EUA, preconiza a disponibilização de outras vias às partes e aos seus advogados - além do acesso natural através do Poder Judiciário - para a resolução de conflitos, de forma a prestigiar a autonomia de vontade dos interessados e permitir a escolha do melhor caminho para a solução de cada tipo de questão.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola ensinam que:

“...no processo civil contemporâneo, a decisão estatal não pode mais ser considerada a única forma de pacificação social, devendo ser valorizados e

incentivados os métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a arbitragem.

Com isso, a noção de jurisdição - antes vinculada essencialmente à atividade de Estado – ganha novos contornos, podendo ser compreendida como o direito de acesso à justiça e efetiva solução do conflito.”⁵⁴⁷

Nessa linha, o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever expressamente que *“a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, membros do MP, inclusive no curso do processo judicial”*.⁵⁴⁸

À advocacia cabe, nesse particular, importante papel no sentido de promover a utilização de soluções adequadas às demandas específicas que lhes trazem seus clientes. A ampliação do rol de serviços prestados pela advocacia passa pelo prestígio dos meios consensuais de solução de conflitos, proporcionando a utilização das vias adequadas para o alcance da justiça de uma forma mais breve e menos custosa.

Dentre os meios adequados de solução de conflitos, vem ganhando destaque no Brasil o uso da arbitragem. Estima-se que atualmente o país esteja atrás apenas dos EUA em número de arbitragens em curso.

Em recente estudo divulgado pela professora Selma Lemes⁵⁴⁹ foi celebrado o alcance da marca de 1.047 casos tramitando em procedimentos de arbitragem no país em 2021, um recorde.

O incremento é da ordem de 5% em relação ao ano anterior, em que foram identificados 996 procedimentos. Em 2019 havia 967 arbitragens em curso no Brasil. Ano após ano vem sendo destacado o aumento da utilização da ferramenta.

Hoje, após 26 anos da edição da Lei da Arbitragem, o uso da arbitragem no Brasil é uma realidade; a descrença inicialmente verificada com o instituto parece, de fato, ter sido superada.

⁵⁴⁷ Dalla, Humberto. Manual de mediação e arbitragem/Humberto Dalla e Marcelo Mazzola. Pág. 391 - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁵⁴⁸ Artigo 3º, § 3º do Código de Processo Civil

⁵⁴⁹ Pesquisa “Arbitragem em Números”, realizada em 2022 com base nos anos de 2020 e 2021.

A decisão proferida pelo STF em 2001 no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206) significou um marco para a arbitragem no Brasil, tendo os ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidido pela constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem).

Na ocasião, discutiu-se sobre a autonomia de cláusula compromissória arbitral, tendo sido ventiladas questões constitucionais sobre o respeito ao devido processo legal, o juiz natural das partes e o acesso às vias recursais.

Prevaleceu na Suprema Corte o entendimento de que deve ser respeitada a livre manifestação de vontade das partes contratantes, à vista da necessária previsibilidade das consequências decorrentes da opção pela via arbitral e da existência de lei normatizando de forma expressa o tema.

Na sequência histórica da evolução da arbitragem no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 complementa o referido arcabouço normativo, tratando de diversos pontos relativos ao instituto.

Podem ser citados o efeito vinculante da convenção de arbitragem, o processamento de medidas urgentes antes da constituição da arbitragem, a ação de anulação da sentença arbitral, além do seu cumprimento, entre outros.

Nesse sentido, ressalta-se inclusive a natureza jurisdicional da arbitragem, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial.⁵⁵⁰

A par da consolidação do uso de arbitragem como um mecanismo extrajudicial para a solução de conflitos, caberia analisar, no entanto, se o instrumento vem sendo utilizado de forma ampla e democrática como uma opção segura, célere e econômica em comparação ao sistema judiciário.

A impressionante marca de 100 milhões de ações judiciais em tramitação (praticamente uma para cada dois habitantes) é um alerta para a necessidade de busca de soluções que venham a atender de forma satisfatória a toda a população, independentemente de uma estratificação que imponha limites de ordem econômica à adoção dos métodos extrajudiciais de soluções de conflitos como uma efetiva opção ao alcance de todos.

⁵⁵⁰ Artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil.

A escolha e a utilização dos diversos mecanismos de soluções de conflitos hoje postos à disposição dos operadores do Direito não deveriam, nesse sentido, sofrer limitações decorrentes dos seus custos para as partes.

