

Relatório do Tema: Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral

Pesquisadores

Ana Leticia Timponi¹

Giovana Benetti²

José Victor Zakia³

Luiza Romanó Pedroso⁴

Rafael Branco Xavier⁵

Rafael Curi Savastano⁶

Victor Cogliati Boccardo⁷

Coordenação:

Daniel Tavela Luís⁸

Gustavo Santos Kulesza⁹

Laura Gouvêa de França Pereira¹⁰

Diretores do CBAr responsáveis pelo projeto:

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud¹¹

Rafael Francisco Alves¹²

¹ Advogada, associada de Holland & Knight (Mexico). Graduada pela Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Internacional Público e Privado pela Academia de Direito Internacional de Haia. Membro da Associação dos alunos e ex-alunos da Academia de Direito Internacional de Haia e da Comissão de Conciliação e Arbitragem da OAB.

² Advogada, sócia de Judith Martins-Costa Advogados. Doutoranda em Direito Civil pela USP, com períodos de pesquisa no Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado (Hamburgo). Professora convidada em cursos de Pós-Graduação.

³ Advogado de Marques Rosado, Toledo Cesar & Carmona Advogados na área de Arbitragem. Graduado pela FGV Direito SP. Coach da equipe da FGV Direito SP na Competição Brasileira de Arbitragem e no Willem C. Vis Moot.

⁴ Advogada, associada de Atelier Jurídico Luiz Olavo Baptista. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

⁵ Advogado, sócio de Judith Martins-Costa Advogados. Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foi orientador do time da UFRGS entre 2014 e 2015 na Competição Brasileira de Arbitragem e no Willem C. Vis Moot. Membro do Instituto de Estudos Culturalistas.

⁶ Advogado de Pinheiro Neto Advogados, em São Paulo. Graduado pela FGV Direito SP.

⁷ Advogado em São Paulo. Graduado pela FGV Direito SP. Coordenador do Grupo de Estudos de Arbitragem, Investimentos e Contratos Internacionais da FGV Direito SP e Coach FGV Direito SP *Vis Moot Team*.

⁸ Advogado, sócio de Manuel Luís Advogados Associados. Mestre e doutorando em Direito Internacional pela USP. Coach FGV Direito SP *Vis Moot Team*. Membro do CBAr.

⁹ Advogado, associado de BMA Advogados. Graduado e Mestre em Direito Internacional pela USP. Coordenador do Grupo de Estudos CBAr sobre a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e Arbitragem.

¹⁰ Advogada. LLM Candidate pela Harvard Law School. Graduada pela USP, com intercâmbio na SciencesPo Paris. Presidente da ABEArb em 2014. Membro do CBAr.

¹¹ Advogado, sócio de BMA Advogados. Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP. LLM pela Harvard Law School. Vice-Presidente do CBAr.

¹² Advogado, sócio de L.O. Baptista Advogados. Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP. LLM pela NYU School of Law. Diretor do CBAr.

SUMÁRIO

Introdução	3
Parte I. Análise quantitativa das decisões por Tribunal	4
a. STF	6
b. STJ.....	9
Parte II. Análise qualitativa das decisões	13
a. Questões Processuais.....	14
a.1. Extinção do processo sem julgamento do mérito em 2ª instância. Supressão de instância?	14
a.2. Efeito Negativo da Convenção Arbitral (art. 267, VII do CPC).....	16
a.3. Óbices processuais derivados da impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7 do STJ; e 279 e 454 do STF).....	19
a.4. Direito Intertemporal	25
b. Questões atinentes ao mérito.....	27
b.1. Princípio da competência-competência (art. 8º, par. único da LEI DE ARBITRAGEM)	28
b.2. Limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória.....	35
b.3. Arbitragem e Poder Público	42
b.4. Contratos de adesão (art. 4º, §2º da Lei Brasileira de Arbitragem. Arbitragem e relação de consumo)	45
b.5. Cláusula compromissória em título executivo extrajudicial.....	48
Conclusões	49

Introdução

O presente relatório dedica-se à análise quantitativa e qualitativa de 63 decisões proferidas pelos tribunais superiores brasileiros – STF e STJ – no período de 1º de janeiro de 2008 até 31 de dezembro de 2015, que tratam da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, nos termos do art. 3º e seguintes da LEI DE ARBITRAGEM¹³.

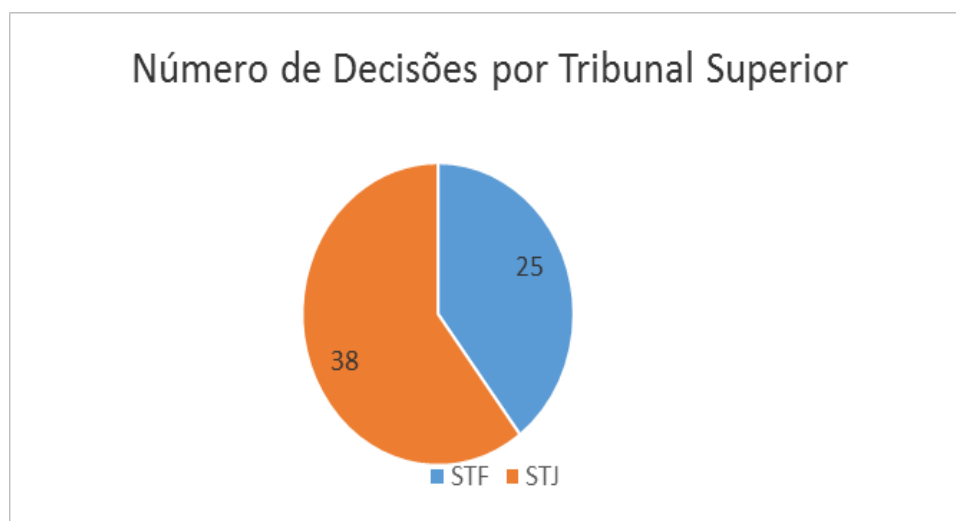
Este relatório está dividido em duas partes. Na primeira parte, far-se-á uma apreciação quantitativa das decisões a fim de oferecer um panorama geral, identificando-se o percentual de julgados dos tribunais superiores – tomados isolada e conjuntamente – em que: (i) houve declaração, positiva ou negativa, de existência, validade ou eficácia da convenção arbitral; (ii) extinguiu-se o processo judicial sem julgamento de mérito; e (iii) houve mudança em relação à decisão da(s) instância(s) anterior(es). O relatório também apresentará, percentualmente, (iv) em quantos julgados houve efetiva apreciação de questões relacionadas com arbitragem; e (v) quantos julgados foram favoráveis à arbitragem, assim considerados aqueles em que os dispositivos da Lei de Arbitragem foram aplicados de forma técnica. Já a segunda parte do relatório apresentará a análise qualitativa das decisões deste universo temático. Os julgados serão ordenados em subgrupos temáticos, discorrendo-se sobre os fatos e os fundamentos que ensejaram as discussões no âmbito do STF e do STJ.

Por fim, a conclusão indicará os resultados obtidos na PESQUISA 2016 no que diz respeito à existência, validade e eficácia da convenção arbitral. Pode-se dizer que, em geral, o Poder Judiciário tem privilegiado o instituto da arbitragem e os respectivos dispositivos da Lei de Arbitragem, respeitando o seu limite no reconhecimento da existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

¹³ LEI DE ARBITRAGEM, Art. 3º: “*As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral*”.

Parte I. Análise quantitativa das decisões por Tribunal

Identificou-se, primeiramente, que o número de decisões proferidas pelo STJ relacionadas ao tema sob análise foi mais elevado do que os julgados encontrados no STF. De fato, 38 das 63 decisões analisadas foram proferidas pelo STJ, enquanto o STF proferiu 25 decisões, conforme indica o gráfico abaixo:

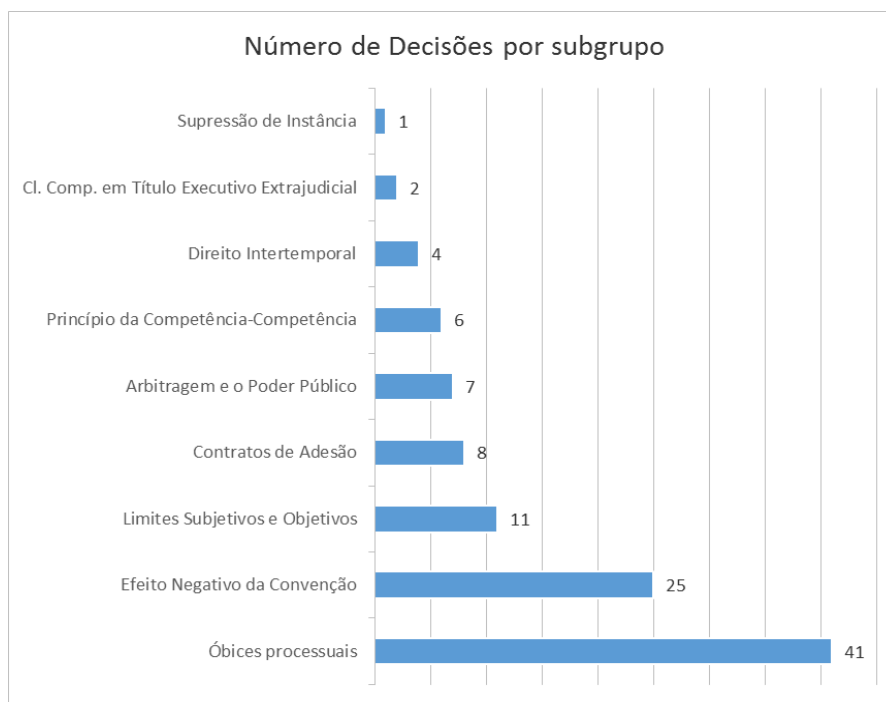


Para maior clareza da análise ora proposta, os acórdãos analisados foram divididos em subgrupos temáticos¹⁴. Estes subgrupos foram definidos com base na PESQUISA 2007¹⁵ e organizados conforme os fundamentos utilizados nos acórdãos para a avaliação da existência, validade ou eficácia da convenção arbitral. Não existe uma divisão numérica equânime entre os subgrupos temáticos. O gráfico abaixo ilustra o número de julgados contemplados em cada um dos subgrupos temáticos:

¹⁴ Subgrupos processuais: (i) Extinção do processo sem julgamento do mérito em 2ª instância. Supressão de instância?; (ii) Efeito negativo da convenção arbitral; (iii) Ôbices processuais derivados da impossibilidade de reexame do conjunto-fático probatório e de cláusulas contratuais; (iv) Direito intertemporal.

Subgrupos relacionados ao mérito: (i) Princípio da competência-competência; (ii) Limites objetivos e subjetivos da convenção arbitral; (iii) Arbitragem e Poder Público; (iv) Contratos de adesão; (v) Cláusula compromissória em título executivo extrajudicial.

¹⁵ Os relatórios finais desta pesquisa, realizada em parceria com a FGV, encontram-se no site do CBAr: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-fgv-2007>



O gráfico deixa claro que a grande maioria das decisões analisadas não foram apreciadas em seu mérito pelo STJ ou pelo STF, sobretudo com base nas súmulas de número 5 e 7 do STJ e 279 e 454 do STF. O número não surpreende, na medida em que as questões relacionadas com existência, validade e eficácia da convenção arbitral normalmente envolvem o exame de cláusulas contratuais. A segunda questão mais abordada foi o efeito negativo da convenção de arbitragem, que se relaciona com a qualificação jurídica de um fato (a cláusula compromissória) e os efeitos jurídicos dela decorrentes.

As decisões do STF e do STJ foram também distribuídas com base em cinco critérios classificatórios: (i) extinção do processo sem julgamento de mérito¹⁶; (ii) alteração da decisão em relação à instância anterior; (iii) declaração de

¹⁶ Com a finalidade de determinar o preenchimento dos gráficos referentes à extinção do processo sem julgamento do mérito, os pesquisadores responderam à pergunta “A decisão extinguiu o processo sem julgamento de mérito?” da seguinte forma: (i) se a decisão declarou expressamente a extinção do processo sem julgamento de mérito, a resposta foi afirmativa; (ii) se a decisão declarou expressamente que o processo não foi extinto sem julgamento de mérito, a resposta foi negativa; por fim, (iii) se a decisão não fez qualquer menção à extinção do processo, a resposta foi inconclusiva. Tal metodologia também foi utilizada na análise do tópico sobre a declaração (ou não) de inexistência, invalidade e ineficácia da convenção arbitral.

inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral; (iv) análise de questões processuais ou de arbitragem; e, finalmente, (v) tecnicidade da decisão¹⁷.

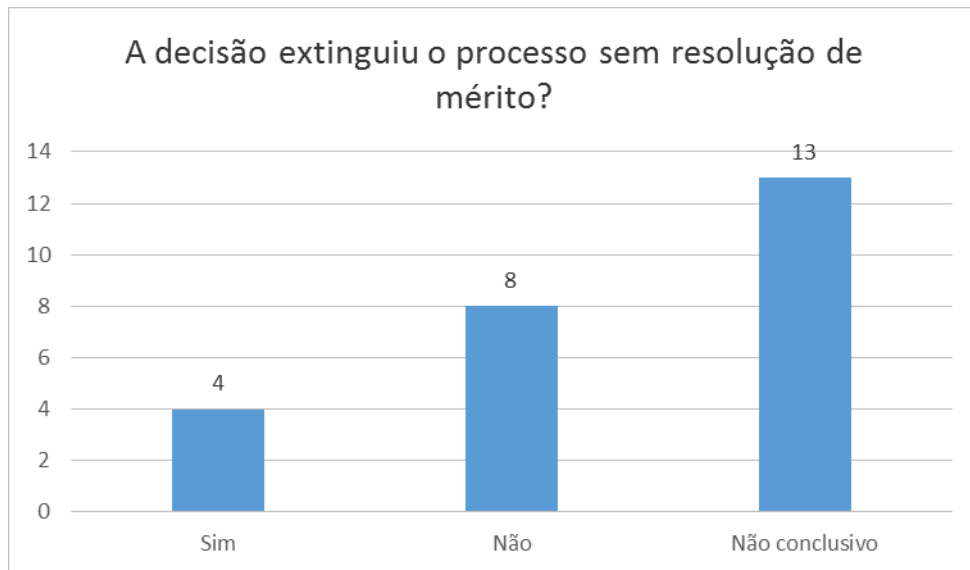
a. STF

Quanto ao primeiro critério, (*i.e.*, a extinção do processo sem julgamento de mérito) das 25 decisões do STF¹⁸, 4 extinguiram o processo sem julgamento de mérito, enquanto 8 não o fizeram e 13 foram inconclusivas¹⁹. O gráfico a seguir ilustra esse cenário:

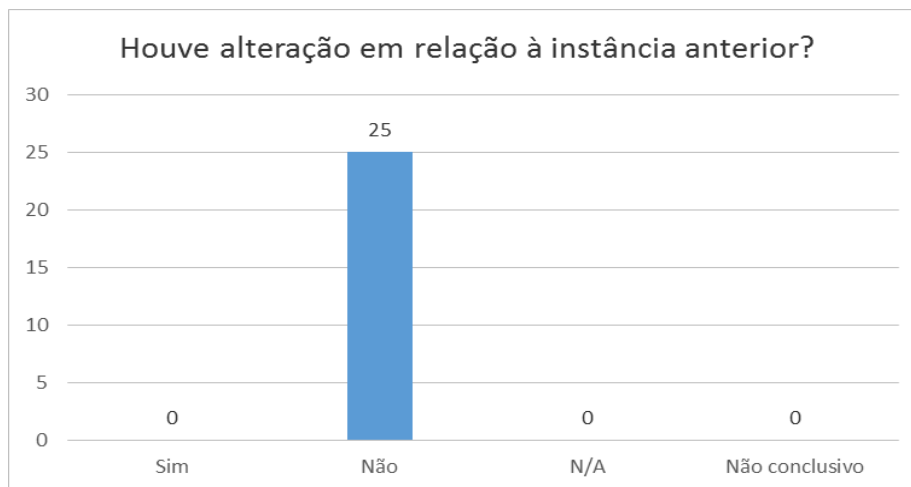
¹⁷ Na esteira da PESQUISA 2007, não se classificou as decisões em “favoráveis ou desfavoráveis” à arbitragem a partir da posição do tribunal superior em relação à extinção ou não do processo sem julgamento de mérito diante de convenção de arbitragem. Isso se deve à possível existência de situações em que, muito embora o julgador não tenha determinado a extinção do processo sem julgamento de mérito, procedeu de forma técnica e em conformidade com os dispositivos legais aplicáveis (especialmente, a LEI DE ARBITRAGEM), podendo haver, ainda, casos em que a extinção do processo eventualmente se deu por meio de uma aplicação atécnica da LEI DE ARBITRAGEM.

