

Julgamento sem resolução do mérito com fundamento na arbitragem

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consagrando norma idêntica constante das anteriores Cartas Políticas do Brasil, encerra o princípio da reserva legal, também denominado da inafastabilidade da jurisdição, ao preceituar que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça *caput* do artigo 3º do Código de Processo Civil reitera essa mesma regra, monopólio da jurisdição.



José Rogério Tucci
advogado e professor da USP

Isso significa que a ninguém é dado renunciar à defesa de seus direitos

diante de uma potencial lesão futura! Daí porque desponta nulo e ineficaz qualquer *pactum de non petendo*, estipulado como cláusula de negócio jurídico, pelo qual os contratantes se comprometem a não recorrer ao Poder Judiciário caso surja algum litígio entre eles [\[1\]](#).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros textos legais que lhe seguiram (v.g. : CDC, reforma da Lei de Ação Civil Pública etc.), infundiu-se em cada brasileiro um verdadeiro "espírito de cidadania". Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com a expectativa de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas.

Observe-se ainda que também foram incrementados, no início dos anos 90, mecanismos processuais adequados a recorrer aos tribunais com maior efetividade, como, por exemplo, a ampliação do rol dos legitimados ativos a manejar as ações diretas de inconstitucionalidade, a ajuizar ações coletivas em prol dos interesses difusos, a consagração da autonomia e independência do Ministério Público e a opção determinada por um modelo de assistência judiciária e de promoção de acesso à Justiça.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. Os números alarmantes são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos.



Tem-se, outrossim, clara percepção da ineficiência das agências reguladoras de serviços, que também contribuem para a intervenção judicial. O recurso aos tribunais para garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos é constante. Não é crível que nos dias de hoje muitos brasileiros tenham de ir à Justiça para obter indenização por atraso de voo e extravio de bagagem, ou, ainda, para forçar adequada prestação de serviço em várias atividades. O Poder Judiciário está se tornando um verdadeiro Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC).

O sistema judicial passa, assim, a suplantar o sistema da Administração Pública, a quem, por óbvio, compete sancionar as referidas falhas.

Chega-se mesmo ao que poderíamos denominar de "banalização de demandas", sem esquecer o papel de exator dos tribunais, na função substitutiva de ser o principal palco da cobrança de tributos, diante dos milhares de executivos fiscais que abarrotam os escaninhos dos cartórios forenses, ou melhor, os servidores que armazenam autos eletrônicos.

Com esse exagerado afluxo de demandas, os juristas passaram a prestigiar outros meios adequados de solução de conflitos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Esses mecanismos alternativos, que têm diferente natureza, podem ser extrajudiciais, mas de qualquer forma visam a ampliar maior acesso à justiça.

A arbitragem consiste numa técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada. A sentença proferida pelos árbitros, que não comporta qualquer recurso, equipara-se à decisão judicial. A teor do disposto no artigo 1º da Lei 9.307/1996, o objeto da arbitragem recai sobre direitos patrimoniais disponíveis, de titularidade de pessoas capazes de contratar.

Para a instauração do processo arbitral é exigido um compromisso, pelo qual as partes concordam em submeter a decisão do litígio a um árbitro. Verifica-se, destarte, que a convenção de arbitragem é delimitada, sob o aspecto subjetivo, pelas pessoas que a firmaram, na qualidade de contratantes ou mesmo de anuentes.

Se, sob a ótica objetiva, somente pode ser submetido à arbitragem o litígio envolvendo matéria atinente a direito disponível, do ponto de vista subjetivo, é apenas arbitrável o litígio entre as partes que subscreveram o instrumento em que presente a respectiva convenção e que sejam elas capazes.

Cumprе esclarecer, ainda, que o juízo arbitral somente pode ser instituído desde que presentes todas as pessoas que figuraram no instrumento no qual ficou estabelecida a cláusula compromissória. Como a arbitragem se circunscreve aos limites do contrato celebrado entre as partes, sob os aspectos subjetivo e objetivo, não pode ser deflagrada senão entre os protagonistas do respectivo negócio. A legitimidade de parte para o processo arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar, ou seja, chamado a integrar a arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral.



Assim, se determinada pessoa não estiver subordinada a contrato com previsão de arbitragem, não pode ser ela acionada perante o juízo arbitral.

Se o processo arbitral se iniciar sem a presença de todos os sujeitos que firmaram o contrato, só restará ao árbitro encerrá-lo sem julgamento de mérito, sob pena de ser nula a sentença que eventualmente vier a ser proferida.

Tendo-se em vista os limites subjetivos da convenção arbitral, não há como se admitir que a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença possa atingir terceiros [\[2\]](#).