O manejo da arbitragem, ao lado da conciliação, da mediação, dos *dispute boards* e dos demais métodos adequados (extrajudiciais) de soluções de conflitos, não pode e não deve ser uma exclusividade de pequena parcela da sociedade em razão da sua capacidade econômica.

A utilização de árbitro único para a condução dos procedimentos, a utilização de regulamentos simplificados e a adoção de recursos tecnológicos são algumas medidas que podem permitir a redução dos custos inerentes à arbitragem, sem afastar a garantia de que as partes tenham à sua disposição a escolha de profissional especializado em determinada matéria que venha a deter o poder de resolver definitivamente a controvérsia.⁵⁵¹

A possibilidade de que as partes elejam árbitro único em alguns tipos de causas (ou em questões cuja expressão pecuniária não ultrapasse determinado valor) permite reduzir consideravelmente os custos relativos aos honorários dos profissionais envolvidos no procedimento arbitral. Algumas câmaras privadas já vêm adotando a medida, facultando às partes tal opção no processamento de questões que não sejam de grande complexidade.

Medida complementar à possibilidade de eleição de árbitro único para fins de redução de custos é a fixação de teto para os honorários dos profissionais. De fato, o árbitro não precisa ser um sócio do conflito das partes, sendo primordial impor uma limitação para que o uso da arbitragem não seja eventualmente inviável em função de seus custos proibitivos.

O valor da causa também pode permitir a adoção de ritos procedimentais mais simples, tornando mais acessível a utilização da arbitragem por pequenas e médias empresas. A previsão, em regulamentos das câmaras privadas, de ritos sumários ou expeditos, nesse sentido, permite inclusive imprimir maior celeridade para a conclusão dos procedimentos.

⁵⁵¹ De acordo com o disposto no art. 18 da Lei n. 9.307/96, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

O uso da tecnologia vem ganhando muito espaço e também apresenta uma perspectiva positiva com relação à redução de custos, sendo uma importante aliada para a economia de recursos, permitindo, por exemplo, o registro eletrônico dos procedimentos arbitrais e a automação de algumas das fases procedimentais.

A substituição da tramitação cartácea (em papel) pelo registro dos procedimentos em uma plataforma eletrônica de amplo acesso para as partes, advogados, árbitros e peritos já é uma realidade, ainda que em algumas poucas câmaras privadas⁵⁵².

A ampliação do acesso à arbitragem no Brasil trata-se, sem dúvida, de um grande desafio.

Em um país profundamente marcado por desigualdades sociais e econômicas, mostra-se, de fato, necessário garantir a democratização do uso dos meios adequados de solução de conflitos permitindo, por exemplo, a sua utilização por pequenas e médias empresas, o que pode inclusive auxiliar no desafogamento do Poder Judiciário, conquanto esse não seja propriamente o papel precípua da arbitragem.

Bibliografia

ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias/Daniel do Amaral Arbix - São Paulo: Editora Intelecto, 2017.

Arbitragem: atualidades e tendências/Olavo A. V. Alves Ferreira e Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.) - Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2019.

DALLA, Humberto. Manual de mediação e arbitragem/Humberto Dalla e Marcelo Mazzola - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Lei de Arbitragem Comentada Artigo por Artigo/ Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira - São Paulo: Juspodivm, 2019.

⁵⁵² Como exemplo, pode ser citado o sistema “Pacto”, da CAMES - Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (<https://comesbrasil.com.br/>).

LEMES, Selma. Pesquisa “Arbitragem em Números”, realizada em 2022 com base nos anos de 2020 e 2021, disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf, acessado em 27.10.2022.

DESJUDICIALIZAÇÃO E PROCESSUALIDADE COM BASE NA NATUREZA DOS CONFLITOS E CONFORME A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Victor Barbosa Dutra

Leonardo Viana Silva

Larissa Bleza Cabral Souza

Resumo

Objetiva-se evidenciar a relevância dos Meios Adequados de Solução de Conflitos no âmbito da Perspectiva do Conflito, uma vez que defendem a pluralidade de instituições de processamento de conflitos ao demonstrar que a desjudicialização é uma ferramenta que permite a resolução de conflitos extrajudicialmente, proporcionando autocomposição e celeridade às partes.