¹⁸ STF, AI nº 615.615, Decisão Monocrática, Min. Ellen Gracie, j. 25.03.2010; STF, AI nº 794.285, Decisão Monocrática, Min. Gilmar Mendes, j. 16.08.2011; STF, AC nº 1.049, Decisão Monocrática, Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.04.2010; STF, AI nº 611.133, Decisão Monocrática, Min. Cesar Peluso, j. 31.07.2012; STF, AgRg no AI nº 475.917, 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Peluso, j. 02.02.2010; STF, EDiv nº 588.485, Decisão Monocrática, Min. Ricardo Lewandowski, j. 09.09.2010; AI nº 650.162; STF, AI nº 849.422, Decisão Monocrática, Min. Rosa Weber, j. 23.08.2012; STF, AI nº 838.063, Decisão Monocrática, Min. Joaquim Barbosa, j. 20.06.2012; STF, ARE nº 708.645, Decisão Monocrática, Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.09.2012; STF, AI nº 854.942, Decisão Monocrática, Min. Dias Toffoli, j. 18.03.2013; STF, AI nº 834.239, Decisão Monocrática, Min. Gilmar Mendes, j. 02.05.2013; STF, AI nº 834.240, Decisão Monocrática, Min. Gilmar Mendes, j. 03.05.2013; STF ARE nº 734.911, Decisão Monocrática, Min. Teori Zavascki, j. 27.08.2013; STF AgRg em ARE nº 781.813, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, j. 18.02.2014; STF, AI nº 859.969, N/A, Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.02.2014; STF, AI nº 687.888, N/A, Min. Gilmar Mendes, j. 14.02.2014; STF, ARE 781.813, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.02.2014; STF, RE nº 659.893, Decisão Monocrática, Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.06.2014; STF, ARE nº 857.799, Decisão Monocrática, Min. Luiz Fux, j. 02.02.2015; STF, RE nº 697.262, Decisão Monocrática, Min. Luiz Fux, j. 24.09.2014; STF, AI nº 781.779, Decisão Monocrática, Min. Cármen Lúcia, j. 24.02.2010; STF, Rel nº 10.392, Decisão Monocrática, Min. Cármen Lúcia, j. 13.09.2010; STF, AI nº 774.503, Decisão Monocrática, Min. Cármen Lúcia, j. 02.05.2012.

¹⁹ Conforme critério referido na nota de rodapé 16, acima.



No tocante ao segundo critério (*i.e.*, a alteração da decisão em relação à instância anterior), nota-se que nenhuma decisão do STF alterou a decisão da instância anterior²⁰, conforme se verifica abaixo²¹:

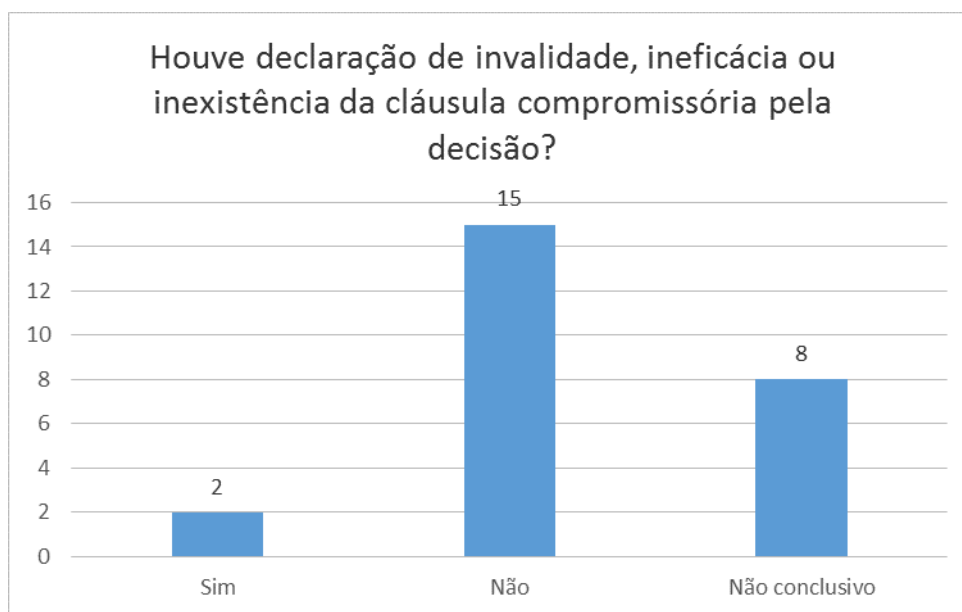


Quanto ao terceiro critério (*i.e.* a declaração, positiva ou negativa, pela decisão judicial, de existência, validade ou eficácia da convenção arbitral), verificou-se que, das 25 decisões, em apenas 2 o STF declarou a cláusula inválida, ineficaz ou inexistente; em 15 decisões não reconheceu a inexistência, invalidade ou

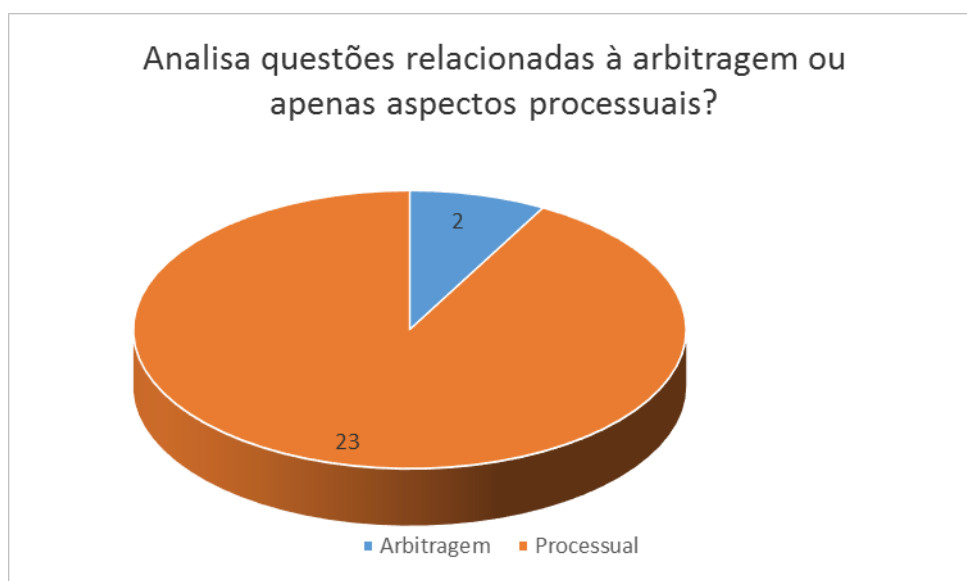
²⁰ A pesquisa se ateve apenas ao conteúdo das decisões disponibilizadas não tendo havido qualquer tipo de análise sobre as decisões das instâncias anteriores ou quanto ao Tribunal do qual tais decisões provinham.

²¹ O critério de “não aplicável” (N/A) seria utilizado caso houvesse alguma decisão que tratasse de questão apresentada diretamente ao STF.

ineficácia; e em 8 não se pronunciou a respeito (nestes casos, considerou-se o resultado como “não conclusivo”). Vide gráfico abaixo:



Por fim, nas decisões do STF, é de se notar que muitos julgados (23 no universo de 25 decisões analisadas), apesar de mencionarem a palavra “arbitragem”, abordaram aspectos meramente processuais²², como a discussão sobre a violação reflexa à CF ou a impossibilidade de reexaminarem-se cláusulas contratuais, dentre as quais a cláusula compromissória, conforme ilustra o gráfico abaixo:

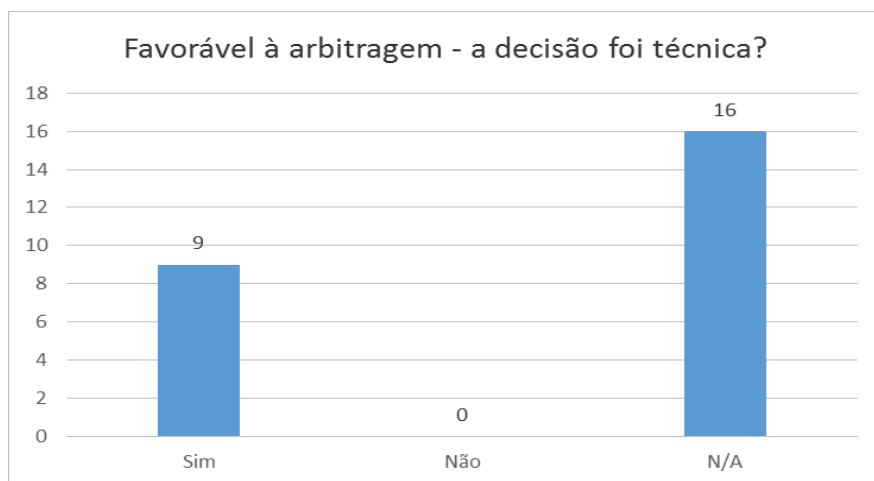


²² Considerando esta constatação, este critério pode ter levado à distorção de dados, visto que ainda que a decisão mencionasse a palavra “arbitragem”, o tema não era efetivamente tratado. Isso fica evidente quando o gráfico é analisado e nota-se que apenas 2 decisões das 25 analisadas lidaram com o tema.

Por fim, ao longo da análise qualitativa, buscou-se observar se as decisões eram favoráveis ou contrárias à arbitragem a partir do critério de sua tecnicidade. De forma a tornar o critério objetivo, levou-se em consideração se o julgado decidia o caso aplicando de forma técnica os dispositivos da LEI DE ARBITRAGEM – e demais diplomas legais relevantes. Nesse sentido, ainda que se decidisse contra a utilização da arbitragem para a solução da controvérsia (*e.g.*, determinando o não prosseguimento da arbitragem e a competência da justiça estatal), a decisão, se proferida tecnicamente, seria considerada “favorável à arbitragem”.

Utilizando esse parâmetro de análise **não foram identificadas quaisquer decisões atécnicas**. Todas as decisões do STF, independentemente de decidirem a favor ou contra a competência da via arbitral, foram tomadas com base na aplicação esperada da LEI DE ARBITRAGEM e de outros dispositivos relevantes.

Este resultado levou em conta somente as decisões que discutiram a LEI DE ARBITRAGEM, de tal forma que a análise ficou prejudicada em um significativo número de casos, nos quais o STF se restringiu à análise de questões processuais atinentes ao recurso, conforme ilustra o gráfico abaixo:

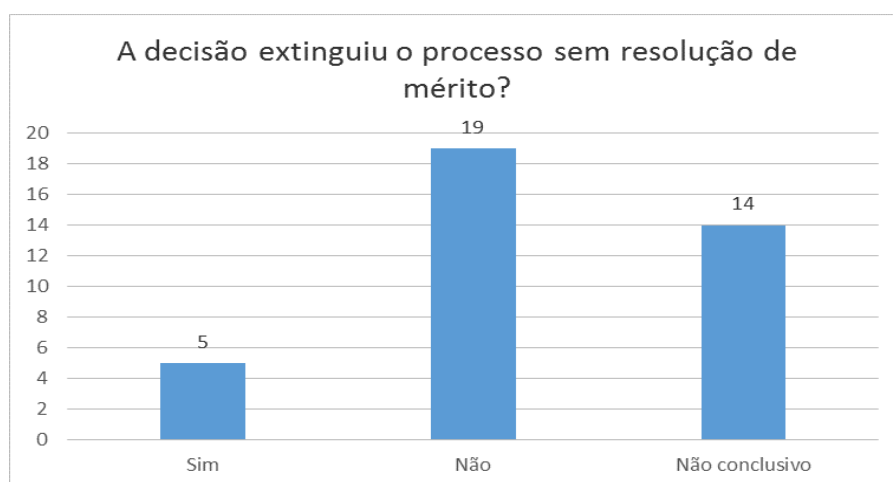


b. STJ

No âmbito do STJ, foram examinadas 38 decisões no total²³.

²³ STJ, REsp nº 867.101, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 20.05.2010; STJ, REsp nº 904.813, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 20.10.2010; STJ, REsp nº 270.169, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17.11.2011; STJ, REsp nº 934.771, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.03.2010;

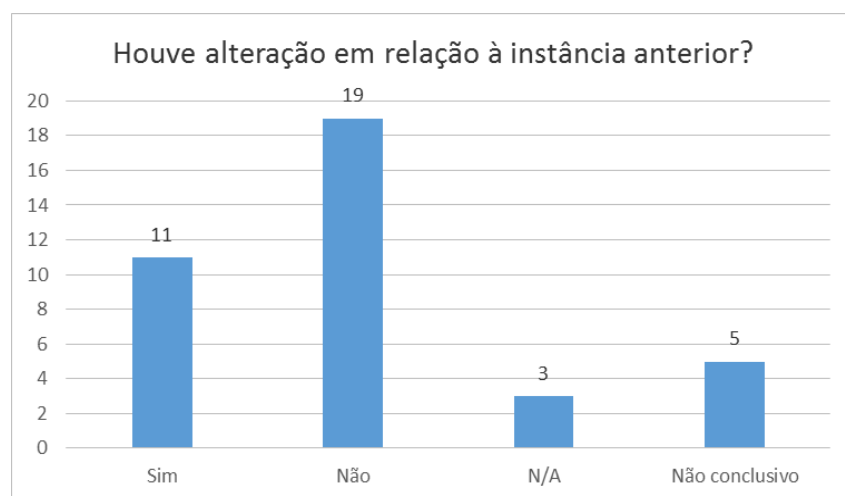
No tocante à extinção do processo sem julgamento de mérito, em 5 casos o processo foi extinto pela decisão do tribunal superior sem julgamento de mérito, enquanto em 19 não o foram. Nas 14 decisões restantes, não foi possível concluir se houve ou não a extinção sem resolução do mérito²⁴.



STJ, MS nº 11.308, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008; STJ, REsp nº 944.917, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.09.2008; STJ, AgRg em MC nº 14.130, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 07.10.2008; STJ, REsp nº 1.355.830, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.03.2013; STJ, REsp nº 1.169.841, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.06.2012; STJ, REsp nº 1.082.498, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.11.2011; STJ, REsp nº 1.277.725, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2013; STJ, AgRg em Agravo em REsp nº 371.993, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 14.10.2014; STJ, REsp nº 1.373.710, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 07.04.2015; STJ, AgRg em REsp nº 1.311.367, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05.06.2014; STJ, AgRg em REsp nº 1.439.034, 3ª Turma, Rel. Min. João Otavio de Noronha, j. 11.11.2014; STJ, REsp nº 935.003, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 20.10.2011; STJ, AgRg em ED em Agravo em REsp nº 426.883, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.04.2014; STJ, AgRg no REsp nº 1.099.613, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18.12.2012; STJ, REsp nº 954.065, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.05.2008; STJ, AgRg na Reclamação nº 9.030, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.03.2013; STJ, REsp nº 1.355.831, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.03.2013; STJ, REsp nº 933.371, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 09.02.2010; STJ, AgRg em REsp nº 1.424.456, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.05.2015; STJ, AgRg em MC nº 12.457, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.05.2008; STJ, AgRg em MC nº 23.285, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 18.12.2014; STJ, AgRg em MC nº 24.815, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belize, j. 06.10.2015; STJ, AgRg em REsp nº 1.314.021, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.08.2015; STJ, AgRg em REsp nº 1.519.985, 3ª Turma, Des. Min. Moura Ribeiro, j. 18.08.2015; STJ, REsp nº 1.015.194, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.03.2009; STJ, REsp nº 1.278.852, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.05.2013; STJ, REsp nº 1.327.619, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.08.2013; STJ, REsp nº 1.288.251, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10.09.2012; STJ, REsp nº 1.302.900, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10.09.2012; STJ, ED em AC nº 15.266, 4ª Turma, Rel. Min. João Otavio de Noronha, j. 23.04.2009; STJ, REsp nº 1.389.763, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.11.2013; AgRg em AI nº 1.101.015, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.03.2011; STJ, AgRg em AI nº 692.697, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.06.2009; AgRg em REsp nº 1.181.977, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01.12.2015.

²⁴ Não foi possível identificar se houve resolução do mérito porque as decisões, por vezes, não enfrentaram a questão da resolução do mérito. Para evitar juízos de valores inadvertidos, optou-se por responder com “sim” ou “não” à indagação acerca da resolução do mérito da disputa, conforme nota de rodapé 16.