Já sob outro enfoque, de conformidade com o disposto no inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil, o juiz não resolverá o mérito na situação em que for acolhida a arguição "*de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência*". A convenção, pois, sob a legislação processual de 2015, continua sendo classificada como um pressuposto processual negativo de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ainda no que se refere à arbitragem, mais recentemente, diante da significativa importância que a participação econômica do Brasil passou a ostentar no mundo globalizado, a despeito de a atual lei, vigente há mais de duas décadas, ser vitoriosa e inclusive prestigiada pelos nossos tribunais, entendeu-se oportuna a sua atualização, procurando alinhá-la aos regramentos contemporâneos mais avançados, já colocados à prova na experiência jurídica internacional.

A Lei 13.129/2015, que aperfeiçoou a lei mais antiga (Lei 9.307/1996), não trouxe qualquer alteração substancial quanto à arbitragem que pudesse influir na sistemática adotada pelo Código de Processo Civil revogado e, mais recentemente, repetida pelo vigente diploma processual.

A convenção de arbitragem — que tem como espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral — constitui óbice a que o tribunal estatal julgue o mérito da controvérsia. Eleita a arbitragem pelas partes, como meio adequado de solução de eventual conflito que possa surgir entre elas, irrompe o denominado efeito impeditivo ou negativo da respectiva convenção, que afasta o juízo estatal, derogando a sua jurisdição, vale dizer, impede que este examine e proceda ao julgamento do *meritum causae*.

Coerente com a regra do artigo 337, inciso X, que impõe ao réu o ônus de arguir a existência de convenção arbitral, o referido inciso VII do artigo 485 condiciona expressamente o acolhimento desse pressuposto processual negativo à existência de requerimento expresso do demandado. Com isso, o código vigente eliminou de uma vez por todas a celeuma então existente quanto à viabilidade ou não de o juiz togado, havendo convenção arbitral, declinar a sua jurisdição de ofício (artigo 485, parágrafo 3º).

Em suma, o reconhecimento da convenção arbitral e o conseqüente julgamento sem exame do mérito será possível tão somente quando houver arguição pelo réu. Silente o réu em sua contestação, ocorrerá preclusão lógica e temporal, não podendo mais ser acolhida a *exceptio fori* que eventualmente venha ele alegar em momento posterior.



Ademais, a despeito da convenção arbitral estabelecida entre as partes, nada impede que submetam elas o litígio à apreciação do tribunal estatal [3].

Saliente-se, outrossim, que, instituída a arbitragem, o árbitro passa então a ser juiz de fato e de direito, inclusive no que concerne ao reconhecimento de sua própria competência, e, ainda, no que se refere à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996).

Como bem observa Carlos Alberto Carmona, o chamado princípio da *Kompetenz-Kompetenz* (também denominado *compétence de la compétence*) consiste na prerrogativa do tribunal arbitral "para decidir a sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via da cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral" [4].

Assim sendo, na dicção do inciso VII do artigo 485, além da arguição, pelo réu, da existência de convenção de arbitragem, também haverá obstáculo imposto ao juiz togado quando o árbitro reconhecer, na arbitragem já instaurada, a sua competência (*rectius*: jurisdição) [5].

Nessa situação, nada mais restará ao tribunal estatal senão proferir sentença sem resolução do *meritum causae*.

[1] V., nesse sentido, TJSP, 16ª Câ. Dir. Priv., Agravo de Instrumento 2194531-67.2014.8.26.0000, rel. Des. Miguel Petroni Neto, m. v., j. 17.03.2015: "(...) O acordo que foi formalizado veio a constituir novo título executivo – se trata de instrumento de confissão de dívida – de forma que se a execução é sobre o novo pacto e incidente sobre o valor principal, constante da cláusula 2ª (conforme cláusula 8ª), ele não poderia afastar o direito de defesa do devedor, uma vez que após a transação pode ter surgido fato que justifique a defesa. Assim, é nula a cláusula 16ª por violar o princípio legal da defesa (...)".