1. Introdução

Até o fim dos anos de 1970, a expressão “acesso à justiça” carregava consigo a ideia de que a solução de conflitos se daria unicamente por intermédio de instituições governamentais ou estatais, concepção que em grande parte pode ser imputada ao racional técnico e epistemológico herdado da fase científica do Direito Processual que vigorou alguns séculos antes.

Ocorre que, por obra dos estudos denominados de Projeto Florença – coordenado por Cappelletti – abriu-se o horizonte para vislumbrar as modalidades de obtenção de justiça em diversos arranjos institucionais, ampliando-se o leque de “acessos” outrora existentes e lançando as bases de profundas transformações nos estudos e institutos dedicados ao tema.

Na estruturação formulada por Cappelletti, a primeira onda de Acesso à Justiça correspondeu à reforma de instituições para o provimento de serviços legais a hipossuficientes; a segunda onda buscou ampliar a representatividade dos interesses coletivos ou difusos, tais como aqueles de consumidores e ambientalistas. Já a terceira e última onda de acesso à justiça consistiu na mudança de foco das formas tradicionais e dos procedimentos judiciais para a

diversidade de instituições de processamento de disputas, o que, na visão do autor, constituiria como alternativas menos formais para tratamento de conflitos.

Em continuidade, o movimento de Acesso à Justiça, tal como o concebemos hodiernamente, integra – como relata Galanter – um conjunto de trigêmeos intelectuais, ao lado dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (*Alternative Dispute Resolution*) e da Perspectiva do Conflito nos Estudos Jurídicos, os quais, muito embora tenham nascidos juntos, caminharam em diferentes direções e amadureceram em ambientes bastante diversos.

Nesse sentido, destaca-se que o termo Meios Alternativos de Solução de Conflitos, por seu turno, derivou da expressão em inglês *Alternative Dispute Resolution* (ADR), e consiste em modos de solucionar conflitos que não envolvam a judicialização (de início, sua concepção envolvia evitar o processo judicial, daí nomear-se como *alternativo*) incluindo-se, mas sem se limitar, a arbitragem, mediação, negociação, conciliação e avaliação neutra prévia. Embora sua origem tenha se vinculado à ideia de alternatividade à adjudicação, convém frisar que, atualmente, esses meios são legalmente incentivados, inclusive, no âmbito dos processos judiciais.

Já no que tange a “Perspectiva do Conflito nos Estudos Jurídicos”, essa consistiu no conjunto de trabalhos que sustenta que o estudo do Direito deve focar na construção de solução dos conflitos tanto quanto nas normas e no Judiciário, pois, afinal, a adjudicação é apenas uma das formas com a qual a sociedade os soluciona, e nem é a mais frequente. Analogicamente, o conflito seria como a Esfinge de Tebas, que pede para ser decifrado. O referido movimento distribui e qualifica o conflito em uma figura piramidal para demonstrar que a quantidade de lesões e/ou conflitos ocorridas no mundo dos fatos é significativamente superior àquelas lesões ou conflitos que demandam intervenção do Estado-Juiz.

Conforme se depreende da figura abaixo, diferenciam-se, neste contexto, as lesões ocorridas (na larga base da pirâmide), daquelas lesões percebidas pelos sujeitos de direito e, sucessivamente, daquelas lesões imputadas a algum agente responsável, e daquelas lesões efetivamente reinvidicadas, as quais, quando resistidas, se tornam lides no sentido carnelutiano conhecido entre processualistas:

Estrutura Piramidal de Percepção de Conflitos.



Fonte: Elaborada pelo próprio autor a partir do artigo de GALANTER.

A partir dessa perspectiva, é fácil constatar a superação de uma visão preponderantemente estatal e adjudicatória no contexto de pacificação social: o Poder Judiciário, embora ostente papel relevante e essencial na solução de conflitos, desenvolve papel inequivocamente subsidiário nesse mister e não representa a *única* nem a *maior* parcela dessa missão.

Essa diretriz de acesso à justiça, mais ampla e estudada a partir da perspectiva do conflito, de certo modo, restaura uma verdade histórica que consiste no fato de que a jurisdição nunca foi efetivamente monopolizada pelo Estado, tantos e diversos foram, ao longo do tempo, os meios e os agentes credenciados a prevenir e/ou resolver os conflitos deflagrados no seio da coletividade, como sugere Mancuso.

