

O PAPEL DECISIVO DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA O
PROGRESSO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Ellen Gracie Northfleet

Convidada especial para artigo inaugural

O PAPEL DECISIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA O PROGRESSO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Ellen Gracie Northfleet

Ministra do Supremo Tribunal Federal de 2000 a 2011, primeira
mulher a ocupar referido cargo. Exercício da presidência no biênio 2006-2008.

Quando me estendeu o honroso convite para contribuir com o primeiro número da Revista, seu Diretor, Ministro Mauro Campbell Marques, sugeriu que fosse abordado algum tema que dissesse respeito ao acesso à Justiça. Nada mais adequado do que lembrar o dedicado trabalho que o STJ tem empreendido para dar apoio ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil e para garantir efetividade às sentenças arbitrais proferidas em jurisdições estrangeiras e cuja execução se haja de fazer no Brasil. Afinal acesso à Justiça não se restringe à justiça togada e nada significa se não houver efetividade na solução dada à controvérsia, seja ela dirimida pela via jurisdicional ou arbitral.

Indubitavelmente, a partir do momento em que assumiu a jurisdição para resolver as questões que dizem respeito à arbitragem, seja na via do Recurso Especial – REsp. ou, especialmente, na da Sentença Estrangeira Contestada – SEC, o Superior Tribunal de Justiça tem produzido uma jurisprudência que é, a um só tempo, consistente e encorajadora da utilização desta forma de solução de litígios.

A concentração numa única Corte de Justiça, seja pela subida dos casos em grau de recurso, seja pelo monopólio do tratamento das questões referentes ao reconhecimento e à execução de decisões proferidas no estrangeiro teve efeito extremamente benéfico, conduzindo à significativa eficácia da jurisdição brasileira nesta matéria.

O fato é reconhecido unanimemente por doutrinadores estrangeiros, como Albert Jan van den Berg¹, e brasileiros. Por todos, cito o Prof. Carlos Alberto Carmona: *“A referida emenda à Constituição [EC nº45/2004], que entre outras reformas impostas à organização do Poder Judiciário transferiu a competência de homologar sentenças estrangeiras (estatais e arbitrais) do STF para o Tribunal da Cidadania, estimulou, no âmbito da Corte, o aprofundamento do estudo da arbitragem. O STJ passou a dar mostras de modernidade e avanço no trato de questões sensíveis, como aconteceu com a homologação de sentença arbitral estrangeira proferida sem que as partes tivessem firmado instrumento que contivesse convenção de arbitragem (a Corte entendeu, com acerto, que houve tácita concordância com a instituição da arbitragem) (SEC 856, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito) e com o reconhecimento de que empresas de economia mista podem submeter litígios a juízo arbitral (REsp. 612.439/RS, 2ª T., Rel. João Otávio de Noronha)”*.²

A jurisprudência da Corte oferece incontáveis exemplos desta atitude encorajadora da prática da arbitragem. Veja-se a receptividade demonstrada pelo julgado que afirma: *“A requerida, ao incorporar duas outras empresas contratantes, assumiu todos os direitos e obrigações das cedentes, inclusive a cláusula arbitral em questão. A Lei de Arbitragem brasileira tem incidência imediata aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição”*.³

¹ VAN DEN BERG, Albert Jan, *“The New York Convention and its application by brazilian courts”*, in Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Ed. RT, vl. 36/2013, p. 15. No mesmo sentido ROSS, Alison, *“In praise of brazilian enforcement”*, in Global Arbitration Review 7/3 (disponível em www.globalarbitrationreview.com).

² CARMONA, Carlos Alberto, *“Superior Tribunal de Justiça, Segurança Jurídica e Arbitragem”*, in Revista de Arbitragem e Mediação, ano 9, nº 34, julho-setembro de 2012.

³ STJ, SEC nº 894, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 09/10/2008.

Desde logo, o STJ deixou claro que “*o excepcional controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista no artigo 33 da Lei nº 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa pelo Juízo arbitral, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral*”.⁴ Ressaltou também a Corte, sem discrepâncias que “*o controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos arts. 38 e 39 da Lei nº 9.307/1996, não podendo ser apreciado o mérito da relação de direito material afeto ao objeto da sentença homologanda*”.⁵ E, na mesma linha, tem reiterado que “*Resguardada a ordem pública e a soberania nacional, o juízo de deliberação próprio da ação de homologação de sentença estrangeira não comporta exame do mérito do que nela ficou decidido*.”⁶

O Tribunal se tem até mesmo antecipado em construções pretorianas que posteriormente vem sendo adotadas pelos textos legislativos.