[2] Esta é, outrossim, a orientação consolidada da jurisprudência de nossos tribunais, como, e. g., infere-se do julgamento da Apelação 0116341-91.2009.8.26.0100, proferido pela 26ª Câ. de Dir. Priv. do TJSP: "(...) A substituição da Corte de arbitragem pela via judicial não implica ofensa ao princípio do *pacta sunt servanda*, porque os réus não foram partícipes do contrato, objeto da demanda. Bem por isso, não há como deixar ao encargo do Tribunal Arbitral o exame das questões discutidas, excluindo-se a participação do Poder Judiciário, isso sem falar que na arbitragem prevalece a regra da relatividade, ou seja, a instituição do compromisso arbitral, sob o aspecto subjetivo, é restrito às pessoas que firmam a cláusula compromissória. Sua extensão subjetiva não pode produzir efeitos senão em relação aos signatários. Segundo entendimento doutrinário, dentre as condições gerais da ação arbitral inserem-se a legitimação das partes e o interesse de agir. Na arbitragem, a legitimação das partes fica grandemente simplificada na medida em que só pode invocar juízo arbitral quem tiver firmado a convenção de arbitragem ou tiver saído vitorioso na ação de instituição de arbitragem. A Lei de Arbitragem fala em 'parte interessada' referindo-se à dupla qualidade de quem é parte no contrato e titular do interesse envolvido na controvérsia resultante dele (...) Em suma, são sujeitos do litígio arbitral, única e exclusivamente, os que firmaram a convenção de arbitragem (...)". Em senso análogo, a 11ª Câ. de Dir. Priv. do mesmo Tribunal bandeirante, ao apreciar o recurso de Apelação 990.09.373821-0, deixou assentado, à unanimidade de votos, que a arbitragem somente pode ser considerada válida se todos os contratantes e intervenientes participarem da mesma: "Não se pode impor a eficácia da cláusula compromissória contra quem não manifestou a vontade de aderir a essa forma de solução de conflito".

[3] V., nesse exato sentido, TJSP, 34ª Câ. Dir. Priv., Apelação 0225451-25.2009.8.26.0100, v. u., rel. Des. Nestor Duarte: "(...) Suas teses partem de uma mesma premissa: a existência de cláusulas de arbitragem nos contratos, os quais deram ensejo à emissão das cédulas de produto rural, impede o ajuizamento de execução. No caso sob análise, contudo, a cláusula de arbitragem não determina a extinção anômala da execução porque ambas as partes renunciaram a ela, implicitamente, ao ajuizarem ações para fazer valer seus respectivos direitos oriundos do contrato no qual ela está inserida, isto é, os agravantes ajuizaram ação revisional do contrato e a agravada execução para entrega de coisa (...)". Interessante situação foi recentemente submetida à apreciação da 3ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.894.715-MS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje, 20.11.2020, no qual sobrelevado o comportamento contraditório do litigante, que ensejou a rejeição da alegação de existência de cláusula arbitral, cuja ementa assentou o seguinte: "1. Controvérsia em torno da validade e eficácia da cláusula compromissória constante de contrato de prestação de serviços de afretamento de embarcações para o transporte fluvial de minério de ferro a granel, tendo a outra parte proposto, anteriormente, ação cautelar de sustação de protesto referente às faturas cobradas na presente ação monitória seguida de ação declaratória de inexigibilidade da dívida. 2. Conduta contraditória da parte recorrida, que, anteriormente, apesar da existência de cláusula compromissória, havia proposto duas demandas conexas perante o Poder Judiciário. 3. Impossibilidade desse contratante invocar a existência da cláusula arbitral, requerendo a extinção de ação monitória proposta pela outra parte, com fundamento no artigo 485, VII, do CPC/2015. 4. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada no brocardo latino *venire contra factum proprium*, segundo a qual ninguém é lícito pretender fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior na mesma relação negocial".



[4] *Arbitragem e processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, pág. 175.

[5] Julgado da 3ª Turma do STJ, no AgRg. no Agravo em Recurso Especial 371.993-RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, m. v., *DJe* 06.11.2014, entendeu, com acerto, que o recurso especial não poderia ser processado sob o regime da retenção, diante dos seguintes fundamentos: "A controvérsia instaurada no recurso especial, retido na origem, consiste justamente em saber se há cláusula de convenção de arbitragem, circunstância que, caso reconhecida, tem o condão de derogar, a princípio, a própria jurisdição estatal, de modo a tornar inócua toda a atividade que venha a ser desenvolvida no processo. A simples constatação de previsão da convenção de arbitragem – objeto de discussão no recurso especial – enseja o reconhecimento da competência do juízo arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve decidir, nos termos do parágrafo único [do artigo 8.º] da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), 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. Guardadas as particularidades de cada caso, não se pode deixar de considerar, inclusive, que a jurisprudência do STJ, estribada na preservação e utilidade dos atos processuais, reputa igualmente descabida a retenção do recurso especial, na hipótese em que a questão interlocutória nele encerrada refere-se à própria competência para conhecer e julgar a ação proposta. Ressai evidenciado, assim, a necessidade de se exaurir, com precedência de qualquer outra questão, a discussão acerca da existência de convenção de arbitragem, a considerar que a verificação desta, como assinalado, tem o condão de tornar inútil, a princípio, a atuação jurisdicional do Estado. Agravo regimental provido, assim como o agravo a ele subjacente, para afastar a retenção do recurso especial determinada na origem, impondo-se à Corte local que proceda ao processamento da insurgência recursal, e, posteriormente, ao juízo de admissibilidade, como entender de direito".

Date Created

12/01/2021