Nesse contexto, ironicamente, a viabilidade de um sistema preponderantemente estatal e adjudicatório de solução de conflitos dependeria da apatia, da ignorância, das barreiras culturais e dos custos que inibem a percepção e o reconhecimento de direitos, como bem observa Galanter.

Nessa perspectiva, ganha relevância pensar a Processualidade e o Devido Processo, para continuamente se constituírem em um *patrimônio* da sociedade, um *ferramental* na solução de seus conflitos e não apenas como mero método técnico a ser pensado à luz da realidade estrita do poder Judiciário. Afinal, tal como já sustentado, processualidade não se confunde com jurisdicionalidade.

Como fator adicional à insuficiência do modelo preponderantemente adjudicatório e estatal, importante acrescentar o fato de que os conceitos de justiça e injustiça são fluídos, não constituindo um jogo de soma zero, como explica Galanter (GALANTER, 2015).

Para o referido autor, quanto mais soluções de problemas puderem ser inventadas e realizadas pelo ser humano, mais a linha entre o infortúnio (que seria inevitável) e a injustiça (que poderia ser evitada) se modifica.

Daí a importância de capacitar a sociedade, em seus diversos nichos e estruturas, para resolver seus conflitos a partir de um modelo constitucional de processo e de pensar uma processualidade como patrimônio e ferramenta culturais e sociais a fim de contribuir com arcabouço garantístico ao fenômeno da desjudicialização, observando-se as diretrizes preconizadas pelo modelo constitucional de processo mormente à variabilidade, perfectibilidade e expansividade.

2. O Modelo Constitucional de processo como premissa estruturante dos diversos meios de solução de conflitos

Não há dúvida de que, no paradigma⁵⁵³ atualmente vigente, a Constituição é filtro por meio do qual se condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico-social. Nessa perspectiva, embora a constitucionalização das normas infraconstitucionais não signifique a “inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios”, preconiza-se a reinterpretação dos institutos ordinários sob a ótica constitucional, de modo que toda a atividade jurídica seja exercida à luz da Constituição e passada pelo seu crivo.

E o Direito Processual Civil, obviamente, também vivenciou tal influxo.

Nesse liame, e calcado no escólio de Andolina e Vignera, o modelo constitucional de processo seria um esquema geral de processo, que detém três

⁵⁵³ Convém destacar as nuances que envolvem o conceito de paradigma, eis que para alguns (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.) este seria uma realização científica universalmente reconhecida (consenso) por determinada comunidade que, durante certo tempo e em certo contexto, fornece problemas e soluções modelares; ao passo que, para outros, a ideia de paradigma não se limita a ocorrência de consensos, visto que estes são cada vez mais difíceis nas sociedades plurais contemporâneas. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, v II*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 129).

características estruturantes: expansividade, variabilidade e perfectibilidade. A expansividade asseguraria a idoneidade para que a norma processual pudesse ser expandida para microssistemas específicos de processo, desde que mantenha a conformidade com o modelo geral. A variabilidade autorizaria a especialização de determinados preceitos gerais para um determinado microssistema; e, por último, a perfectibilidade seria a capacidade de aperfeiçoamento do modelo geral por intermédio do processo legislativo.

Mas como definir qual seria a proposta ou o modelo geral? O que, afinal de contas, estaria garantido constitucionalmente como núcleo essencial de um devido processo e deveria ser projetado sobre todos os meios de solução de conflitos (desjudicializados ou não) para promoção e ampliação de acesso à justiça? Ora, a definição *apriorística* desse núcleo essencial é tarefa árdua, quiçá impossível e desnecessária, conforme célebre manifestação do juiz Frankfurter da Suprema Corte Norte-Americana:

(...) *due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.

Ainda assim, na esteira do ensino sobre expansividade, variabilidade e perfectibilidade propostas por Andolina e Vignera, Abelha (2016) sustenta que deve haver total observância dos meios de solução de conflito aos ditames constitucionais formais e substanciais. Logo, sendo o devido processo legal a *raiz* de todos os demais *princípios estruturantes* do exercício da função jurisdicional, tem-se que os postulados constitucionais da isonomia, contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, acesso à prova, juiz natural, duração razoável do processo etc., nada mais são do que desdobramentos do “devido processo legal”

que, quando exercitados no processo, culminam no que se chama de “processo justo ou tutela jurisdicional justa”.