Também se analisou se as decisões proferidas pelo STJ alteraram o julgamento proferido na instância inferior – o segundo critério ora considerado. Identificou-se que 11 decisões reformaram a decisão proferida na instância inferior, enquanto 19 decisões mantiveram o entendimento dos Tribunais Inferiores. Não obstante, em 3 decisões não foi possível aplicar este critério de análise, visto se tratar de decisões sobre medidas cautelares apresentadas diretamente ao STJ²⁵, e em outras 5 decisões²⁶ não foi possível extrair resultados conclusivos, pois as decisões se ativeram a análise de questões processuais. O gráfico a seguir ilustra esses dados:

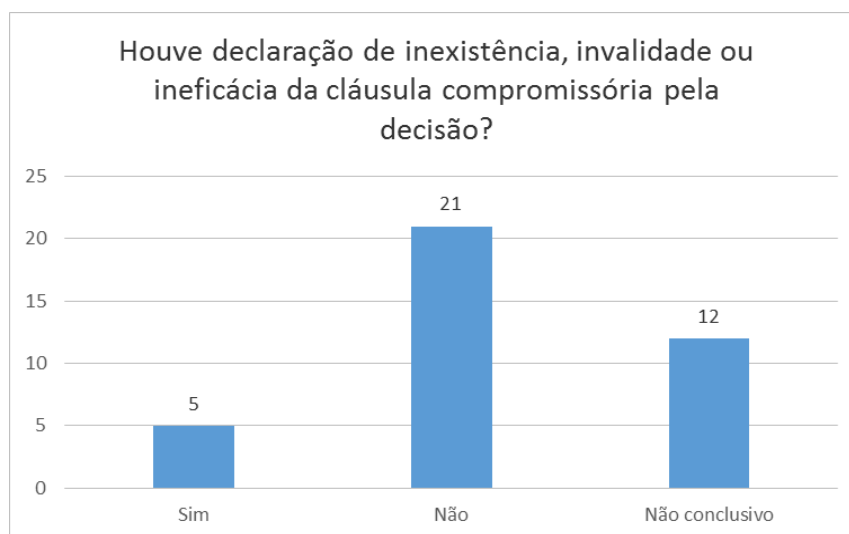


Em terceiro lugar, apenas 5 decisões do STJ declararam a inexistência, invalidade e ineficácia da cláusula compromissória, enquanto 21

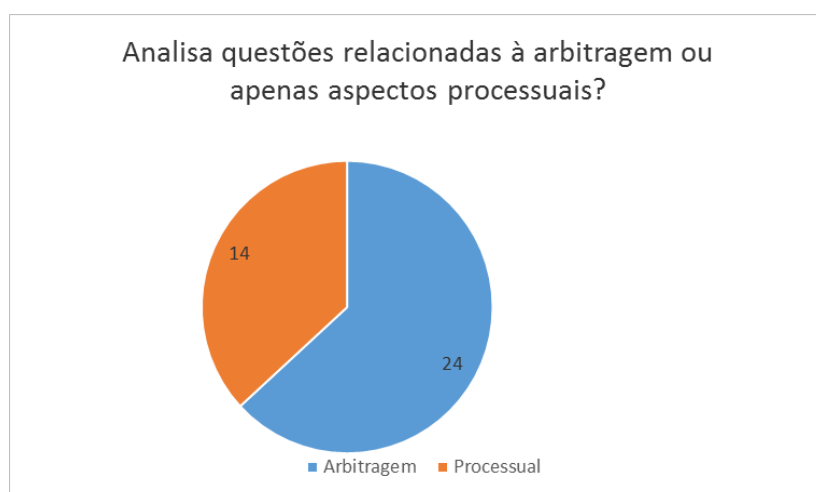
²⁵ STJ, AgRg em MC nº 14130, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 07.10.2008: o recurso julgado pelo STJ trata de agravo regimental interposto contra decisão que concedeu efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 2ª Região, o qual entendeu que a Lei 9.307/96 não poderia retroagir para ser aplicada aos contratos celebrados antes de sua vigência; STJ, AgRg em MC nº 12457, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.05.2008: a decisão trata de agravos regimentais interpostos pelo Sindicato Nacional dos Oficiais de Radiocomunicações da Marinha Mercante e pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática que revogou liminar anteriormente concedida ao MPF para suspender o processo licitatório de alienação de embarcações remanescentes da extinta Cia. de Navegação Lloyd Brasileiro (sucudida pela União); STJ, ED em AC nº 15266, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23.04.2009: este caso trata de embargos de declaração, recebidos como agravo regimental, opostos contra decisão monocrática do Min. Rel. que julgou extinta sem julgamento de mérito a medida cautelar que buscava conceder efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão do TJPB. Pelo que se depreende do acórdão, o recurso especial ao qual se buscava a concessão de efeito suspensivo foi interposto nos autos de exceção de incompetência suscitada sob o fundamento de que o Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa, PB, seria incompetente, tendo em vista a existência de cláusula compromissória no estatuto social e acordo de acionistas de empresa. A controvérsia analisada no Tribunal restringe-se a questões processuais. Em todos casos, portanto, as medidas de cautela haviam sido ajuizadas diretamente no STJ.

²⁶ STJ, AgRg em REsp nº 1424456-SE; STJ, AgRg em MC nº 23285-RJ; STJ, AgRg em 24815; STJ, AgRg em REsp nº 1314021; STJ AgRg em REsp nº 1519985.

decisões não o fizeram. Em 12 decisões, os resultados foram inconclusivos²⁷. O gráfico a seguir ilustra esses dados:



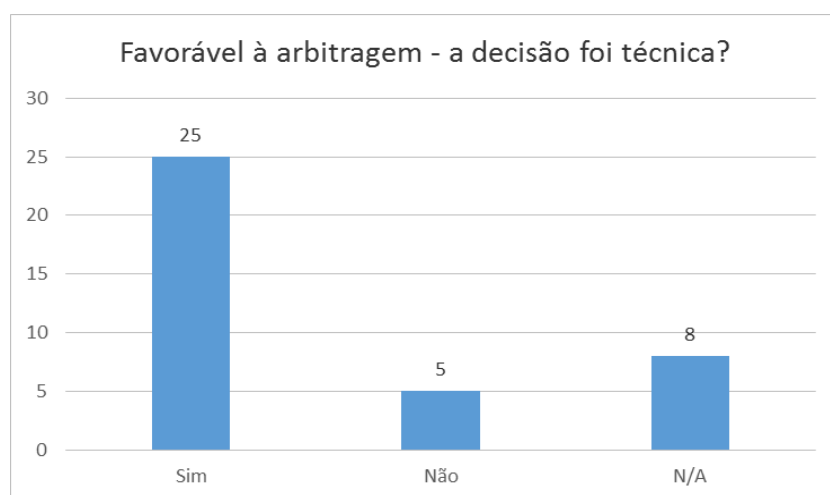
Também se verificou em quantas decisões houve pronunciamento efetivo sobre questões atinentes à arbitragem e, contrariamente, em quantas decisões foram analisadas tão somente questões processuais. Em aproximadamente 63% das decisões proferidas pelo STJ (24 decisões), a questão de fundo relacionada à arbitragem foi apreciada. Em 14 decisões, contudo, a matéria de fundo não foi efetivamente discutida, atendo-se o STJ a questões estritamente processuais:



²⁷ Resultados inconclusivos, pois os acórdãos não trouxeram elementos – expressos ou implícitos – de declaração de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral.

Em contraposição ao STF, percebe-se que o STJ efetivamente aprecia questões relacionadas com a arbitragem. No STF, conforme se viu *supra*, “item I, a”, em apenas 2 de 25 decisões apreciou-se questões relacionadas ao “mérito arbitral”, o que corresponde ao percentual de 8%.

Por fim, cerca de 13% das decisões do STJ foram consideradas atécnicas, por não levar em consideração os preceitos da LEI DE ARBITRAGEM:



Esclarecidos os principais aspectos quantitativos do relatório, a Parte II se dedicará à análise qualitativa das decisões, nas quais as principais questões relativas ao tema da existência, validade e eficácia da convenção arbitral serão apresentadas. Levar-se-á em consideração as peculiaridades observadas dentro de cada subgrupo temático, os quais foram tomados com base na PESQUISA 2007 e organizados conforme os fundamentos expressamente utilizados nos acórdãos para a avaliação da existência, validade ou eficácia da convenção arbitral. Analisam-se, por igual, eventuais divergências entre julgados do STF e do STJ e a existência de entendimentos consolidados nos tribunais superiores.

Parte II. Análise qualitativa das decisões

A análise qualitativa das decisões pautou-se pelo estudo das decisões, buscando enquadrá-las no respectivo subgrupo temático, bem como identificar aspectos relevantes sobre a tecnicidade da decisão. Da consolidação e sistematização dos comentários, foi possível dividir os temas em (a) questões processuais, isto é,

ligadas a dispositivos, súmulas e à sistemática do CPC e (b) questões de mérito relacionadas com a arbitragem, isto é, aquelas nas quais fundamentos relacionados com institutos conectados à prática arbitral foram apreciados, em especial, pontos adjacentes à análise da existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

É de se esclarecer que nesta análise qualitativa buscou-se observar a tecnicidade da decisão na aplicação da LEI DE ARBITRAGEM. De forma a tornar o critério objetivo, levou-se em consideração se o julgado decidia o caso analisando os dispositivos da LEI DE ARBITRAGEM e demais diplomas legais relevantes para o instituto da arbitragem. Nesse sentido, ainda que se decidisse contra a utilização da arbitragem para a solução da controvérsia (v.g., determinando o não prosseguimento da arbitragem) a análise recairia, tão somente, em saber se a fundamentação da decisão se deu de maneira técnica ou não.

a. Questões Processuais

Neste ponto, serão analisadas as seguintes questões: (a.1) “Extinção do processo sem julgamento do mérito em 2ª instância: supressão de instância?”; (a.2) “Óbices processuais derivados da impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7 do STJ; e 279 e 454 do STF)”;

(a.3) “Efeito negativo da convenção arbitral (art. 267, VII do CPC)”;

e (a.4) “Direito intertemporal”.

a.1. Extinção do processo sem julgamento do mérito em 2ª instância. Supressão de instância?

Foram identificados casos em que a existência de convenção de arbitragem não foi apreciada pelo tribunal sob a alegação de que esta não havia sido analisada pelo juízo *a quo*.

Na PESQUISA 2007 foi apontada a existência de 12 acórdãos proferidos por diferentes TJs do País – dentre eles, TJMG, TJSP, TJDF e TJMS – que

deixaram de apreciar a alegação de existência de convenção de arbitragem quando esta não havia sido analisada pelo juízo de 1ª instância (*a quo*), sob pena de configurar supressão de instância. Na PESQUISA 2016, o único acórdão encontrado²⁸ sobre o tema aponta em sentido diverso do entendimento identificado pela PESQUISA 2007.

O posicionamento do STJ no REsp nº 954.065, de relatoria do Min. Ari Pargendler, julgado em 13.5.2008, foi em direção contrária ao posicionamento dos TJs indicados na PESQUISA 2007. No REsp supramencionado, estava em pauta acórdão proferido pelo TJMS que deixou de conhecer pedido de extinção do processo sem julgamento de mérito fundado na existência de convenção de arbitragem (CPC, art. 267, inciso VII²⁹), sob o fundamento de que, caso o TJMS se manifestasse sobre a questão, haveria supressão de instância, uma vez que o juízo *a quo* não havia se manifestado sobre o tema. No entendimento do STJ, (i) teria havido manifestação do Juízo de 1ª instância, ainda que implícita, sobre a cláusula compromissória na medida em que ele foi informado da interposição de AI (CPC, art. 526³⁰, dentre outros) que tratou do tema, e deixou de reconsiderar a liminar deferida anteriormente; e (ii) o AI teria sido a primeira oportunidade que o agravante teve de suscitar a preliminar de existência de convenção de arbitragem, já que a liminar foi deferida *inaudita altera parte*. O STJ, por unanimidade, entendeu que não havia supressão de instância nas hipóteses em que o juízo *a quo* poderia ter reconsiderado a decisão agravada à luz da preliminar de existência de convenção de arbitragem apresentada via agravo de instrumento – seja quando informado da interposição do AI (art. 526, CPC), seja quando solicitadas informações pelo relator do agravo (art. 527, IV, CPC³¹). Segundo entendeu o acórdão do STJ, o fato de o juízo de primeira instância não ter reconsiderado a decisão agravada seria manifestação implícita sobre a alegação de existência de cláusula compromissória, não se configurando a supressão de instância:

A possibilidade de reconsideração é inerente ao efeito regressivo do agravo de instrumento (...). Deixando de fazê-lo, o MM. Juiz de

²⁸ STJ, REsp nº 954.065, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.05.2008.

²⁹ Art. 485, Inc. VII, NCPC.

³⁰ No NCPC, conforme art. 1.018, *caput*, §§ 2º e 3º, a comunicação prevista no art. 526 do CPC 1973 deixa de ser obrigatória para os processos que tramitam eletronicamente, mantendo-se a obrigatoriedade caso o processo tramite fisicamente.

³¹ Sem correspondência direta no NCPC.

Direito afastou implicitamente o argumento [acerca da existência de cláusula compromissória], sem que Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás tivesse a oportunidade de obter uma manifestação expressa a respeito. O tema, portanto, foi devolvido ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que não poderia exonerar-se de enfrentá-lo em nome do princípio do duplo grau de jurisdição³².

Desse modo, o entendimento apresentado pelo STJ confirma que as instâncias inferiores devem analisar a alegação de existência de convenção arbitral, mesmo que em juízo de reconsideração de decisão agravada. Ao interpretar que, no caso concreto, o juízo *a quo* teria se manifestado implicitamente sobre a questão, o STJ prestigiou a preliminar de convenção arbitral, evitando que ela deixasse de ser analisada nos TJs sob a alegação de supressão de instância – o que retardaria a pacificação do conflito e, em especial, uma decisão final sobre a existência de convenção de arbitragem.

a.2. Efeito Negativo da Convenção Arbitral (art. 267, VII do CPC)

O efeito negativo da convenção arbitral é um tema processual recorrentemente discutido no âmbito da relação entre arbitragem e Poder Judiciário, tanto no STJ quanto no STF³³. A existência da convenção arbitral é causa de extinção do processo sem julgamento de mérito (cf. art. 267, VII, do CPC)³⁴. Na PESQUISA 2007, verificou-se a tendência de que a análise feita pelos tribunais se dava por um viés procedimental e formalista, isto é, discussões sobre, por exemplo, a forma processual mais adequada para encaminhamento da questão ao Poder Judiciário (preliminar em contestação, ação própria ou exceção de incompetência). Tal viés repetiu-se nas decisões dos tribunais superiores examinadas nesta PESQUISA 2016. A

³² Conforme voto do Min. Rel. Ari Pargendler, nos autos do STJ, REsp nº 954.065/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.05.2008.

³³ O tema foi objeto de 26 decisões, sendo 5 do STF e 21 do STJ: ARE nº 708.645 (STF); ARE nº 743.911 (STF); AI nº 650.162 (STF); AI nº 774.503 (STF); AI nº 781.779 (STF); AgRg nos ED no REsp nº 1.173.526 (STJ); EDcl na MC nº 15.266 (STJ); REsp nº 1.355.830 (STJ); REsp nº 1.288.251 (STJ); REsp nº 1.302.900 (STJ); REsp nº 1.082.498 (STJ); REsp nº 1.278.852 (STJ); REsp nº 1.327.619 (STJ); AgRg na MC nº 23.285 (STJ); AgRg no AREsp nº 371.993 (STJ); AgRg no REsp nº 1.311.367 (STJ); AgRg no REsp nº 1.424.456 (STJ); AgRg no REsp nº 1.439.034 (STJ); AgRg no REsp nº 1.519.985 (STJ); REsp nº 1.015.194 (STJ); REsp nº 933.371 (STJ); REsp nº 1.389.763 (STJ); REsp nº 270.169 (STJ); REsp nº 934.771 (STJ); REsp nº 935.003 (STJ); e REsp nº 791.260 (STJ).

³⁴ No NCPC, o efeito negativo da convenção arbitral está determinado no artigo 485, VII.

predominância de análise adstrita a questões procedimentais e formais era esperada, porque, como visto anteriormente, o STF e o STJ têm jurisprudência consolidada no sentido de impedir a reanálise do conjunto fático-probatório e também de cláusulas contratuais. Em 3 casos, no entanto, tal postura não foi adotada: o STJ analisou de modo aprofundado o efeito negativo da cláusula arbitral.