Assim foi quando o Tribunal definiu com clareza as atribuições da justiça estatal no deferimento de tutelas cautelares antes e depois da formação do Tribunal Arbitral. Temos assistido com satisfação à estreita colaboração entre Juízos de Direito e Tribunais Arbitrais. A exatidão da mensagem exarada pelo STJ, repercutindo favoravelmente sobre a magistratura de primeiro grau, permitiu garantirem-se as partes contra eventual perecimento de direito, na pendência de formação do Tribunal Arbitral. A clareza com que se estabeleceram os limites da atuação do Poder Judiciário desencorajou também a prática de quaisquer estratégias de retardamento da abertura dos trabalhos arbitrais.

Paradigmática a decisão que concluiu: “*1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência*

⁴ STJ TutPrv no REsp 1.660.963/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, in DJe de 29/03/19.

⁵ STJ, SEC nº 14.930, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, in DJe de 27/06/19.

⁶ STJ, SEC nº 4.439, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJe de 19/12/2011.

*da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”.*⁷

A livre avaliação da prova, uma vez assegurado o princípio do contraditório, tem sido reafirmada pelo STJ, em sem número de julgados, dentre os quais destaco o seguinte exemplo: “O exame quanto à suficiência das provas ou a necessidade de realização de determinada prova é providência que compete exclusivamente ao juiz da causa, no caso, o Tribunal Arbitral, afigurando-se corolário do princípio do livre convencimento motivado. Por consectário, o indeferimento de determinada prova, desde que idoneamente fundamentado pelo juízo arbitral, não importa em ofensa ao contraditório.”⁸ Ou, ainda, “o indeferimento de realização de prova pericial pelo juízo arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, mas consagração do princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível, portanto, a pretensão de ver declarada a nulidade da sentença arbitral com base em tal argumento, sob pena de configurar invasão do Judiciário no mérito da decisão arbitral”.⁹

⁷ STJ, REsp. 1.297.974/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 19/06/2012.

⁸ TutPrv no REsp. 1.660.963/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, in DJe de 29/03/19.

⁹ STJ, REsp. 1.500.667/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, in DJe de 19/08/16.

Com absoluta coerência, o Tribunal assentou que o ônus de provar a ocorrência de algum dos fundamentos aptos a impedir a homologação da sentença arbitral estrangeira recai sobre a parte que a ela se opõe. Assim: *“1. A lei aplicável para disciplinar a representação das partes no procedimento arbitral, bem como a forma como podem manifestar seu ingresso no referido procedimento, é a lei a que as partes se submeteram ou, na falta dela, à do país onde a sentença arbitral foi proferida, cumprindo à parte demandada o ônus de demonstrar a violação a esses preceitos normativos. É o que dispõem a Lei 9.307/96 (art. 38, II) e a Convenção de Nova Iorque (art. V, 1, a)”*.¹⁰

O exame de validade da cláusula arbitral encontra-se, segundo a firme jurisprudência do STJ, na esfera de deliberação do Tribunal Arbitral, como quando expressou que *“não é possível acolher a tese de nulidade da convenção de arbitragem por estar inserida em contrato de adesão, pois não cabe ao STJ o exame da validade de tal cláusula quando a própria sentença arbitral a pressupôs válida”*.¹¹ Ou ainda: *“Em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória – Princípio da kompetenz-kompetenz”*.¹² Na mesma linha, mais recentemente, o Tribunal afirmou: *“o princípio Kompetenz-Kompetenz, positivado no art. 8º, § único da Lei nº 9.307/96, determina que a controvérsia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida, com primazia, pelo juízo arbitral, não sendo possível antecipar essa discussão perante a jurisdição estatal”*.¹³

Antecipando-se a outras jurisdições, o STJ solveu com proficiência hipótese de convivência entre juízo arbitral e juízo estatal de recuperação judicial de empresa. A decisão estabeleceu que *“as jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível*

¹⁰ STJ, SEC nº 3.709, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in DJe de 29/06/12.

¹¹ STJ, SEC nº 11.106, Corte Especial, Rel. Min. Herman Benjamin, in DJe de 21/06/2017.

¹² STJ, CC 157.099/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 30/10/2018.

¹³ STJ, REsp. 1.598.220, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, in DJe de 01/07/2019.

sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta".¹⁴

Igualmente, *avant la lettre*, o STJ assegurou a validade de compromisso arbitral em contrato administrativo, mesmo na ausência de disposição editalícia que o previsse: "*Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame*".¹⁵