Em continuidade, a definição do modelo geral de processo constitucional ou do núcleo essencial da processualidade constitucional se dará não de maneira estática e apriorística, mas sim proveniente de um movimento “de dentro para fora” da própria garantia constitucional e sempre levando em consideração as peculiaridades do conflito no qual se insere. Isso nada mais é do que o Processo se conectar com os diversos segmentos e estruturas sociais para entender as peculiaridades de cada conflito (“integração da realidade”) e prover soluções mais adequadas.

Nesse sentido, para Häberle – autor do conceito de *sociedade aberta dos intérpretes* – o destinatário da norma é (ou deveria ser) participante ativo do processo hermenêutico, pois, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la.

Nessa perspectiva, a vinculação dos direitos à realidade social garantiria a correlação desta com o dever ser, o que possibilitaria ao direito fundamental estar em permanente atualização. E essa conexão com a realidade se daria através das conformações ao direito fundamental. Na visão de Häberle, as limitações, ao contrário de restringirem as liberdades individuais, proporcionariam substrato de realidade social, pois o abuso da liberdade e a sua falta de limitação implicaria na falta de igualdade entre os cidadãos.

Assim, os direitos fundamentais seriam condicionados pela comunidade, e vice-versa, sendo também imprescindíveis para a existência dessa. A partir da concepção da dúplici dimensão dos direitos fundamentais e o seu papel na vida social, o autor salienta a importância do legislador em “realizar” os direitos fundamentais. A sintonia plena entre o normativo e o real engendraria o que o autor denomina de “constituição viva”.

Diante do exposto, embora o conceito de devido processo (*due process*) não possa nem deva ser definido de forma apriorística, fato é que – a partir do substrato da realidade de cada conflito – ele deverá construir um leque de definições práticas, perpassando pelos princípios da Isonomia, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Imparcialidade do Terceiro (seja o meio de solução auto ou

heterocompositivo), Direito à Prova, Duração Razoável do Processo de Solução a fim de prover a processualidade mais adequada.

3. O modelo geral (ou núcleo essencial da processualidade) sobre a desjudicialização

É nessa toada que se deve enxergar a garantia de acesso à justiça com lastro do devido processo, transpondo-se as garantias processuais de índole constitucional para todos os meios de solução de conflito, auto e heterocompositivos, quer sejam providos por instituições estatais, não-estatais ou em modelo híbrido. Não se poderia falar, por exemplo, em uma solução de conflito pela via arbitral que deixasse de observar o contraditório, a produção de prova ou a fundamentação das decisões; nem mesmo uma mediação cujo mediador não agisse sem isonomia, fosse parcial ou tendencioso; ou, ainda, não se poderia conceber como adequada uma análise feita em uma agência reguladora, na Administração Pública ou em um Tribunal de Contas cuja composição de julgadores estivesse inclinada previamente para determinada solução, de modo a violar a garantia do juiz natural.

Isso demonstra, de forma intuitiva e quase que instintiva, que deve haver processualidade em quaisquer meios de solução de conflitos, sejam eles estatais ou não. A despeito da pluralidade de concepções e subjetividades do Bem e do Justo – diferentes e, muitas vezes, incompatíveis entre si – há algo peculiar: a processualidade é o meio de viabilizar que as próprias partes em conflito (com atuação de um terceiro ou não) desenvolvam, lapidem e, quiçá, encontrem a máxima justiça possível para o caso concreto. Nas palavras do filósofo social Hampshire (HAMPSHIRE, 2000):

[...] justiça em procedimento é um valor invariável, uma constante na natureza humana [...] Pode ser percebida em toda parte uma necessidade bem definida de procedimentos para resolução de conflitos, os quais podem substituir a força bruta, a dominação e a tirania (tradução nossa).

O referido autor resume a essência da prática de resolução de conflitos no princípio *audi alteram partem* (ouvir o outro lado), ou seja, a ideia de um contraditório efetivo, substancial e dinâmico que é condição *sine qua non* para

obtenção de justiça em qualquer sociedade plural e democrática. Assim, independentemente de o meio de solução de conflitos ser estatal, privado ou do terceiro setor, de ser adjudicatório ou não, a processualidade deverá estar presente a partir das peculiaridades do próprio conflito sem desviar-se do devido processo previsto na Constituição.