No REsp nº 1.389.763, conflito entre a Inepar S/A Indústria e a Itiquira Energética S/A 35, o STJ identificou, no contrato objeto da disputa, a existência de cláusula compromissória “cheia”, asseverando que esta era suficiente para a instalação da arbitragem. Em primeira instância, o caso tratou de exceção de pré-executividade oposta pela Inepar, que sustentava a nulidade de sentença arbitral objeto de execução judicial alegando que a cláusula compromissória constante do contrato firmado entre as partes dependeria de posterior compromisso arbitral. A exceção de pré-executividade foi rejeitada, entendendo o juiz que a cláusula compromissória em questão era “cheia” e, portanto, dispensava de complementação por compromisso arbitral. A Inepar, então, interpôs AI junto ao TJPR.

O TJPR entendeu que a simples existência de cláusula compromissória não seria suficiente para submeter o litígio à arbitragem e afirmou que somente após a celebração do compromisso arbitral é que haveria o deslocamento de jurisdição para o tribunal arbitral. A Itiquira opôs ED, que foram acolhidos sob o fundamento de que a Ata de Missão assinada pelas partes cumprira os requisitos apresentados pela LEI DE ARBITRAGEM, resultando na desnecessidade da celebração de compromisso arbitral. A Inepar interpôs, então, REsp alegando, em síntese: (i) ter havido omissão quanto às teses suscitadas em contrarrazões, especialmente quanto à inexistência de cláusula compromissória “cheia” na legislação brasileira e à inviabilidade de sua utilização para instalação de tribunal arbitral “ad hoc”; (ii) ter havido alteração substancial da cláusula compromissória com a “ata de instalação” do tribunal arbitral; e (iii) ser a sentença arbitral nula.

O STJ negou provimento ao REsp por entender que a cláusula compromissória “cheia” inserida em contrato é suficiente para instauração de arbitragem, sendo o compromisso arbitral imprescindível apenas quando, surgida a

³⁵ STJ, REsp nº 1.389.763, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.11.2013.

disputa, verificar-se que a arbitragem foi convencionada por cláusula compromissória “vazia”. Em seu voto, a Ministra Nancy Andriighi registrou o conceito de cláusula cheia: “a cláusula compromissória ‘cheia’ inserida em contrato fica em estado latente, operando-se seus efeitos práticos na instalação do juízo arbitral (...) diante do efetivo surgimento da controvérsia”. Assim, concluiu-se que em virtude de a cláusula ter tido o condão de validamente instituir o procedimento arbitral, não havia nem necessidade e nem possibilidade de que o caso fosse submetido ao juízo estatal, ou que um compromisso arbitral fosse assinado previamente ao termo de arbitragem.

No REsp nº 1.082.498, o STJ também reconheceu a competência do Poder Judiciário para “*dirimir as questões necessárias à instauração do Juízo alternativo de resolução de conflitos*”³⁶. No caso, Antônia da Silva Barbosa – Microempresa ajuizou ação visando a instaurar procedimento arbitral escolhido a partir de cláusula compromissória, com fulcro no art. 7º da LEI DE ARBITRAGEM. O Condomínio Civil do Cuiabá Plaza Shopping não se opôs à validade da cláusula compromissória, mas sim à imparcialidade do árbitro indicado pela Microempresa.

Em primeiro grau, a Microempresa obteve êxito na sentença, que já determinou honorários advocatícios e do árbitro, dando-se seguimento à arbitragem. O Condomínio apelou dos honorários advocatícios arbitrados na sentença. De ofício, o TJMT extinguiu o processo sem resolução de mérito, sob o entendimento de que as questões não poderiam ter sido levadas ao Poder Judiciário em virtude de haver cláusula compromissória no contrato celebrado entre as partes, o que a faria carecedora do direito de ação. O próprio Condomínio interpôs REsp contra a extinção do processo sem resolução de mérito. O acórdão em REsp declarou correta a extinção do processo e a determinação para que o tribunal arbitral julgasse a controvérsia, além de ter determinado que os autos retornassem à primeira instância meramente para discussão de questões relacionadas às custas e honorários de sucumbência.

Outro julgado é o REsp nº 791.260, que trata de disputa entre Aescom Sul Ltda. e Dário Brandão Bestetti. Neste caso, após controvérsia derivada de contrato contendo cláusula compromissória, uma das partes tentou iniciar procedimento arbitral, sem sucesso, em função de resistência da parte contrária. Iniciada a disputa

³⁶ STJ, REsp nº 1.082.498, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.11.2011.

judicial com base no artigo 7º da LEI DE ARBITRAGEM, o TJRS declarou que “a cláusula contratual que adrede e abstratamente determina a submissão da resolução de litígios contratuais à arbitragem jamais poderá ser interpretada como absoluta, senão como relativa e programática, sob pena de ferir-se o princípio hierárquico e constitucional do monopólio estatal da jurisdição”. O STJ entendeu que a decisão do TJRS violava os artigos 1º, 4º, 6º e 7º da LEI DE ARBITRAGEM, dando, assim, provimento ao REsp em virtude do efeito negativo da cláusula arbitral, afastando a jurisdição estatal.

Como mencionado anteriormente, na PESQUISA 2007, identificou-se uma tendência formalista por parte dos tribunais estaduais³⁷. Não é diferente na pesquisa atual. Contudo, nos três casos supramencionados, o entendimento do STJ foi técnico ao aplicar corretamente os dispositivos da LEI DE ARBITRAGEM.

a.3. Óbices relativos à impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7 do STJ; e 279 e 454 do STF)

A PESQUISA 2007 não dedicou subgrupo específico às decisões que deixaram de analisar o caso com base na impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais. Isto se deveu ao fato de que, naquela ocasião, os relatórios analíticos não se limitaram aos tribunais superiores. Na PESQUISA 2016, verificou-se elevado número de decisões³⁸ do STF e do STJ que não

³⁷ Na Pesquisa de 2007 do Tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral”, são citados os entendimentos dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais.

³⁸ Foram identificadas 41 decisões do STF e do STJ neste subgrupo temático: AgRg no REsp nº 1099613; Ag em REExt nº 781813-DF; AI nº 859969-PB; AgRg nos EDcl no AREsp nº 426.883/PR (STJ); Ag. Reg. em Agravo em Recurso Extraordinário nº 781.813-DF; ARE nº 697262-SP; AI nº 687888-PR; ARE nº 743911 (STF); AI nº 611133 (STF); AI nº 838063 (STF); AI nº 849422 (STF); ARE nº 708645 (STF); AI nº 834240 (STF); AgRg no REsp nº 1.314.021 (STJ); AgRg no REsp nº 1.424.456 (STJ); AgRg no REsp nº 1.439.034 (STJ); REsp nº 933.371 (STJ); AgRg no AI nº 692.697-RJ (STJ); AgRg nos EDcl no AI nº 1.101.015-RJ (STJ); REsp nº 867.101-DF (STJ); REsp nº 935.003-BA (STJ); ARE nº 743911 (STF) (segundo a base de dados da pesquisa, haveria uma decisão do STF proferida pela Segunda Turma no Agravo em Recurso Extraordinário nº 743911. Contudo, tal decisão não foi localizada no site do STF); AI nº 794.285 (STF); AgRg no AI nº 475.917 (STF); AI nº 834.239 (STF); ARE nº 697.262; AgRg no AREsp nº 371.993 (STJ); AgRg em ARE nº 781.813; ARE nº 857.799; AI nº 854.942 (STF); ARE nº 708.645 (STF); ARE nº 743.911 (STF); AI nº 834.240 (STF); REsp nº 1.355.831 (STJ); REsp nº 1.288.251 (STJ); REsp nº 1.302.900 (STJ); e REsp nº 1.082.498 (STJ); ARE nº 857799 (STF); REExt nº 659893-PR (STF); AI nº 615.615 (STF). Na decisão AgRg no REsp nº 1.181.977, embora não tenham sido invocadas as súmulas 5 e 7 do STJ e tenham sido

adentraram no mérito, em vista do disposto nas súmulas 5 e 7 do STJ; 279 e 454 do STF. Na PESQUISA 2007, havia, contudo, um subgrupo dedicado ao tema da inafastabilidade da jurisdição estatal sob enfoque constitucional, ou seja, fundamentado no art. 5º, inciso XXXV da CF³⁹. Na PESQUISA 2016, em razão do grande número de decisões que, além de mencionarem algum óbice processual, tangenciam a questão da inafastabilidade da jurisdição estatal, este item será subdividido de forma a abarcar a inafastabilidade da jurisdição estatal, sob o enfoque do art. 5º, inciso XXXV da CF (a.3.1), e os óbices processuais derivados da impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais (a.3.2).

a.3.1. Inafastabilidade da Jurisdição Estatal

Em relação à inafastabilidade da jurisdição estatal pelo enfoque constitucional, a PESQUISA 2007 demonstrou que não havia entendimento unânime entre os TJs quanto à violação do princípio insculpido no art. 5º, XXXV da CF⁴⁰ em função da existência de convenção de arbitragem. Apesar de, em muitos casos analisados na PESQUISA 2007, terem os TJs concluído que as partes não podiam ser privadas do acesso ao Poder Judiciário devido à existência de cláusula compromissória⁴¹, à época já havia sido identificada decisão do TJMG que buscou conciliar a existência da convenção arbitral à finalidade do preceito constitucional, prestigiando a escolha pela via arbitral⁴². Este entendimento do TJMG, contudo, não era a regra no espectro temporal analisado no âmbito da PESQUISA 2007. A questão

examinadas determinadas questões relacionadas a este subgrupo temático, conclui-se que “*deve[ria] ser mantida a decisão vergastada que determinou o retorno dos autos à Corte Estadual para novo julgamento dos embargos declaratórios, a fim de ser sanada a contradição quanto à confusão entre cláusula compromissória e compromisso arbitral*”. Ademais, no caso AI 615.615 (STF) foram citadas as súmulas 282 e 356 (“*o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal não foi prequestionado, porque não debatido pelo acórdão recorrido, nem suscitado nos embargos de declaração opostos às fls. 473-483, não sendo satisfeito, assim, o requisito do prequestionamento (Súmulas STF 282 e 356)*”).

³⁹ Na Pesquisa de 2007 do Tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral”, dentre outras conclusões, registrou-se: “*TJSP se baseia no princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição para justificar as mais variadas decisões*” (p. 28), “*O exame das decisões proferidas pelo TJRS no tocante à validade, eficácia e existência da cláusula de arbitragem, por sua vez, revelou posição fortemente refratária ao afastamento da jurisdição estatal, sob alegação de violação ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal*” (p. 28).

⁴⁰ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴¹ Nesse sentido, vide PESQUISA 2007, AI nº 70004535662, AI nº 70008934861, AI nº 70009318106, AI nº 70009340274; Apel. Cív. nº 70007909534, AI nº 70010662740, AI nº 70011081148, AI nº 70011513652.

⁴² Nesse sentido, vide PESQUISA 2007, AI nº 2.0000.00.356235-8/000.

analisada pelos tribunais superiores apresenta um viés diferente daquele adotado por muitos dos Tribunais Estaduais até 2007.

Na grande maioria dos casos analisados em que o recorrente alega suposta afronta ao art. 5º, XXXV da CF, os tribunais superiores acabaram por não analisar este ponto sob a perspectiva da constitucionalidade da LEI DE ARBITRAGEM. Não houve, como verificado na PESQUISA 2007, posicionamento do STF e do STJ especificamente acerca da inconstitucionalidade da estipulação da cláusula compromissória em razão de alegada violação ao art. 5º, XXXV da CF. Ademais, nos casos sob apreciação do STF, chegou-se à conclusão de que diversas das alegadas ofensas ao art. 5º, XXXV da Constituição, ocorriam de maneira reflexa, não comportando admissibilidade de RE quanto a este ponto⁴³. Tal constatação serve, inclusive, para ilustrar a pertinência da abordagem conjunta dos temas da inafastabilidade da jurisdição estatal pelo enfoque constitucional e dos óbices processuais ao exame do mérito de decisões que alcançam os tribunais superiores.

O STJ, no REsp nº 1.355.831⁴⁴, ao se deparar com o argumento de ofensa ao art. 5º, XXXV da CF, entendeu, na linha do voto do Min. Relator Sidnei Beneti, que tal discussão não teria passagem em sede de Recurso Especial, que é voltado ao enfrentamento de questões infraconstitucionais apenas⁴⁵.

No REsp nº 1.082.498, em decisão unânime, o STJ aceitou o argumento de violação ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal quando o juízo estatal se negou a socorrer as Partes frente à recusa do Tribunal Arbitral, conforme voto do Min. Relator Luis Felipe Salomão:

sendo inequívoca a competência do órgão do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula compromissória, falece-lhe a possibilidade de recusa à

⁴³ Nesse sentido, vide STF, AI nº 834.239, Decisão Monocrática, Min. Gilmar Mendes, j. 02.05.2013; STF, ARE nº 697.262, Decisão Monocrática, Min. Luiz Fux, j. 24.09.2014; e STF, ARE nº 708.645, Decisão Monocrática, Min. Ricardo Lewandowsky, j. 18.09.2012.

⁴⁴ STJ, REsp nº 1.355.831, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.03.2013, comentado por FABRI, André Gustavo. Validade da cláusula compromissória quando anterior ao decreto de falência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 41, p. 333-345, abr./jun. 2014. Os fatos do caso também foram traçados abaixo no item b.2.1.

⁴⁵ E assim foi registrado já na ementa da decisão (STJ, REsp nº 1.355.831, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.03.2013): “Não se admite, em sede de recurso especial, a alegação de ofensa a dispositivo da Constituição Federal”.

*prestação jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, mormente por se tratar de questão anterior à instauração da instância alternativa, a qual, somente a partir da sua implantação terá exclusividade na apreciação da lide. (...) [consequentemente seria] forçoso concluir [...] pelo equívoco na extinção de ofício do processo sem resolução de mérito, ao fundamento de que caberia ao juízo arbitral a competência absoluta para dirimir o presente conflito de interesses [...]*⁴⁶.

O acórdão é excelente exemplo a ilustrar a ausência de contraposição absoluta entre a extinção do processo sem julgamento de mérito – em função da existência de cláusula compromissória – e o reconhecimento jurisprudencial técnico do efeito negativo da convenção arbitral. O julgado não foi “desfavorável à arbitragem”, na medida em que reconhece ser do Poder Judiciário a competência para dar efetividade à vontade previamente manifestada na cláusula compromissória quando há resistência de uma das partes e se está diante de cláusula vazia.

a.3.2 Óbices processuais derivados da impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais

Já quanto aos óbices processuais, observou-se constantemente na motivação dos julgados analisados que os tribunais superiores não examinaram as questões de mérito debatidas, negando seguimento à grande maioria dos recursos por entender que a análise do mérito exigiria o reexame de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório. Neste sentido, foram invocadas expressamente as súmulas 5⁴⁷ e 7⁴⁸ do STJ, bem como as súmulas 279⁴⁹ e 454⁵⁰ do STF em um número significativo de

⁴⁶ STJ, REsp nº 1.082.498, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.11.2011. Vale transcrever outro trecho do julgado, explicitando tratar-se de cláusula compromissória vazia e de uma das partes “*conquanto reconhece[ss]e a competência do Juízo arbitral, [...] recusou-se a firmar o compromisso arbitral por vislumbrar a existência de vício no tribunal escolhido pela parte adversa*”: “*resulta incontestado que o Poder Judiciário é competente para dirimir as questões necessárias à instauração do Juízo alternativo de resolução de conflitos, inclusive a alegada parcialidade do tribunal escolhido pelo ora recorrido, de modo a tornar efetiva a vontade das partes ao instituírem a cláusula compromissória, haja vista tratar-se, no caso presente, de cláusula em branco ou vazia, assim entendida aquela que se limita a afirmar que qualquer desavença decorrente do negócio jurídico será solucionada por meio de arbitragem: ‘Todas as questões, eventualmente originadas do presente contrato, serão resolvidas, de forma definitiva, via arbitral em uma das Cortes de Conciliação e Arbitragem de Cuiabá-MT’*”.

⁴⁷ STJ, súmula 5: “*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial*”.

⁴⁸ STJ, Súmula 7: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial*”.

⁴⁹ STF, súmula 279: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”.

