



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 14022

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0304979-49.2011.8.26.0000
COMARCA DE SÃO PAULO**

**AGRAVANTE(S): ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A,
CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A e
ENESA ENGENHARIA S/A**

**AGRAVADO(S): SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE
SEGUROS S/A, MAPFRE SEGUROS S/A, ALLIANZ SEGUROS
S/A e COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL S/A,
ITAÚ-UNIBANCO SEGUROS CORPORATIVOS S/A, ZURICH
BRASIL SEGUROS S/A**

MM. JUIZ(A) DE ORIGEM: RODRIGO GALVÃO MEDINA

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.

Recurso de agravo de instrumento interposto por ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A, CONSTRUÇÕES E



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A e ENESA ENGENHARIA S/A contra a r. decisão (copiada a fls. 239), que indeferiu a antecipação de tutela requerida nos autos da ação cominatória proposta contra SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS S/A, MAPFRE SEGUROS S/A, ALLIANZ SEGUROS S/A e COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL S/A, ITAÚ-UNIBANCO SEGUROS CORPORATIVOS S/A, ZURICH BRASIL SEGUROS S/A.

Para tanto, sustentam as recorrentes, em síntese, que os contratos de seguro são típicos de adesão, de modo que a cláusula de arbitragem não tem poder de vinculação, pois instituída unilateralmente. Defendem que arbitragem em Londres viola a Lei de Arbitragem brasileira, acenando com a incidência do artigo 4º da Lei de Arbitragem que, em contratos de adesão, condiciona a eficácia da cláusula compromissória à concordância (expressa) do aderente. Pretendem, assim, a concessão da tutela antecipada, a fim de que seja determinado às agravadas que se abstenham da instituição da pretendida arbitragem em Londres, enquanto se discute o direito das seguradas de recursar-se a esse modo de solução de controvérsias (fls. 02/15).

Recebido o recurso, foi liminarmente deferido o efeito ativo, concedendo-se a tutela antecipada, nos moldes pleiteados (fls. 241).

Após, foram apresentadas contraminutas pelas agravadas (fls. 4.922 e ss).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o relatório.

Recurso interposto contra decisão que indeferiu a tutela antecipada visando à abstenção, por parte das agravadas, da instituição processo arbitral em Londres, perante a ARIAS – The Insurance and Reinsurance Arbitration Society, enquanto se discute o direito das seguradas de recusar-se a esse modo de solução de controvérsias (fl. 15).

Tem-se presente requerimento de tutela inibitória negativa (imposição de um não fazer), de caráter essencialmente preventivo, destinada a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação. O dano não se afigura como um de seus pressupostos, seu alvo é o ilícito, ou a probabilidade de ocorrência deste.

Com efeito, a tutela inibitória é corolário do direito constitucional de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que garante que nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 436 e ss).

Consoante o artigo 461, 3º, do Código de Processo Civil, o juiz poderá antecipar a tutela liminarmente, desde que seja relevante o fundamento da demanda e haja justificado receio de ineficácia do provimento final.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery anotam que “*para o adiantamento da tutela de mérito, na*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento tout court (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., RT, p. 587, n. 3).

Nessa perspectiva deve ser analisado este recurso.

A relevância nos fundamentos da demanda reside na aparente incompatibilidade lógica entre as Cláusulas 7ª e 12 do denominado contrato de seguro de riscos de engenharia.

A Cláusula 7ª está assim redigida:

"Lei e Foro – Fica estabelecido que esta Apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil. **Qualquer disputa nos termos desta Apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil"**(fl. 118; destacou-se).

Por sua vez, a Cláusula 12:

"Arbitragem – No caso do Segurado e a Seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob esta Apólice através de mediação conforme acima estabelecida, tal Disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as Regras de Arbitragem de ARIAS. O Tribunal de Arbitragem será constituído por três árbitros sendo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

um a ser nomeado pelo Segurado, outro a ser nomeado pela Seguradora, e o terceiro a ser designado pelos dois árbitros nomeados. O terceiro membro do Tribunal deve ser nomeado assim que for praticável em prazo não superior a 28 dias após a nomeação dos representantes das duas partes. O Tribunal será constituído mediante a nomeação do terceiro árbitro.

(...)

A sede da arbitragem ficará em Londres, Inglaterra.”
(fl. 120; destacou-se)

Em um juízo de cognição sumária, essa (aparente) divergência entre as disposições contratuais (lei entre as partes – *pacta sunt servanda*) causa perplexidade e instaura uma sempre indesejada incerteza quanto à definição de qual via de solução de controvérsias será utilizada.

Contudo, bem analisada e avaliada a questão, constata-se que a Cláusula 12, contra tudo o que foi dito pelas agravadas, não pode e não deve prevalecer em virtude de relevante motivo: não goza da anuência expressa de uma das partes, como exige o §2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96. No mesmo sentido, o art. 44 da Circular Susep 256/2004, que expressamente dispõe que a cláusula deverá “*estar redigida em negrito e conter a assinatura do segurado, na própria cláusula ou em documento específico, concordando expressamente com sua aplicação*” (inciso I) e conter a informação de que “é facultativamente aderida pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

segurado" (inciso II, alínea "a"). E também, por que sua razão de ser (a mediação e a arbitragem) está de mãos atadas com a previsão nela contida, ou seja, ela se justificaria na hipótese de divergência em torno do **"montante a ser pago sob esta Apólice"**.