Ainda que haja vários modos de se realizar a convergência (*matching*) entre diferentes técnicas com diferentes objetivos (*goals*), delineando-se o procedimento apropriado à obtenção do resultado (*outcome*) adequado ao determinado tipo de problema, a ideia de processualidade ali estará presente.

Logo, se a solução de conflitos pela própria sociedade se revela como atividade “jurídica” e de alta relevância social, e se essa pacificação deve ser realizada nos moldes das garantias constitucionais, inarredável é a projeção de tal processualidade constitucional também sobre os meios desjudicializados de solução de conflitos, a partir do modelo constitucional de processo e dos mecanismos de expansividade, variabilidade e perfectibilidade.

Destarte, na atual quadra da História, parece cada dia mais plausível que o adequado *exercício da cidadania* não consiste numa imediata e açodada judicialização de todo e qualquer conflito, mas sim, na busca, num primeiro momento de outras soluções auto e heterocompositivas, voltadas a *trabalhar* a controvérsia ao invés de, compulsivamente, buscar eliminá-la – sem prejuízo de que, ao longo desse trâmite, o Judiciário seja acionado em caso de violações de garantias constitucionais, conforme ressalta Mancuso.

Note-se que, não se está no presente estudo a invalidar ou subdimensionar a importância dos meios adjudicatórios ou estatais, nem ressaltar a preponderância de um método sobre outro, mas tão somente evidenciar a necessidade de convivência e interrelação profícua entre as diversas portas de solução de conflitos – ainda que entre elas haja tensões inarredáveis.

4. Considerações finais

Ante o exposto, infere-se que não há como negar que a forma em que o Acesso à Justiça se encontra estruturado no Brasil atualmente impacta diretamente na dinâmica das relações sociais e econômicas. O exaurimento do modelo judiciário estatal brasileiro é evidente, de modo que há de se desenvolver

novos paradigmas de compartilhamento de responsabilidades entre as instituições estatais e não-estatais de Acesso à Justiça para cumprir os ditames do Constituinte no que tange à duração razoável do processo e à segurança jurídica necessária ao amadurecimento institucional que conduza a um efetivo desenvolvimento socioeconômico.

Diante disso, mostra-se imprescindível analisar os problemas relacionados ao Acesso à Justiça, sob o enfoque do caminho percorrido e da porta de saída a fim de relacionar tais impasses com os Métodos Adequados de Solução de Conflitos e com os Estudos da Perspectiva do Conflito, visando perquirir maneiras de democratização do acesso à justiça.

Nesse sentido, a busca pela democratização do Acesso à Justiça pode, a partir das aberturas estabelecidas pela própria Constituição e pelo Código de Processo Civil, contribuir para uma maior efetividade da tutela jurisdicional e fortalecer instituições essenciais ao desenvolvimento social e econômico.

À vista disso, considerando-se que a processualidade é o meio de viabilizar que as próprias partes em conflito, através de soluções auto e heterocompositivas, encontrem a melhor justiça para o caso concreto, a solução de conflitos pela própria sociedade se revela como atividade “jurídica” e de alta relevância social.

Assim sendo, a pacificação deve ser realizada nos moldes das garantias constitucionais, atuando a processualidade constitucional também sobre os meios desjudicializados de solução de conflitos, a partir do modelo atual de processo e dos mecanismos de expansividade, variabilidade e perfectibilidade acima retratados.

Destarte, haja vista que a desjudicialização visa trabalhar a controvérsia ao invés de apenas buscar eliminá-la judicialmente, é mister destacar que esta possui, além disso, o resguardo de que ao longo do trâmite de resolução de uma lide, o Poder Judiciário seja acionado em caso de violações de garantias constitucionais, a fim de que grande parte das lesões ocorridas sejam objetos de discussão e efetivação de direitos porventura lesionados.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Processo civil ambiental. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. I fondamenti costituzionale della giustizia civile: il modelo costituzionale del proceso civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DUTRA, Victor Barbosa. Precedentes vinculantes: contraditório efetivo e técnicas repetitivas. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

FRANKFURTER, Felix. O Governo da lei. Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência. v. 54, n. 169, p. 68–76, jan./fev., 1957.

GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2003.

HAMPSHIRE, Stuart. Justice is conflict. Princeton: Princeton University Press, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 365.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1999.



 comesbrasil.com.br

 [comes](#)

 [comesbrasil](#)

 [comesbrasil](#)

 [CAMES Brasil](#)

 11 934649362