⁵⁰ STF, súmula 454: “*Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário*”.

julgados⁵¹, pois tais súmulas determinam, em síntese, que (i) a simples interpretação de cláusula contratual ou (ii) a pretensão de simples reexame de prova não ensejam REsp e RE no STJ e STF, respectivamente.

A ofensa considerada meramente reflexa à CF e a falta de prequestionamento também foram justificativas utilizadas pelo STJ e pelo STF por diversas vezes como óbices à análise do mérito⁵². Assim, o STF considera a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, quando dependente de reexame de norma infraconstitucional, ofensa reflexa ou indireta à CF e, portanto, nega seguimento aos recursos fundados na violação reflexa a esses princípios constitucionais⁵³. Além disso, a falta de repercussão geral é igualmente considerada como óbice processual⁵⁴.

Com efeito, o posicionamento do STF é claro no sentido de:

não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República, e, muito menos, pretensão de reexame de cláusulas contratuais ou de provas (Súmulas 454 e 279)⁵⁵.

A título de exemplo, no ARE nº 743.911, o Min. Teori Zavascki do STF decidiu monocraticamente negar seguimento a RE. No caso, o recorrente alegava que a inclusão de cláusula compromissória em contrato não implicaria renúncia ao

⁵¹ A título exemplificativo, veja-se AI nº 611133 (STF); AI nº 838.063 (STF); ARE nº 708.645 (STF); ARE nº 743.911 (STF); ARE nº 697.262/SP (STF); REsp nº 1.424.456/SE (STJ); AgRg no REsp nº 1.314.021 (STJ); REsp nº 935.003/BA (STJ); REsp nº 867.101 (STJ); AI nº 692.697 (STJ).

⁵² Nesse sentido, vide AI nº 834.239 (STF); ARE nº 708.645 (STF); AI nº 854.942 (STF). Vide AI nº 611133 (STF); ARE nº 743911 (STF).

⁵³ Vide ARE nº 708645 (STF); AI nº 838.063 (STF), AI 854942 (STF).

⁵⁴ ARE nº 7473911 (STF) (“[...] no que tange ao art. 5º, LV, da Constituição, o objeto deste recurso diz respeito a tema cuja existência de repercussão geral foi rejeitada por esta Corte na análise do ARE 748.371-RG [...] por se tratar de questão infraconstitucional”) e Agravo em Recurso Extraordinário nº 857799 (“Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Conseqüentemente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, § 3o, da Constituição Federal). O agravo não merece seguimento”).

⁵⁵ Vide AI nº 611133 (STF); ARE nº 743911 (STF).

exame pelo Poder Judiciário, pois, no seu entender, a submissão à arbitragem seria mera faculdade⁵⁶. O Ministro considerou que:

analisar a existência de suposta violação aos dispositivos constitucionais apontados demandaria a reapreciação de cláusulas contratuais, notadamente a cláusula compromissória, o que não é cabível no âmbito do Recurso Extraordinário, conforme estabelece a Súmula 454 do STF.

Entendimento semelhante foi identificado no âmbito do STJ⁵⁷. Nos casos em que era necessário o reexame do conjunto fático-probatório e/ou a interpretação de cláusulas contratuais, a questão de mérito atinente à arbitragem não foi analisada. Neste sentido, no AgRg no AI nº 692.697, em resposta à argumentação da agravante de que a “*análise da inexistência do compromisso arbitral prescinde do reexame de cláusula contratual sendo inaplicável a Súmula 5/STJ*”, registrou-se logo na ementa o entendimento dominante no STJ, no sentido de que “[a] *análise da irresignação da recorrente, no tocante à eventual violação a artigos da Lei de Arbitragem, esbarra no óbice da súmula 5/STJ, porquanto importa interpretação de cláusulas do acordo pactuado entre as partes*”.

Como consequência do óbice ao reexame de cláusulas contratuais, do conjunto fático-probatório e de normas infraconstitucionais, observou-se que, embora seja possível identificar coerência dos julgados na aplicação dos óbices processuais, em um grande número de decisões, os aspectos fáticos do caso – minimamente necessários para se entender a discussão travada entre as partes e o percurso do processo até alcançar o tribunal superior – acabavam ficando incompreensíveis⁵⁸⁻⁵⁹. Em conclusão, é possível dizer que fundamentos suscitados atinentes a questões de “mérito” arbitral (inclusive a violação ao art. 5º, XXXV da CF) não são

⁵⁶ O recorrente apontou ofensa ao art. 5º XXXV e LV da Constituição Federal para justificar tal entendimento. Como se vê, os temas da inafastabilidade da jurisdição estatal e os óbices processuais à análise do mérito das decisões estão conectados nos julgados dos Tribunais Superior.

⁵⁷ Vide ARE nº 781.813 AGR-DF (STJ); REsp nº 1.424.456-SE (STJ); AgRg no REsp nº 1.314.021 (STJ); REsp nº 935.003- BA (STJ); REsp nº 867.101 (STJ); AI nº 692.697 (STJ).

⁵⁸ Esta foi a principal razão pela qual não foi possível preencher determinados questionamentos constantes nas fichas de leitura de alguns julgados, como nos casos AI nº 611133 (STF); AI 838063 (STF); ARE nº 708645 (STF); AI nº 68788 (STF); ARE nº 781813 (STF).

⁵⁹ Cabe ressaltar o caso AI nº 849422 (STF) em que foram contextualizados os fatos e as decisões anteriores com detalhes.

profundamente analisados pelos tribunais superiores em razão de óbices processuais, notadamente as súmulas 5 e 7 do STJ e súmulas 279 e 454 do STF.

a.4. Direito Intertemporal

O subgrupo temático “Direito Intertemporal” buscou analisar casos em que se discute a aplicação da LEI DE ARBITRAGEM a contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Ao examinar os resultados da PESQUISA 2007⁶⁰, nota-se que, o que à época era uma tendência dos tribunais⁶¹, tornou-se o entendimento consolidado, no sentido de reconhecer a aplicabilidade imediata da LEI DE ARBITRAGEM a contratos constituídos anteriormente à sua entrada em vigor. Pode-se verificar que a incidência dessa hipótese foi menos frequente à medida que a aplicação da LEI DE ARBITRAGEM amadureceu⁶².

No REsp nº 934.771, a Quarta Turma do STJ analisou os efeitos de cláusula compromissória constante de instrumento celebrado anteriormente à entrada em vigor da LEI DE ARBITRAGEM. Neste caso, a recorrente ajuizou ação de resolução contratual cumulada com perdas e danos, alegando que as partes teriam celebrado contrato por tempo indeterminado, em fevereiro de 1964, para a instalação de laboratório de patologia clínica nas dependências do Hospital Casa de Saúde Dom Pedro II e que a recorrida não estaria repassando os honorários pelos serviços prestados. Em contestação, a recorrida suscitou, preliminarmente, a existência de convenção arbitral.

Em primeira instância, o juízo acolheu a preliminar arguida pela ré e extinguiu o processo sem resolução de mérito. A decisão foi objeto de recurso de apelação interposto pela recorrente, mas foi mantida. Em sede de REsp, a recorrente afirmou que a cláusula compromissória inserida no contrato firmado pelas partes é anterior ao advento da LEI DE ARBITRAGEM e que jamais poderia retroagir para atingir os efeitos de ato jurídico perfeito.

⁶⁰ Relatório de 2007 do Tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral”, p. 42.

⁶¹ Vide, por exemplo, p. 43 da Pesquisa de 2007 do Tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral”: “Deve-se registrar que o atual entendimento do TJRJ foi adotado notadamente a partir de 2000, existindo decisões esparsas em sentido contrário anteriormente a esse ano”.

⁶² Apenas 4 das decisões encontradas diziam respeito à questão intertemporal: AgRg na MC nº 14.130 (STJ); REsp nº 270.169 (STJ); REsp nº 934.771 (STJ); REsp nº 933.371 (STJ).

A Quarta Turma reconheceu⁶³ que, até o advento da LEI DE ARBITRAGEM, a cláusula compromissória tinha natureza de mero contrato preliminar ao compromisso arbitral. Ressaltou, no entanto, que, a partir da entrada em vigor da referida Lei, suas disposições incidem imediatamente, inclusive sobre contratos celebrados anteriormente. Mantiveram, portanto, a decisão atacada, ao entender pela eficácia da convenção de arbitragem.

O REsp nº 933.371 envolve discussão em torno de ação de cobrança pela Logos Engenharia contra a Itaipu Binacional, pleiteando juros e correção monetária pelo atraso no pagamento de contraprestações determinadas em contrato. Em primeira instância, a ação foi julgada procedente. Interposta apelação, o TRF2 deu parcial provimento apenas para reduzir o percentual dos honorários advocatícios e, dando nova fundamentação à sentença⁶⁴, registrou ser o contrato firmado entre as partes anterior à publicação da LEI ARBITRAGEM, que, portanto, não poderia ser aplicada. Em sede de REsp, o STJ confirmou a jurisprudência da Corte e registrou que as disposições da LEI DE ARBITRAGEM têm incidência imediata nos contratos celebrados anteriormente à sua vigência se neles houver convenção arbitral. Assim, dando parcial provimento ao REsp, afastou o fundamento da irretroatividade da LEI DE ARBITRAGEM no caso, determinando a remessa dos autos ao TRF2 para novo julgamento do recurso de apelação neste ponto específico.

No REsp nº 270.169, a disputa surgiu da divisão da herança de Antônio Luciano Pereira Filho, que foi objeto de acordo firmado entre seus filhos, no qual foi inserida cláusula compromissória. O recorrente é um dos signatários do acordo e ajuizou, em 1990, ação de exibição de documentos, afirmando discordar da avaliação feita pelos auditores contratados para quantificar o patrimônio. O juiz em primeira instância entendeu pela carência da ação, em vista da impossibilidade jurídica do pedido e da existência de convenção arbitral – entendimento este que foi corroborado pelo TJMG. Em sede de REsp, o recorrente alegou, dentre outras

⁶³ STJ, REsp nº 934771, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.05.2010.

⁶⁴ Neste sentido, confira-se trecho do voto do Relator: “*Compulsando os autos, verifica-se que embora o juízo de 1º grau tenha julgado procedente o pedido inicial com base no fundamento da inaplicabilidade [da] [...] cláusula arbitral [...], o Tribunal regional, todavia, ao confirmar a sentença inovou na fundamentação, fazendo-o espeque na não aplicação da Lei de Arbitragem superveniente ao contrato*”.

questões, prever o art. 267, VII, do CPC⁶⁵, em sua redação original, a extinção do processo sem julgamento de mérito no caso de existir compromisso arbitral entre as partes, o que não se confundiria com a cláusula compromissória inserida no acordo, e, portanto, a jurisdição estatal não estaria afastada.

A Quarta Turma concluiu, por unanimidade, que, por ter a cláusula compromissória sido invocada nos autos em momento anterior à entrada em vigor da LEI DE ARBITRAGEM – a qual atribuiu à referida cláusula o mesmo *status* do compromisso arbitral – não havia obrigatoriedade da instauração da arbitragem.

Como se pode perceber, trata-se de solução diversa da adotada nos julgados anteriores por envolver hipótese também diversa: no REsp nº 270.169 a questão da eficácia de cláusula compromissória foi invocada nos autos *antes* da entrada em vigor da LEI DE ARBITRAGEM. Neste sentido, o STJ parece ter fixado entendimento no sentido de respeitar o direito aplicável quando do início do litígio.

À luz dos precedentes analisados, eventual dúvida sobre a aplicabilidade imediata da LEI DE ARBITRAGEM a contratos celebrados anteriormente à sua vigência parece ter sido superada. A jurisprudência do STJ e STF se consolidou no sentido de que a LEI DE ARBITRAGEM necessariamente rege os contratos celebrados antes de sua entrada em vigor, se neles houver convenção arbitral.

b. Questões atinentes ao mérito

Como antes referido, a divisão dos subgrupos desta seção levou em conta a PESQUISA 2007 e se deu em conformidade com os fundamentos expressamente utilizados nos acórdãos para a avaliação da existência, validade ou eficácia da convenção arbitral. Assim, serão analisadas as seguintes questões: (b.1) “Princípio da competência-competência (art. 8º, par. único da LEI DE ARBITRAGEM)”;

(b.2) “Limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória”; (b.3) “Arbitragem e Poder Público”; (b.4) “Contratos de adesão” (art. 4º, §2º da LEI DE ARBITRAGEM.

⁶⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII - pela convenção de arbitragem; Art. 485, VII do NCPC.

Arbitragem e relação de consumo); e (b.5) “Cláusula compromissória em título executivo extrajudicial”.

b.1. Princípio da competência-competência (art. 8º, par. único da LEI DE ARBITRAGEM)

O princípio da competência-competência confere ao árbitro competência para analisar sua própria competência. Está expresso no art. 8º, par. único⁶⁶, da LEI DE ARBITRAGEM, que prevê caber ao árbitro – seja de ofício, seja por provocação das partes – decidir questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

A PESQUISA 2007 já apontara ao amplo reconhecimento pelo Poder Judiciário do princípio da competência-competência. À época, referiu-se à relativização em alguns casos, sendo “*raras as hipóteses em que desconsiderado de forma absoluta*”⁶⁷. A situação não parece ter se alterado de 2007 até o período compreendido na PESQUISA 2016, na qual foram catalogados 6 julgados que abordam o princípio da competência-competência⁶⁸.

Os tribunais superiores vêm aplicando tecnicamente o art. 8º, par. único da LEI DE ARBITRAGEM privilegiando a apreciação, pelo tribunal arbitral, de sua própria competência. Identifica-se que o STJ reconhece a força vinculante do mencionado dispositivo, tanto extinguindo processos sem resolução de mérito (b.1.1), quanto conferindo ao árbitro o benefício da dúvida frente a pedidos de suspensão da arbitragem para que a ação seja apreciada no Judiciário (b.1.2).

⁶⁶ LEI DE ARBITRAGEM, Art. 8, par. 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”.

⁶⁷ PESQUISA 2007, tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral”, p. 33.

⁶⁸ REsp nº 1.288.251 (STJ), REsp nº 1.302.900 (STJ), REsp 1.327.619 (STJ), REsp nº 1.278.852 (STJ) (esta comentada em LONGO, Samantha Mendes. Cláusula compromissória cheia inserida em acordo homologado judicialmente. Competência do Tribunal Arbitral para julgar a ação anulatória da Convenção de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 39, p. 227-248, out./dez. 2013), Agravo Regimental na Reclamação nº 9030 (STJ), REsp nº 1.355.830 (STJ). O AgRg nos ED no REsp n. 1.173.526 (STJ) também privilegia a lógica de que caberia ao Tribunal Arbitral a apreciação da própria competência, embora sem menção expressa ao art. 8º § único.

Apesar do entendimento geral de que o princípio competência-competência é aplicado corretamente, deve-se anotar que ele pudesse e, talvez, devesse ser utilizado para solucionar casos de conflito de competência envolvendo tribunais arbitrais. Isto porque o referido princípio estabelece prioridade do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência. Nos casos envolvendo conflitos de competência, os quais estão descritos e analisados no relatório “Outros”, esta questão é reconhecida como relevante para a admissibilidade dos conflitos de competência e há menção ao princípio tanto por ministros que conhecem do conflito de competência como também por ministros que votam contrariamente a ele, indicando que não se trata de princípio absoluto. Entretanto, os argumentos envolvendo princípio competência-competência sequer podem ser considerados *obiter dictum* em tais julgados, tendo o fundamento dos ministros se limitado a questões constitucionais e políticas.⁶⁹

b.1.1. A força vinculante do art. 8, § único da Lei de Arbitragem

Dentre os REsp analisados, pôde-se extrair que 4 decisões lidavam com fatos muito semelhantes, decorrentes de conflitos surgidos entre pessoas físicas e a empresa Samarco Mineração S/A (“Samarco”)⁷⁰. Em linhas gerais, as partes (Samarco em um polo e pessoas físicas do outro) eram ligadas por servidão, aproveitada para a passagem de mineroduto pela Samarco. A Samarco alegadamente causou danos à propriedade das pessoas físicas em função do mineroduto. Foram ajuizadas ações cautelares de produção antecipada de provas para demonstrar os danos que estavam sendo causados às propriedades perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova – Minas Gerais. As partes acabaram firmando acordos, em cujos instrumentos constavam cláusulas compromissórias. Os acordos foram homologados pelo juízo em ação cautelar.

⁶⁹ Esta característica da fundamentação das decisões envolvendo conflito de competência é o que justifica a alocação das decisões sobre conflitos de competência no relatório “Outros”.