Tratando-se de instituto de natureza contratual, para que possa valer entre os interessados, a arbitragem deve ser um objetivo comum na solução dos conflitos; suas regras, por isso, devem ser observadas para que ao final do processo a decisão tomada seja acatada pelas partes.

Não se olvide que a solução pelo Poder Judiciário é a via ordinária, a regra, e não o caminho alternativo, este sim previsto na Lei nº 9.307/96, até porque a garantia fundamental de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) é dotada de máxima força normativa.

Nesse raciocínio, este parece ser, no contexto que se apresenta, o melhor caminho a resguardar os direitos das partes e impedir investidas hostis de quaisquer delas.

Diante de situações dessa natureza, a lição de Carlos Alberto Carmona orienta: *"a forma mais sensata de resolver esse tipo de impasse será **suspender o processo arbitral até a decisão, pelo juiz togado, da questão preliminar que lhe terá sido submetida**, até porque, ao final e ao cabo, tocará ao juiz togado enfrentar a questão da validade da convenção de arbitragem na demanda, que será certamente movida pela parte resistente com base no art. 32 da Lei. Embora não seja esta a*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*hipótese mirada pelo art. 25 da Lei de Arbitragem, a suspensão do processo parece, in casu, a solução **menos traumática**" (Arbitragem e Processo, Um Comentário à Lei nº 9.307/96, 2ª edição, Ed. Atlas, p. 161 e ss).*

*Prossegue o autor lembrando que a doutrina "não tem posicionamento firme no sentido de identificar com exatidão quais os limites dos poderes investigativos do juiz acerca da invalidade da convenção de arbitragem. Emmanuel Gaillard sugere que o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível prima facie, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame. Parece que o ilustre professor parisiense tem razão, já que a limitação da cognição do apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), **harmoniza-se com o princípio da Kompetenz-Kompetenz adotado pela Lei**".*

*Enfim, os vícios nas disposições contratuais, como acima apontados, geram dúvida mais que razoável, o suficiente a obstar os efeitos da denominada "eficácia negativa da cláusula compromissória", justificando, em caráter excepcional, a relativização do princípio competência-competência, previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96, pelo qual ao árbitro tocará decidir acerca de sua competência (*dentre outros, v. Rodrigo Garcia da Fonseca. O princípio da competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 277-303, abr./jun. 2006*).*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em que pese a argumentação das agravadas, a Cláusula 7ª, nos exatos termos em que redigida, expressamente aceita por ambas as partes (grifei), como anotado, não reservou a atuação do Poder Judiciário Brasileiro apenas e tão-somente aos atos para os quais o árbitro não tenha competência (como sabido, medidas de coerção e execução, monopólios da Jurisdição).

Além disso, ao contrário do que pretendem as seguradoras, não é o momento processual adequado para uma tentativa interpretação sistemática das incongruências apontadas atinentes a aspectos delicados e fundamentais do contrato. Ademais, isso não foi objeto do recurso, ausente contraditório a respeito.

Por sua vez, o risco de ineficácia do provimento final é inerente à natureza da tutela requerida. Sabe-se que em caso de início (e prosseguimento) do procedimento arbitral em Londres restará esvaziada a discussão sobre a todas as questões apresentadas ao debate.

Nem se fale, por fim, em competência do Eg. Superior Tribunal de Justiça, na medida em que não há Corte de Arbitragem regularmente instalada, inexistindo, obviamente, sentença arbitral apta a ser submetida ao procedimento de homologação, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "i", Constituição Federal.

Arrematando, à objeção das agravadas, no sentido de prevalência da cláusula relacionada ao Juízo Arbitral, diria que a pretensão, frente à autonomia e da prevalência do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito nacional, cuja aplicação com toda razão reclamam as agravantes, não pode ser aceita como regra inflexível; prevalente sobre a vontade das partes e ao próprio contrato, que reflete em seu conteúdo um conjunto de vontade e de interesses direcionados a um único objetivo, que é a construção da hidrelétrica.

Questão de soberania, de independência, que em momento algum pode ser mitigada em nome de interesses outros sob pena de comprometermos a SOBERANIA NACIONAL.

Por essa razão, não se pode aceitar, com a devida vênia, a vedação proclamada pela Justiça Inglesa no sentido de impedir, pena de prisão, brasileiros de lutarem pelos seus direitos nos termos proclamados e resguardados por nossa Constituição Federal; principalmente quando estamos a tratar de *empresas brasileiras, dirigidas por brasileiros, que contratam brasileiros e realizam obra em território brasileiro.*

Indefiro, igualmente, o pedido de processamento do feito sob segredo de justiça, pois não se trata de exceção à regra geral de publicidade dos atos processuais, assegurada pelo constituinte e legislador infraconstitucional, e que é excepcionada apenas quando houver interesse público ou a defesa da intimidade assim exigir (CF, art. 5º, LX e CPC, art. 155).

Por todas essas razões, confirma-se a decisão liminar deste recurso, no sentido do deferimento da tutela antecipada requerida.

Como há notícia de descumprimento da decisão (vide matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo –



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Caderno Negócios – fl. B13), fixo multa diária de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), para a hipótese de descumprimento (CPC, artigo 461, caput e parágrafos). Por cautela, determino a intimação das agravadas, por oficial de justiça, nos termos da Súmula 410 do STJ.

Ante o exposto, nos termos acima explicitados, dá-se provimento ao recurso.

PAULO ALCIDES AMARAL SALLES
Desembargador Relator