A extensão dos efeitos da cláusula arbitral a partes não signatárias, nos casos de desconsideração de personalidade jurídica, matéria ainda bastante controvertida na doutrina, encontrou a seguinte solução em julgado proferido no REsp. nº 1.698.730/SP: "*Esse consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se, não apenas de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando possível, para este propósito, a demonstração, por diversos meios de prova, da participação e adesão da parte ao processo arbitral, especificamente, na relação contratual que o originou. O consentimento tácito ao estabelecimento da arbitragem há de ser reconhecido, ainda, nas hipóteses em que um terceiro, utilizando-se de seu poder de controle para a realização do contrato, no qual há a estipulação de compromisso arbitral, e, em abuso da personalidade jurídica interposta, determina tal ajuste, sem dele figurar formalmente, com o manifesto propósito de prejudicar o outro contratante, evidenciado, por exemplo, por atos de dissipação patrimonial em favor daquele. 3.2 Em tal circunstância, se prevalecer o entendimento de que o compromisso arbitral somente produz efeitos em relação às partes que formalmente o subscreveram, o processo arbitral servirá de escudo para evitar*

¹⁴ STJ, CC 157.099/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 30/10/2018.

¹⁵ STJ, REsp. 904.813, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, in DJe de 28/02/12.

a responsabilização do terceiro que laborou em fraude, verdadeiro responsável pelas obrigações ajustadas e inadimplidas, notadamente se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica – remédio jurídico idôneo para contornar esse tipo de proceder fraudulento – não puder ser submetido ao juízo arbitral. 3.3 É preciso atentar que, com exceção de questões relacionadas a direitos indisponíveis, qualquer matéria – naturalmente, afeta à relação contratual estabelecida entre as partes –, pode ser submetida à análise do Tribunal arbitral, que a decidirá em substituição às partes, com o atributo de definitividade. O pedido de desconsideração da personalidade jurídica não refoge a essa regra, a pretexto de atingir terceiros não signatários do compromisso arbitral. 3.4 No contexto de abuso da personalidade jurídica, fraude e má fé da parte formalmente contratante, afigura-se possível ao Juízo arbitral – desde que provocado para tanto, após cuidadosa análise da pertinência das correlatas alegações, observado o contraditório, com exauriente instrução probatória (tal como se daria perante a jurisdição estatal) –, deliberar pela existência de consentimento implícito ao compromisso arbitral por parte desse terceiro, que, aí sim, sofreria os efeitos subjetivos de futura sentença arbitral. Afinal o consentimento formal exigido na arbitragem, que tem por propósito justamente preservar a autonomia dos contratantes (essência do instituto), não pode ser utilizado para camuflar a real vontade da parte, por ela própria dissimulada deliberadamente”.¹⁶

Também as hipóteses em que a cláusula compromissória aparece em apenas um dentre vários contratos coligados encontraram superior solução no STJ, quando afirmou que “o contrato reputado como principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos que a este se ajustam, não se mostrando razoável que uma cláusula compromissória inserta naquele não tivesse seus efeitos estendidos aos demais”.¹⁷

Foi a liderança progressista assumida pelo STJ no tratamento do instituto da arbitragem que determinou a formação de uma Comissão do Senado para redação de propostas de revisão à Lei 9.307/1996, sob a

¹⁶ STJ, REsp. 1.698.730/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, in DJe de 21/05/18.

¹⁷ STJ, REsp. 1.639.035/SP, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, in DJe de 15/10/2018.

liderança de um dos membros da Corte, o Min. Luis Felipe Salomão. Dos trabalhos da Comissão resultaram propostas que culminaram em ampliação do âmbito de aplicação da arbitragem¹⁸, na adoção da solução pretoriana relativamente às tutelas de urgência¹⁹, na cooperação entre instâncias arbitral e estatal, com a regulamentação da carta arbitral, entre outras. A resultante Lei 13.129, em vigor desde 27/07/2015 previu expressamente a aplicação da arbitragem aos conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, resguardada a publicidade e com proibição a decisões por equidade. A atenção despertada sobre os temas que receberam tratamento legislativo, resultou, afinal em nova onda de formalização representada pela edição de outros diplomas, tanto no âmbito federal, quanto estadual e municipal²⁰.

A Corte continuará a se debruçar sobre as necessidades interpretativas de todas estas novas regras. Ao fazê-lo, dará continuidade ao trabalho de orientação segura para as instâncias inferiores, garantindo a segurança jurídica tão necessária ao desenvolvimento do país.

¹⁸ A arbitrabilidade subjetiva das sociedades de economia mista já havia sido assegurada, entre outros, no REsp. 904.813/PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrigui, in DJe de 28/02/12.

¹⁹ Questão já resolvida pela jurisprudência a partir do REsp. 1.297.974/RJ, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrigui, in DJe de 19/06/12.

²⁰ Cita-se a Lei nº 13.867/2019, que possibilita a opção pela mediação ou pela arbitragem para definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública; o Decreto nº 10.025/2019 que dispõe sobre a utilização da arbitragem nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário; o Decreto do Estado de São Paulo nº 64.356/2019 que dispõe sobre o uso da arbitragem na resolução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis em que o Estado de São Paulo seja parte.