⁷⁰ REsp nº 1.288.251 (STJ), REsp nº 1.302.900 (STJ), REsp nº 1.327.619 (STJ), REsp nº 1.278.852 (STJ).

Posteriormente, foram ajuizadas ações ordinárias, objetivando a anulação dos acordos judicialmente homologados, bem como das cláusulas compromissórias. As sentenças extinguiram o processo sem resolução de mérito em função da existência de cláusula compromissória. Com exceção de uma ação, em todos os casos o TJMG deu provimento à apelação das pessoas físicas, reconhecendo a invalidade das cláusulas compromissórias e subtraindo dos tribunais arbitrais a prerrogativa de apreciar de sua competência.

Foram, desta forma, interpostos REsp. Ao julgar esses recursos, o STJ deu primazia ao princípio da competência-competência. Nos quatro julgados, decidiu-se de modo uniforme, por unanimidade, que a cláusula compromissória cheia tem o condão de afastar a competência estatal. Excluindo-se as hipóteses de cláusula compromissória patológica, o reexame da questão por parte do Poder Judiciário só é possível após a prolação da sentença arbitral. Em três das decisões⁷¹, portanto, houve reforma da decisão recorrida para reforçar a competência do tribunal arbitral. Somente no caso do REsp nº 1.288.251 manteve-se a decisão do TJMG, que já havia determinado a extinção da ação em razão da cláusula compromissória.⁷²

A base legal da fundamentação trazida nos acórdãos está nos arts. 8º, par. único, 20, 32 e 33 da LEI DE ARBITRAGEM⁷³. A partir da linguagem do art. 8º, par.

⁷¹ REsp nº 1.302.900 (STJ), REsp nº 1.327.619 (STJ), REsp nº 1.278.852 (STJ).

⁷² Vide, neste sentido a ementa da decisão do TJMG transcrita no Relatório do REsp nº 1.288.251: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ARBITRAGEM. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. EXTINÇÃO. ART. 267, VII, DO CPC. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - Estipulando as partes, no acordo previamente firmado, cláusula compromissória de arbitragem, a solução de conflitos dele decorrentes deverá ser submetida ao Juízo Arbitral, o que afasta a competência do Poder Judiciário e, conseqüentemente, da Justiça Comum. 2 - Apelo Provido”.

⁷³ LEI DE ARBITRAGEM, 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.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; 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; V - não decidir todo o litígio submetido à 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.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a decretação de

único, os julgados estabelecem que “*a competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, aí compreendida a cláusula e o compromisso arbitral, é do árbitro designado pelas partes*”.

A partir do teor dos arts. 15⁷⁴ e 20 e sua localização “topográfica” na LEI DE ARBITRAGEM, afirma-se que “*a arguição das questões ali referidas e, bem assim, o processamento dessas arguições, deve ocorrer no curso do procedimento arbitral, perante o próprio árbitro*”.

Inobstante a uniformidade do entendimento final do STJ em relação aos quatro REsp contendo fatos semelhantes, podem ser feitas algumas observações quanto a argumentos especificamente traduzidos nas decisões.

No acórdão do REsp nº 1.278.852, a Min. Maria Isabel Gallotti acompanhou o relator quanto à decisão final do caso. Em relação à tese de que não pode haver exame de questões atinentes à validade da cláusula pelo Poder Judiciário, antes do procedimento ser finalizado albergado por existência de cláusula arbitral cheia, a Ministra reservou ao Judiciário a apreciação, em outras circunstâncias – as quais não foram especificadas – da possibilidade de haver alegações que ponham em dúvida até mesmo a assinatura do compromisso arbitral pela parte.

No REsp nº 1.288.251 e no REsp nº 1.302.900, cujo relator foi o Min. Sidnei Beneti, há interessante exame crítico quanto ao argumento utilizado pela parte que quer se evadir da escolha arbitral, pautada em argumentos de ordem de economia processual construídos a partir dos arts. 32 e 33⁷⁵ da LEI DE ARBITRAGEM.

nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido: I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

⁷⁴ LEI DE ARBITRAGEM, Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

⁷⁵ LEI DE ARBITRAGEM, Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; 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; V - não decidir todo o litúgio submetido à

O STJ rechaça a “judicialização prematura” das alegações de nulidade, pois poderiam “vir a ser já de início acolhidas pelo árbitro, hipótese em que não se justificaria a ação judicial” não se justificando “saltá-la”, pois tal salto representaria nulificar a arbitragem como via oblíqua e abalar “o próprio prestígio do instituto da Arbitragem, que se formaria verdadeiro expletivo no sistema processual que a quis forma judicial consensual de solução de controvérsias ao lado da jurisdição estatal”.

Na mesma linha, há importante leitura, nesses julgados, acerca da parte final do art. 20 da LEI DE ARBITRAGEM, o qual preconiza “a parte que pretender argüir (...) nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”, *in verbis*:

Não é lícito extrair, a partir de uma interpretação a contrario sensu do texto legal, aniquiladora do próprio sistema da arbitragem, que a parte esteja já autorizada a arguir a nulidade da convenção de arbitragem perante o Poder judiciário ... antes da instituição da arbitragem! Essa conclusão, conforme reiteradamente afirmado, contraria não apenas o espírito da Lei 9.307/96, como a determinação expressa contida no artigo 8º, parágrafo único, da mesma norma.

Rechaça-se, portanto, a interpretação *a contrario sensu* de que a parte estaria autorizada a arguir a nulidade perante o Poder Judiciário “antes” da instituição da arbitragem, com expressa remissão ao par. único do art. 8º da LEI DE ARBITRAGEM.

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.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido: I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

b.1.2. O benefício da dúvida conferido à arbitragem em pedidos de suspensão de processo arbitral

A PESQUISA 2007 não analisou decisões que envolviam pedidos de suspensão do processo arbitral por ordem do Poder Judiciário. Trata-se de tema diretamente ligado ao princípio da competência-competência, tendo sido ventilado, de modo incidental, em duas decisões julgadas pelo STJ⁷⁶.

Verifica-se a inclinação do STJ em privilegiar a decisão e o juízo arbitral, conferindo-se ao árbitro o “benefício da dúvida” de apreciar, primeiramente, a própria competência.

No primeiro caso⁷⁷, a Empresa ENESA ajuizou ação cominatória com o objetivo de obstar que um *pool* de seguradoras promovesse processo arbitral com sede em Londres. A liminar para obstar o processo foi negada em primeiro grau, tendo havido reversão no TJSP, o qual ordenou a suspensão da arbitragem que ocorria no exterior. Insurgiram-se as seguradoras por meio da propositura de reclamação no STJ. A Reclamação foi extinta sem julgamento de mérito monocraticamente. A decisão da Reclamação apontou a ausência dos pressupostos constitucionais para a propositura do instrumento e a impropriedade da via para reversão do julgamento do TJSP. Em face da decisão na Reclamação, o AgRg interposto pelas seguradoras, cujo acórdão foi proferido por unanimidade, apenas confirmou a decisão anterior, julgada monocraticamente. Embora tal decisão monocrática tenha extinguido o processo de Reclamação processado perante o STJ sem resolução de mérito – em função, portanto, da inadequação da via processual eleita – optou-se, neste relatório, por apontar algumas das considerações a respeito do princípio da competência-competência e do “benefício da dúvida” que é conferido ao árbitro para analisar sua própria competência. O voto do Min. Ari Pargendler permite inferir, por meio do *obiter dictum*, que, caso a matéria estivesse *sub judice* a partir da via processual

⁷⁶ REsp nº 1.355.830 (STJ) e AgRg na Reclamação nº 9.030 (STJ). Embora o acórdão do AgRg na Reclamação nº 9030 restrinja-se a questões processuais, toma-se em consideração seu relatório que adota o *decisum* prolatado na decisão monocrática da Reclamação nº 9030. Trata-se de uma das decisões brasileiras no caso Jirau, também publicado em *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 39, p. 411-414, out./dez. 2013.

⁷⁷ AgRg na Reclamação nº 9030 (STJ).

adequada, a ordem judicial do TJSP para que o processo arbitral fosse interrompido seria revogada – privilegiando-se, assim, a arbitragem que ocorria no exterior.

No segundo caso⁷⁸, o pedido de suspensão não chegou a ser apreciado pelo Judiciário em função da prolação de sentença arbitral e de decisão, em sede de embargos à execução, contrárias à parte que pleiteava a suspensão. A empresa *Blue Reef* ajuizou execução de título extrajudicial em face da *Rede GUSA*. Durante a execução, celebrou-se transação, homologada pelo juízo. A transação era acompanhada de cláusula arbitral. *Rede GUSA* descumpriu a transação, o que levou *Blue Reef* a retomar a execução judicialmente. Houve controvérsia sobre o rito em que tal execução seguiria. Simultaneamente, o juízo arbitral também fora instaurado – o acórdão do STJ não deixa claro se havia processo arbitral desde a execução originária ou se o processo arbitral foi instaurado apenas após o descumprimento da transação. Em defesa e em grau de recurso, a *Rede GUSA* alegou que o processo judicial deveria ser suspenso até o julgamento final da arbitragem pelo tribunal arbitral instaurado para julgar o descumprimento da transação. Em resposta, a *Blue Reef* alegou que a cláusula compromissória teria conferido poderes tão somente ao tribunal arbitral para julgar sobre a responsabilidade entre as partes. Havia, pois, dois processos em curso: a execução e a arbitragem. Conforme consta do inteiro teor do acórdão do STJ, o TJRJ “*não se deu por competente para decidir controvérsia que as partes expressamente aquiesceram em submeter ao Juízo Arbitral. Diferentemente, a Corte estadual limitou-se a decidir sobre o procedimento de execução a ser seguido como consequência do descumprimento do termo de transação*”. Nem o TJRJ, nem o STJ, analisam efetivamente o pedido de suspensão, pois o REsp acabou sendo julgado prejudicado, haja vista ter sido proferida, antes de seu julgamento, sentença no processo arbitral, bem como sentença de mérito nos embargos à execução, julgando totalmente improcedentes as teses da executada *Rede GUSA* que buscava a suspensão do processo judicial. Embora o REsp tenha sido julgado prejudicado por unanimidade, reconheceu-se que “*em nenhum momento [houve] invasão da esfera de competência do Juízo Arbitral, o que poderia ocorrer se o Tribunal estadual houvesse resolvido deliberar sobre a validade de alguma cláusula contratual em si, com repercussão direta no valor da dívida*”. Nesse sentido, “*a Corte estatal limitou-se a*

⁷⁸ STJ, REsp nº 1.355.830, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.03.2013.

decidir sobre o procedimento de execução a ser seguido”. Ainda que o STJ não tenha efetivamente abordado os pedidos de suspensão de arbitragens em função de aspectos processuais, é possível verificar a inclinação em privilegiar a competência do tribunal arbitral também nesse âmbito.

Assim como verificado no relatório de 2007, identifica-se uma tendência dos Tribunais Superiores em garantir o cumprimento da LEI DE ARBITRAGEM no que concerne à competência do tribunal arbitral para avaliar questões relativas à sua própria competência, conforme no art. 8º, par. único da Lei. Embora possa ter havido divergências quanto à análise das questões pelos tribunais de segunda instância, observa-se uma tendência do STJ em reconhecer e garantir a possibilidade de os tribunais arbitrais julgarem sobre sua própria competência.

b.2. Limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória

O exame dos limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória estão cingidos basicamente a duas perguntas: a quem cabe recorrer à arbitragem e qual matéria é passível de decisão por um tribunal arbitral. A resposta imediata para essas questões parece, à primeira vista, simples: cabe às partes – capazes de contratar – buscar a resolução das disputas por arbitragem nos casos em que o litígio versar acerca de direitos patrimoniais disponíveis – nos termos do art. 1º da LEI DE ARBITRAGEM⁷⁹.

Quando a questão se volta a problemas concretos, no entanto, a resposta pode se tornar mais complexa. A PESQUISA 2016 identificou 11 julgados que tocam aos limites objetivos e subjetivos⁸⁰ da convenção arbitral, dos quais 8 efetivamente discutem os limites objetivos e subjetivos. Considerando-se os substratos fáticos, os casos não se assemelham àqueles analisados na PESQUISA 2007.

⁷⁹ LEI DE ARBITRAGEM, Art. 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁸⁰ REsp nº 355.831 (STJ), REsp nº 277.725 (STJ), REsp nº 288.251 (STJ), REsp nº 302.900 (STJ), REsp nº 327.619 (STJ), REsp nº 278.852 (STJ), AgRg na MC nº 24.815 (STJ), Agravo Regimental no REsp nº 1.311.367 (STJ), Agravo de Instrumento nº 611.133 (STF), Agravo de Instrumento nº 838.063 (STF), REsp nº 935.003 (STJ).

A PESQUISA 2007 identificou uma tendência nos tribunais estaduais restritiva na análise dos limites objetivos da cláusula compromissória, obedecendo-se estritamente os limites pactuados pelas partes, isto é, atendo-se a leituras restritivas da vontade das partes⁸¹. Quanto aos limites subjetivos, também se identificou julgados atentos às circunstâncias do caso concreto para determinação das partes sujeitas aos efeitos da convenção arbitral. Não era possível, àquele momento, identificar jurisprudência consolidada em nenhuma das duas perspectivas. Esta tendência restritiva foi confirmada nesta PESQUISA 2016.

Algumas conclusões podem ser antecipadas de forma geral, antes mesmo da análise específica dos julgados. Nos casos de falência de uma das partes, o STJ teve a oportunidade de determinar de forma clara os limites subjetivos e objetivos do processo arbitral. Especificamente, o STJ afirmou que o pedido falimentar deve ser apreciado pelo juízo *estatal* – jamais pelo juízo arbitral. Por igual, quando houver certeza sobre a executividade do título, não há a necessidade de promover-se processo arbitral para ação de conhecimento. Ademais, em reforço ao princípio da competência-competência, o STJ reconheceu que a falência da sociedade que celebrou cláusula arbitral e a alegação de invalidade da cláusula arbitral não retira a competência do juízo arbitral para resolver o conflito.

No aspecto objetivo, o STJ também já confirmou que, mesmo sendo a cláusula compromissória celebrada em instrumento de acordo homologado perante o juízo estatal – o que ensejou dúvidas, na prática – é possível afastar tal jurisdição para verificação de cumprimento do acordo. Por outro lado, no âmbito subjetivo, embora o STJ não tenha analisado a fundo o problema da chamada “*extensão subjetiva da cláusula compromissória para partes não signatárias*” (adesão tácita à arbitragem) – já foi ventilada a eficácia do acordo arbitral celebrado por sociedade controlada frente à respectiva sociedade controladora, não tendo o STJ se oposto a esse raciocínio. Nesse âmbito, inclusive, o STJ já chancelou entendimento de tribunal estadual que, ao corrigir sentença arbitral *ultra petita*, condenou sociedade que não participara do processo arbitral.

⁸¹ PESQUISA 2007 do tema “Validade, Eficácia e Existência da Convenção Arbitral”, p. 35.

b.2.1. Arbitragem e Falência – limites fixados

No primeiro acórdão que analisa arbitragem e direito falimentar⁸², as sociedades do grupo *Kwikasair Cargas* ajuizaram ação de reparação de danos junto ao Poder Judiciário, opondo-se à instituição de arbitragem. Entre as teses contrárias à arbitragem, afirmava-se que “*a massa falida não teria capacidade civil para tanto*”, pois a “*decretação da falência ou deferimento da recuperação judicial, em decorrência da indisponibilidade dos bens pela empresa, [afastaria] a possibilidade de instalação do foro arbitral*”, o que se adequaria ao já revogado art. 25 da LEI DE ARBITRAGEM⁸³.

O STJ rechaçou tais argumentos. O voto-vista da Min. Nancy Andrighi registrou a inaplicabilidade do art. 117 da Lei de Falências⁸⁴, a partir de “*leitura sistemática da legislação e à luz da teoria do diálogo das fontes*”, pois a convenção de arbitragem seria “*por si só, suficiente ao afastamento da jurisdição estatal, consumando, de pronto, renúncia definitiva (...)*”. Assim, não seria a “*superveniência da quebra*” razão para se afastar “*a exigibilidade e a eficácia da convenção arbitral celebrada validamente pelas partes*”. Diz-se que a suspensão de todas as demandas seria medida excessiva, realçando-se as excepcionalidades da *vis attractiva* do juízo falimentar, constantes dos arts. 6º, §1º⁸⁵ e 76⁸⁶ da Lei de Falências e lembrando-se que “*na jurisdição arbitral, por não ser dotada de poderes executivos, sempre se estará diante de demandas de conhecimento*”.

⁸² REsp nº 1.355.831 (STJ).

⁸³ LEI DE ARBITRAGEM, art. 25. “*Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral*”. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

⁸⁴ Art. 117. “*Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê*”.

⁸⁵ Art. 6º “*A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.*

§ 1º *Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida*”.

⁸⁶ Art. 76. “*O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo*”.

No segundo caso acerca dos limites objetivos da arbitragem frente ao direito falimentar⁸⁷, uma sociedade ajuizou ação falimentar em função do inadimplemento de duplicatas oriundas de contrato que continha cláusula compromissória. Discutiu-se se o pedido de falência amparado mediatamente no contrato que continha cláusula compromissória “*prescind[iria] de anterior instauração de juízo arbitral*”. A resposta foi positiva em primeiro grau, tendo a sentença julgado extinto o processo em função da convenção de arbitragem. O acórdão do TJAM, todavia, reverteu a decisão, ordenando o prosseguimento da ação no Poder Judiciário sob o fundamento de que o “*decreto de quebra*” não poderia ser apreciado no juízo arbitral.

Em recurso ao STJ no qual se alegava violação aos arts. 267 e 535 do CPC, bem como arts. 4º e 7º da LEI DE ARBITRAGEM, O STJ reconheceu a possibilidade de convivência harmônica entre as duas jurisdições, respeitadas as competências específicas, e afirmou que a existência da cláusula compromissória não afetava a executividade do título executivo. Neste sentido, seria possível promover a execução dos títulos de crédito, sendo incabível a apreciação do pedido de falência pelo juízo arbitral. Ademais, frisou-se a possibilidade de utilização da arbitragem “*para o desate de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” – conforme o art. 1º da LEI DE ARBITRAGEM. O acórdão do STJ ordenou fossem remetidos os autos à origem para averiguação do pedido de falência. Entre os fundamentos elencados para que o árbitro não pudesse apreciar a questão falimentar, extrai-se a ausência de poder coercitivo, a partir da “*interpretação conjunta*” dos arts. 22, § 4º⁸⁸ (já revogado), 31⁸⁹ da LEI DE ARBITRAGEM e 475-N, IV⁹⁰, do CPC. O acórdão ilustra a ausência de contraposição absoluta entre a extinção do processo sem julgamento de

⁸⁷ REsp nº 1.277.725 (STJ). Comentado em ALVES, Thiago Peixoto. Cláusula Arbitral. Limites. Pedido de Falência. Superior Tribunal de Justiça. Jutáí 661 Equipamentos Eletrônicos Ltda. v. PSI Comércio e Prestação de Serviços em Telefones Celulares Ltda. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, nº 37, p. 82-94, 2013; e FREIRE, Bernardo Cavalcanti. FALÊNCIA – Cláusula compromissória de arbitragem contida em contrato que deu origem a título de crédito inadimplido – Descumprimento da obrigação que dá azo ao decreto de quebra, o qual não pode ser objeto de decisão do juízo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 38, p. 445-450, jul./set. 2013.

⁸⁸ Art. 22, §4º Ressalvado o disposto no §2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015).

⁸⁹ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁹⁰ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...)IV – a sentença arbitral, equivalente ao art. 515, VII do NCPC.

mérito – em função da existência de cláusula compromissória – e o reconhecimento jurisprudencial técnico ao efeito negativo da convenção arbitral. O julgado não foi “*desfavorável à arbitragem*”, pois o pedido de falência não poderia ter sido apreciado na via arbitral, sob pena de violação dos preceitos legais elencados. Entendemos, neste sentido, que o mesmo aplicou tecnicamente a LEI DE ARBITRAGEM.

Pode-se concluir quanto ao grupo de casos envolvendo arbitragem e direito falimentar ter o STJ já traçado alguns limites do processo arbitral frente à falência, podendo falar-se na formação incipiente de uma tendência sobre o tema.⁹¹ Embora o pedido falimentar deva ser apreciado apenas e tão somente no juízo estatal, a falência da sociedade não implica ausência de arbitrabilidade do litígio, podendo a massa falida figurar no processo arbitral se tiver celebrado convenção arbitral. Embora o STJ não tenha se pronunciado especificamente sobre casos envolvendo recuperação judicial, parece-nos que o mesmo raciocínio poderia ser aplicado.

b.2.2. Acordos celebrados perante o Juízo Estatal que contenham cláusula compromissória submetem-se à arbitragem

Em quatro julgados, cuja situação fática é muito semelhante⁹², houve a celebração de acordo judicial homologado entre pessoas físicas e a mineradora Samarco S.A. Posteriormente, as pessoas físicas ajuizaram ação ordinária, visando à anulação do acordo judicial homologado, bem como da cláusula compromissória inserta no instrumento. As sentenças extinguiram os processos sem resolução de mérito em função da cláusula compromissória. Os acórdãos acompanham tal entendimento – à exceção do REsp nº 1.288.251. Irresignadas, as pessoas físicas

⁹¹ No mesmo sentido, vale anotar o enunciado n. 6 da I Jornada de “Prevenção E Solução Extrajudicial De Litígios” do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em 2016, o qual dispõe: “*o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende*”.

⁹² REsp nº 1.327.619 (STJ), REsp 1.278.852 (STJ); REsp nº 1.288.251 (STJ); REsp nº 1.302.900 (STJ), já relatados no item b.1.1. Todos julgados, no STJ, por unanimidade.

interpuseram REsp cujo provimento foi negado, confirmando-se a extinção dos processos sem julgamento de mérito⁹³.

Em dois desses casos – REsp nº 1302900 e REsp nº 1.288.251 –, ao comentar os arts. 8º, 15 e 20 da LEI DE ARBITRAGEM, cuja análise remete-se ao item b.1.1, relativo ao princípio da competência-competência, o Min. Sidnei Beneti argumentou não caber ao Poder Judiciário apreciar, com exclusividade, “*pretensão anulatória de sentença homologatória de acordo judicial pelo qual as partes tenham optado pela jurisdição arbitral*”, fundamentalmente, pois “*a homologação judicial de acordo firmado entre as partes é elemento acidental do ato e não interfere na eficácia que esse acordo, de qualquer forma, teria entre as partes signatárias*” e em função da nulidade da sentença homologatória do acordo não ser pleiteada sob alegação da atividade jurisdicional do Juízo homologante, mas “*fincadas em alegações contrárias ao próprio acordo que foi levado à homologação*”. Assim, o vício arguido dizia respeito “*ao contrato entabulado pelas próprias partes que, como é evidente, antecede logicamente à chancela que veio a ser conferida pela atuação judicial homologatória*”. Em outras palavras, o entendimento do STJ é no sentido de que a homologação judicial de acordo celebrado sob a égide de cláusula compromissória não tem o condão de afastar a escolha do juízo arbitral.

b.2.3. A “extensão” subjetiva da cláusula compromissória – tendência positiva

No escopo temporal da PESQUISA 2016, embora o STJ não tenha analisado de forma direta e específica o tema da “extensão” subjetiva da cláusula compromissória (adesão tácita à cláusula)⁹⁴ a questão foi ventilada em dois casos: no primeiro, houve deferência à decisão do tribunal arbitral que trouxe à arbitragem parte que não havia assinado a cláusula compromissória⁹⁵; e, no segundo, o STJ reconheceu a condenação de sociedade que não havia sido parte no processo arbitral⁹⁶.

⁹³ Para um detalhamento maior da situação fática, remetemos o leitor à seção b.1.1., acima.

⁹⁴ Sentenças estrangeiras submetidas à homologação no STJ que não compõe o filtro desta pesquisa apenas tangenciaram o tema, como as SECs nº 856, nº 866, nº 967.

⁹⁵ AgRg na MC nº 24.815 (STJ).

⁹⁶ AgRg no REsp nº 1.311.367 (STJ).

No primeiro caso, as partes já estavam envolvidas em procedimento arbitral e acabaram envolvidas também em disputa judicial⁹⁷. Segundo a decisão do STJ, o tribunal arbitral havia prolatado sentença parcial por meio da qual determinou que a controladora de uma das partes da arbitragem deveria integrar o polo ativo do procedimento arbitral, visto ter executado parcela das obrigações previstas no contrato⁹⁸. Com base nos artigos 4º e 8º da LEI DE ARBITRAGEM, a parte que teve sua controladora inserida no procedimento arbitral alegou que o consentimento para participar da arbitragem deveria ter sido expresso, o que não aconteceu no caso, alegando, inclusive, a inaplicabilidade da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica com fulcro no art. 50⁹⁹ do Código Civil. Neste contexto, e, por se tratar de se tratar de AgRg em MC em REsp, ao analisar se estava presente o *fumus boni iuris*, o STJ entendeu pela negativa, nos seguintes termos:

Partindo-se da premissa fática estabelecida pelo Tribunal arbitral e pela Corte de origem de que a agravante deveria integrar o polo ativo do procedimento de arbitragem ante sua efetiva participação na execução do contrato em discussão, bem como do entendimento 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, o êxito do recurso especial não se mostra tão notório quanto sustentado pela agravante.

Já no AgRg no REsp nº 1.311.367, o STJ, em decisão unânime, estabeleceu a condenação de parte que não participou do processo arbitral em litígio societário¹⁰⁰. Neste caso, o sócio retirante havia iniciado procedimento arbitral frente a sócio remanescente para determinar valores a serem pagos em dissolução parcial de sociedade. A sociedade não participou do processo, mas a sentença arbitral realizou a apuração de haveres do sócio retirante. O sócio remanescente ajuizou ação anulatória sustentando uma série de violações e vícios, entre os quais, a apreciação de questões

⁹⁷ AgRg na MC nº 24.815 (STJ).

⁹⁸ Discute-se, também, a possibilidade de anulação da sentença parcial do tribunal arbitral – o que dera início à disputa judicial entre as partes. O tribunal de origem havia entendido que só havia a possibilidade de se anular sentença definitiva. A questão não foi analisada pelo STJ.

⁹⁹ Art. 50. “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

¹⁰⁰ AgRg no REsp nº 1.311.367. (STJ)

além dos limites da cláusula de arbitragem. A sentença julgou os pedidos improcedentes. No julgamento do recurso de apelação, o TJMG entendeu que parte da sentença arbitral era *ultra petita* em relação ao sócio remanescente e seu cônjuge, e determinou que a responsável pelo pagamento das quotas do retirante seria a sociedade liquidada, e não as pessoas físicas do sócio remanescente e seu cônjuge.

O sócio remanescente recorreu de tal decisão, alegando que o órgão estadual não poderia ter condenado a empresa, já que esta não era parte do procedimento arbitral. Esse argumento foi considerado inadmissível pelo STJ, visto que o sócio remanescente não poderia pleitear direito alheio em nome próprio, em atenção ao art. 6º do CPC¹⁰¹. Assim, o STJ reconheceu a questão da legitimidade das partes como matéria de ordem pública, podendo ser apreciada a qualquer tempo nas instâncias ordinárias e manteve a condenação da sociedade liquidada, que foi condenada “*apenas no acórdão, e não no laudo arbitral (...) cabe(ndo) somente a ela adotar a providência processual cabível*”.

b.3. Arbitragem e Poder Público

A possibilidade de recurso à arbitragem pelo Poder Público direto e indireto, bem como suas implicações no tocante à harmonia entre o interesse público e o interesse privado, foi extensivamente debatida desde a promulgação da LEI DE ARBITRAGEM. A matéria tem sido abordada e analisada pelos tribunais superiores.

A PESQUISA 2007 mostrou que a jurisprudência brasileira caminhava em direção a um posicionamento progressista com relação ao uso, pela Administração Pública e seus órgãos, da arbitragem. Entretanto, apesar da inclinação favorável, o entendimento dos tribunais ainda não era consolidado à época. A PESQUISA 2016 demonstrou que, em linhas gerais, essa tendência tornou-se o entendimento estável

¹⁰¹ CPC, art. 6º: “*Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*” (equivalente ao art. 18 do NCPC).

dos tribunais superiores e permeou as decisões incluídas no escopo do presente relatório¹⁰².

No âmbito do MS nº 11.308¹⁰³, a Primeira Seção do STJ analisou a alegada impossibilidade de sociedades de economia mista fazerem uso da arbitragem. Esse exame foi feito em sede de mandado de segurança impetrado pela TMC contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia em razão de Portaria que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP com a impetrante. O contrato em questão continha cláusula compromissória.

A impetrante afirmou, naquele contexto, que a portaria mencionada desobedeceu à cláusula que estabelecia o juízo arbitral como competente para resolver quaisquer conflitos entre as partes, além de violar decisão judicial do juízo da Comarca do Rio de Janeiro, que negou seguimento à ação de cobrança proposta pela NUCLEP sob tal fundamento. A Primeira Seção entendeu que, com o advento da LEI DE ARBITRAGEM, permitiu-se a celebração de cláusula compromissória em contrato administrativo, desde que tivesse como objeto direitos disponíveis e que o Estado, ao pactuá-las, não estivesse agindo como protetor do interesse público indisponível, conforme se verifica do excerto da ementa abaixo:

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. (...)

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

¹⁰² Os Tribunais Superiores analisaram 7 casos relativos à interação entre a arbitragem e o Poder Público: AO nº 1049 (STF); Agravo de Instrumento nº 611.133 (STF); AgRg na MC nº 12.457 (STJ); AgRg no REsp nº 1.314.021 (STJ); AgRg no REsp nº 1.424.456 (STJ); MS nº 11.308 (STJ); REsp nº 904.813 (STJ).

¹⁰³ MS nº 11.308 (STJ).

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

O STJ concluiu, portanto, que a arbitragem era meio cabível para se resolver a disputa e concedeu a segurança, confirmando o teor da sentença proferida pelo juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

Também merece menção o REsp nº 904.813¹⁰⁴, que envolveu a COMPAGÁS e o Consórcio Carioca Passarelli. Neste caso, o STJ examinou, dentre outras questões, a necessidade de a convenção de arbitragem estar prevista em edital de licitação para que a mesma fosse considerada válida.

A COMPAGÁS ajuizou ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral alegando, em suma, que: (i) a arbitragem não estava prevista no edital da licitação que foi objeto da disputa; (ii) o interesse público envolvido era indisponível; e (iii) os requisitos legais para a instauração de uma arbitragem válida não teriam sido cumpridos. Em resposta, o Consórcio Passarelli alegou, resumidamente, que (i) regras de direito privado incidiram sobre negócio jurídico celebrado entre as partes; (ii) a autora, por ser sociedade de economia mista, poderia ser parte em procedimento arbitral; e (iii) a discussão teria natureza estritamente pecuniária e, portanto, seria compatível com a arbitragem.

A sentença em primeiro grau julgou a ação improcedente sob o fundamento de que a disputa não versava sobre direitos indisponíveis e entendeu não ter havido qualquer irregularidade quanto à delimitação do objeto do compromisso arbitral. A COMPAGÁS interpôs apelação, cujo provimento foi negado sob os mesmos fundamentos da sentença em primeira instância, assim como os embargos de

¹⁰⁴ STJ, REsp nº 904813, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, que também foi comentado na Revista Brasileira de Arbitragem nº 33, 2012, por Ana Gerdau de Borja.

declaração posteriormente opostos pela recorrente. Por fim, a COMPAGÁS interpôs recurso especial alegando terem sido violados os arts. 9º; 10, III e IV; e 32, IV da LEI DE ARBITRAGEM, e 41; 49; 54 e 59 da Lei 8.666/93, em virtude (i) da falta de previsão da arbitragem no edital de licitação; e (ii) da invalidade do compromisso arbitral devido à indeterminação de seu objeto. Contudo, a Terceira Turma do STJ entendeu que o exame do item (ii) requereria a interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado em sede de Recurso Especial pela Súmula 5 do STJ¹⁰⁵.

Com relação ao item (i), o STJ entendeu que o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação não invalida eventual compromisso arbitral firmado posteriormente. Em outros casos¹⁰⁶, o STJ, em que pese ter sido instado a analisar a possibilidade de utilização da arbitragem com o Poder Público, deixou de fazê-lo por conta de vedações processuais, como a proibição pelas Súmulas 5 e 7 do STJ¹⁰⁷ ou da falta de prequestionamento.¹⁰⁸

Em conclusão, parece-nos possível dizer que a tendência identificada na PESQUISA 2007 se manteve, no sentido de admitir a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública, desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis. Neste sentido, o STJ tem reconhecido que nem todo interesse do Estado é indisponível e que este, por vezes, atua de forma análoga aos entes privados, e não como protetor do interesse público primário.¹⁰⁹

b.4. Contratos de adesão (art. 4º, §2º da Lei Brasileira de Arbitragem. Arbitragem e relação de consumo)

O tema de arbitragem e dos contratos de adesão é enfrentado com frequência na jurisprudência brasileira. Na PESQUISA 2007, verificou-se que o

¹⁰⁵ Súmula 5 – “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial”.

¹⁰⁶ AgRg no REsp nº 1424456(STJ); AI nº 611133. (STF);

¹⁰⁷ STJ, súmula 5 – “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.” STJ, súmula 7 – “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹⁰⁸ A pesquisa contemplou a análise do AgRg no Resp n. 1.314.021. Entretanto, após análise detida do caso, foi possível constatar que o caso não tratava de um caso de arbitragem, no sentido da Lei de Arbitragem, mas de arbitramento administrativo por parte da ANTT.

¹⁰⁹ Vale anotar que a inclusão, em 2015, do art. 1º, par.1º e par. 2º; e do art. 2º, par. 3º da LEI DE ARBITRAGEM¹⁰⁹ através da Lei nº 13.129/15, teve como pressuposto constatação afeita à esta.

Judiciário analisava os requisitos trazidos pelo art. 4º, par. 2º da LEI DE ARBITRAGEM¹¹⁰, concluindo-se pela validade de cláusula arbitral destacada no contrato a ser celebrado entre as partes, quando houvesse anuência expressa do aderente. Esse tema também foi enfrentado por julgados identificados na PESQUISA 2016¹¹¹.

Nos casos relacionados a contratos de adesão, os tribunais concentraram sua análise em determinar se a parte aderente poderia ser realmente considerada hipossuficiente frente à sua contraparte e, especialmente, se o contrato pode se caracterizar como sendo de adesão¹¹².

Quanto aos casos analisados pelo STF¹¹³, nenhum deles chegou a tratar o mérito da disputa, tendo em vista que analisaram apenas questões processuais, tais como (i) prequestionamento; (ii) declaração formal de inconstitucionalidade de lei federal ou tratado pelo tribunal *a quo*; (iii) repercussão geral, entre outros.

O STJ, por sua vez, se debruçou sobre a questão arbitral de fundo. Para determinar a possibilidade ou não de aplicação do artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, o STJ analisou a condição das partes envolvidas. Por exemplo, no AgRg no REsp nº 1.439.034 o STJ reforçou entendimento do TJMG de que determinada relação não poderia ser considerada consumerista, já que a disputa envolvia um banco e uma empresa¹¹⁴. Neste caso, a empresa de médio porte tentou argumentar sua hipossuficiência em contrato de compra e venda de moeda estrangeira, embora as cláusulas do contrato tivessem sido negociadas diversas vezes entre as partes. O STJ entendeu não haver a possibilidade de considerar a relação como de consumo, ainda

¹¹⁰ Art. 4º “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

[...] § 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”.

¹¹¹ Foram encontradas 8 decisões que tratavam de arbitragem e relações de consumo: AI nº 834.239 (STF); AI nº 834.240 (STF); REsp nº 1.169.841^a (STJ); AgRg no AREsp nº 371.993 3^a (STJ); AgRg no REsp nº 1.439.034 3^a (STJ); REsp nº 1.015.194 3^a (STJ); AgRg nos EDCI no AI nº 1.101.015 4^a (STJ); e REsp nº 1.355.831 3^a (STJ).

¹¹² Nesse sentido, vide AgRg no REsp nº 1.439.034 (STJ); REsp nº 1.015.194 (STJ); AgRg no AREsp nº 371.993 (STJ); REsp nº 1.169.841 (STJ).

¹¹³ AI nº 834.239 (STF); AI nº 834.240 (STF).

¹¹⁴ Vide STJ, AgRg no REsp nº 1.439.034, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.2014.

que a empresa fosse de menor porte em comparação com o banco¹¹⁵, tendo em vista que a empresa já apresentava relevância no mercado e o contrato havia sido claramente negociado entre as partes.

Quanto à necessidade de rubrica aposta em cláusula compromissória, no REsp nº 1.015.194, o STJ negou pedido de extinção do processo sem julgamento de mérito referente a contrato que continha cláusula compromissória por considerar tratar-se de contrato formado por adesão. No caso¹¹⁶, a distribuidora de produtos hospitalares celebrou contrato de representação, distribuição e vendas da produtora desses bens. O contrato, contudo, foi considerado de adesão e não havendo qualquer tipo de manifestação inequívoca de vontade: (i) a cláusula arbitral não apresentava qualquer tipo de visto ou sinalização; e (ii) o aderente quem ajuizou a ação judicial, evidenciando que o aderente não concordava com a cláusula arbitral.¹¹⁷ Assim, o STJ considerou, por unanimidade, ser indiscutível que os requisitos do art. 4º, par. 2º da LEI DE ARBITRAGEM não estavam presentes.

Pode-se dizer, assim, que o STJ reforça a possibilidade de disputas em relações de consumo serem submetidas à arbitragem, desde que a parte aderente anua tanto com a cláusula quanto com o procedimento arbitral¹¹⁸. Nesse sentido, em determinado caso em que a arbitragem foi iniciada com base em cláusula arbitral firmada sem a anuência expressa do aderente, e o aderente buscou o juízo estatal contra o procedimento arbitral com base no art. 4º, par. 2º, da LEI DE ARBITRAGEM, o STJ entendeu que a disputa deveria ser resolvida perante o Judiciário. Conforme mencionado pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto no REsp nº 1.169.841:

¹¹⁵ Nesse sentido, vide STJ, AgRg no REsp nº 1.439.034, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.2014: *“Isto porque, não é razoável pensar que uma empresa de grande porte como a apelada não foi possível a negociação da cláusula de arbitragem. Ao contrário, os documentos constantes dos autos permitem inferir que existiram sim negociações preliminares de ambas as partes, com esclarecimentos e discussões do conteúdo do contrato. Ora, se a apelada não concordava com a instituição da cláusula de arbitragem, bastava celebrar o contrato com outra instituição financeira ou mesmo questionar a cláusula antes de aceitá-la.”*

¹¹⁶ REsp nº 1.015.194 (STJ), também comentado na Revista Brasileira de Arbitragem, nº 22, 2009, por Rodrigo Araujo Gabardo.

¹¹⁷ Nesse sentido, vide REsp 1.169.841 (STJ): *“Na hipótese específica dos autos, o ajuizamento da ação principal evidencia, ainda que de forma implícita, a discordância do recorrido em se submeter ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe sua utilização compulsória”*

¹¹⁸ Nesse sentido, vide REsp n.º 1.169.841 (STJ).

[H]avendo relação de consumo prevalecerá a regra de que a efetiva instauração do procedimento arbitral se sujeite à posterior concordância das partes, por ocasião do surgimento do conflito de interesses, que, além de prever a arbitragem como mera faculdade ou alternativa, não fixa o momento em que deverá ser definida a sua efetiva utilização.

A partir das decisões aqui elencadas, é possível identificar no STJ uma leitura estrita da LEI DE ARBITRAGEM no que diz respeito à possibilidade de se submeter disputas oriundas de contratos de adesão à arbitragem.

b.5. Cláusula compromissória em título executivo extrajudicial

A questão relacionada à inserção de cláusula compromissória em título executivo extrajudicial diz respeito a determinar em que medida a busca de um mecanismo ágil e eficiente para a execução de valores líquidos, certos e exigíveis, representado em um título executivo extrajudicial, pode ser afetado, caso se entenda que a cláusula compromissória afasta a exequibilidade do título executivo extrajudicial¹¹⁹.

Foram analisados dois julgados do STJ a respeito do tema. De modo geral, constatou-se o entendimento de que a inserção de cláusula compromissória em título executivo extrajudicial não retira sua executividade, sendo possível a convivência harmônica entre tais institutos.

No REsp nº 944.917¹²⁰, a Terceira Turma do STJ, por votação unânime, reconheceu ser possível a convivência da cláusula compromissória com a natureza executiva do título, não havendo necessidade de se instaurar procedimento arbitral para permitir a execução do título executivo extrajudicial, se a obrigação exequenda for líquida, certa e exigível. No caso, o REsp foi manejado contra acórdão do TJSP que negou provimento a AI interposto contra decisão que indeferiu exceção

¹¹⁹ Foram catalogados 2 acórdãos do STJ neste item: REsp nº 944.917/SP (STJ) e REsp nº 1.373.710/MG (STJ).

¹²⁰ Este acórdão já foi comentado na *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 21, jan/fev/mar 2009, por Rafael Francisco Alves, pp. 198/206.

de pré-executividade, na qual se pleiteava a extinção de ação de execução sob a alegação de existência de cláusula compromissória no título executivo extrajudicial. O acórdão reconheceu não haver empecilho em pactuar-se cláusula compromissória em título executivo extrajudicial, sendo certo que a existência de cláusula compromissória no título não impedia sua execução, pois: (i) aquele título extrajudicial já apresenta força executiva (conferida por lei) e prescinde da sentença arbitral; e (ii) falta ao árbitro o poder de coerção.

Este entendimento foi repetido e confirmado no julgamento do REsp nº 1.373.710¹²¹, no qual a Terceira Turma do STJ, por votação unânime, reiterou que a existência de cláusula arbitral não constitui óbice à execução de título extrajudicial, caso estejam preenchidos os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade do título. No caso analisado pelo acórdão, o TJMG havia afastado a jurisdição estatal da pretensão executiva, tendo em vista a existência de cláusula compromissória no título. O recurso foi provido pelo STJ, pois, embora reconhecida a validade e eficácia da cláusula arbitral, tal cláusula não afeta a exequibilidade do título, de modo que a ação de execução foi incorretamente extinta.

Assim, as decisões do STJ privilegiam o instituto da arbitragem, pois permitem a convivência da cláusula arbitral, garantindo a eficácia e validade desta, sem retirar a exequibilidade do título executivo extrajudicial.

Conclusões

Este relatório analisou 63 decisões que diziam respeito à existência, validade ou eficácia da convenção arbitral, no âmbito do STF e do STJ, no período de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2015. Estas decisões foram distribuídas em 9 subgrupos temáticos.

As questões processuais foram tratadas em 4 subgrupos: (i) Extinção do processo sem julgamento do mérito em 2ª Instância. Supressão de instância?; (ii) Efeito Negativo da Convenção Arbitral; (iii) Óbices processuais derivados da

¹²¹ Este acórdão já foi comentado na *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 48, 2015, por Fernanda de Gouvêa Leão, pp. 68/82.

impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7 do STJ; e 279 e 454 do STF); (iv) Direito Intertemporal.

No primeiro grupo, “Extinção do processo sem julgamento do mérito em 2ª. Instância. Supressão de instância?”, verificou-se que a PESQUISA 2007 havia apontado a existência de diversos acórdãos advindos de diferentes tribunais que deixaram de apreciar a alegação de existência de cláusula compromissória quando esta não havia sido analisada pelo juízo de 1ª instância, sob pena de configurar supressão de instância. Na PESQUISA 2016, foi possível constatar posição do STJ em diferente sentido¹²²: as instâncias inferiores devem analisar, ainda que implicitamente, a alegação de existência de convenção arbitral, mesmo que em juízo de reconsideração de decisão agravada.

No segundo grupo, “Efeito Negativo da Convenção Arbitral”, foi possível perceber que uma tendência verificada na PESQUISA 2007 se repetiu na atual PESQUISA 2016. A análise referente à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória, e do seu consequente efeito negativo, foi realizada sob uma perspectiva bastante estrita.

Já no terceiro grupo “Óbices processuais derivados da impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7 do STJ; 279 e 454 do STF)” observou-se que, na PESQUISA 2007, não havia subgrupo específico para as decisões em que o tribunal deixou de analisar o caso com base na impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais. Havia, contudo, subgrupo dedicado ao tema da inafastabilidade da jurisdição estatal. Considerando as decisões encontradas, entendeu-se, na PESQUISA 2016, pela reunião desses temas no mesmo subgrupo. Assim, verificou-se que, embora haja coerência na aplicação dos óbices processuais, é expressivo o número de julgados que não adentra nas questões de fundo relativas à arbitragem, limitando-se a examinar apenas questões processuais.

Por fim, no último grupo dedicado predominantemente aos aspectos processuais, sobre “Direito Intertemporal”, observou-se que a tendência dos tribunais

¹²² REsp nº 954.065 (STJ).

identificada na PESQUISA 2007 tornou-se o entendimento consolidado, no sentido de reconhecer a aplicabilidade imediata da LEI DE ARBITRAGEM a contratos constituídos anteriormente à sua entrada em vigor, se neles houver convenção arbitral.

As questões de mérito, por sua vez, também foram distribuídas em 5 subgrupos: (i) Princípio da Competência-Competência; (ii) Limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória; (iii) Arbitragem e Poder Público; (iv) Contratos de adesão; e; (v) Cláusula compromissória em título executivo extrajudicial.

O primeiro subgrupo cuidou do “Princípio da Competência-Competência”. A PESQUISA 2007 registrou o amplo reconhecimento do Poder Judiciário ao princípio da competência-competência, sendo raras as hipóteses em que foi desconsiderado. O panorama não parece ter se alterado: identificou-se uma tendência dos tribunais superiores, em garantir o estrito cumprimento da LEI DE ARBITRAGEM no que concerne à competência do tribunal arbitral para avaliar questões relativas à sua própria competência, dando efetividade ao preceito contido no art. 8º, par. único, da LEI DE ARBITRAGEM.

Embora possa ter havido divergências quanto à análise das questões pelos tribunais de segunda instância, o STJ tendeu a reconhecer e garantir a possibilidade de o tribunal arbitral decidir sua própria competência, seja porque extinguiu o processo sem resolução de mérito em função da existência da cláusula arbitral, seja porque indeferiu pedidos de suspensão do processo arbitral. Entretanto, é de se anotar, que o STJ não se utilizou do art. 8º, par. único, para decidir questões relacionadas a conflitos de competência, como será melhor explorado no relatório “Outros”.

No segundo subgrupo, “Limites subjetivos e objetivos da cláusula compromissória”, verificou-se que, embora a PESQUISA 2007 não tenha identificado jurisprudência consolidada neste particular, a PESQUISA 2016 verificou que o STJ traçou limites com relação à falência, apontando à formação de uma tendência sobre o tema. Neste sentido, constatou-se que, em relação a limites objetivos da arbitragem, os tribunais superiores reconheceram a legitimidade da massa falida para participar do

processo arbitral, bem como negaram a eficácia da cláusula compromissória para que a própria falência fosse apreciada no processo arbitral. No tocante aos limites subjetivos, embora não tenha sido enfrentado o tema da adesão tácita à cláusula de arbitragem nas decisões examinadas, há julgado que reconheceu os efeitos da sentença arbitral, analisadas as circunstâncias específicas do caso, em relação à sociedade que não fora parte no processo.

Em relação ao terceiro subgrupo, “Arbitragem e Poder Público”, verificou-se que, quando da PESQUISA 2007, a jurisprudência brasileira caminhava em direção a um posicionamento progressista com relação ao uso da arbitragem pela Administração Pública e seus órgãos sem se poder afirmar, contudo, a existência de entendimento consolidado nos Tribunais. Na PESQUISA 2016, essa tendência tornou-se o entendimento estável dos tribunais superiores e permeou as decisões incluídas no escopo do presente relatório.

Quanto ao quarto subgrupo, “Contratos de adesão”, a PESQUISA 2007 apontou que o tema de arbitragem e relações de consumo era relativamente pacífico na jurisprudência brasileira, com aplicação estrita dos requisitos do art. 4º, par. 2º, da LEI DE ARBITRAGEM. A PESQUISA 2016 confirmou a clara tendência de proteção da parte aderente e de requisitos estritos para se reconhecer a validade da cláusula arbitral em contratos formados por adesão.

Por fim, no quinto subgrupo, “Cláusula compromissória em título executivo extrajudicial”, tema não analisado diretamente na PESQUISA 2007, verificou-se que as decisões julgadas pelo STJ confirmam que a inserção de cláusula compromissória em título executivo extrajudicial não lhe retira sua executividade, sendo possível a convivência harmônica entre a arbitragem e a execução judicial.

De todo o exposto, é possível concluir que a PESQUISA 2016, além de abordar novos temas em relação à anterior, permitiu identificar a consolidação do entendimento dos tribunais superiores com relação a alguns dos tópicos analisados na PESQUISA 2007. As decisões, via de regra, apresentaram posicionamento condizente com o instituto da arbitragem, embora diversos julgados tenham se limitado a examinar o caso sob a perspectiva processual.

