CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM E COMPROMISSO ARBITRAL: POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

ARBITRATION COMMITMENT CLAUSE AND ARBITRATION COMMITMENT: POSSIBLE VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE

Bruno Furtado Silveira¹

Sumário: 1. Introdução - 2. Princípio da inafastabilidade da jurisdição - 3. Arbitragem: Princípio da autonomia privada - autonomia da vontade - autonomia negocial - 4. *Kompetenz-Kompetenz* - 4.1. Cláusulas patológicas como exceção ao princípio do *Kompetenz Kompetenz* - 5. Limites materiais da arbitragem - 6. Vias adequadas ao tratamento de controvérsias - 7. Considerações finais - Referências.

Resumo: Este artigo pretende examinar a arbitragem como uma forma de acesso à Justiça. Preliminarmente, é analisado o conceito e abrangência do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Em seguida, são apresentados os fundamentos teóricos para a investidura da competência arbitral, com ênfase no conceito de autonomia privada. Será objeto de análise a chamada *Kompetenz-Kompetenz*, que consiste na competência atribuída para que o próprio árbitro ou órgão arbitral examine impugnações à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem ou cláusula compromissória. Por fim, busca-se trazer mais reflexões sobre a arbitragem como uma legítima e adequada via de tratamento de conflitos. Concluímos que a vedação de exame prévio pelo Poder Judiciário de controvérsia com cláusula compromissória ou compromisso arbitral não viola o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por ser a arbitragem uma espécie de jurisdição e também porque envolve o livre exercício da autonomia privada. Para a elaboração deste trabalho foi realizada a análise da legislação, da doutrina de

¹ Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Juiz do trabalho.

Direito Civil e de Direito Processual Civil e também de precedentes judiciais de tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito Processual Civil. Autonomia privada. Acesso à Justiça. Brasil.

Abstract: This article aims to examine arbitration as a form of access to justice. Preliminarily, the concept and scope of the principle of access to jurisdiction is analyzed. Then, the theoretical foundations for the investiture of arbitration are presented, with emphasis on the concept of private autonomy. The Kompetenz-Kompetenz will be the object of analysis, which consists of the competence attributed to the arbitrator or arbitration body to examine impugnement to the existence, validity and effectiveness of the arbitration agreement or arbitration clause. Finally, it seeks to bring more reflections on arbitration as a legitimate and appropriate way of dealing with conflicts. We conclude that the prohibition of prior examination by the Judiciary of controversy with arbitration clause or arbitration commitment does not violate art. 5, item XXXV, of the Federal Constitution, as arbitration is a kind of jurisdiction and also because it involves the free exercise of private autonomy. For the elaboration of this work, an analysis of the legislation, the doctrine of Civil Law and Civil Procedural Law and also judicial precedents of Brazilian Courts was carried out.

Keywords: Arbitration. Civil Procedural Law. Private autonomy. Access to justice. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) estabeleceu uma importante mudança no sistema processual ao fixar a competência arbitral na hipótese de existência de contrato com cláusula compromissória ou de compromisso arbitral. Diferentemente do que ocorria antes da referida lei, o Poder Judiciário não poderá intervir na mesma lide objeto do pacto arbitral, antes da decisão final no âmbito da arbitragem. Em regra, haverá a extinção, sem exame do mérito, de eventual ação judicial anterior ao esgotamento do processo arbitral.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, por meio da decisão proferida no processo de homologação de sentença estrangeira SE-AgR: 5206. Nessa decisão o STF afastou, de forma explícita e enfática, a arguição de que a Lei nº 9.307/1996 teria vulnerado o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988).

Apesar da referida decisão do Supremo Tribunal Federal ter pacificado a jurisprudência acerca do assunto, é importante aprofundarmos o estudo dos fundamentos teóricos da arbitragem como um meio legítimo de acesso à Justiça. Cabe indagar se realmente haveria a vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição pela recusa da análise de uma lide pelo Poder Judiciário com fundamento em um pacto arbitral.

Questionamentos acerca da violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição surgem principalmente na hipótese em que as partes firmaram cláusula compromissória. Esse tipo de cláusula consiste na contratação, antes da existência de qualquer demanda, de que, havendo qualquer controvérsia sobre determinada relação jurídica, ela deve ser resolvida por um árbitro ou órgão arbitral. É também possível a impugnação do compromisso arbitral, que se constitui em uma espécie de contrato em que as partes optam por submeter à arbitragem a resolução da controvérsia já instalada. O posterior ingresso de uma ação no Poder Judiciário implicaria na invalidação da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição? Sob outro prisma, a anterior manifestação da vontade das partes que firmaram a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral deve ser prestigiada, mesmo que tenha o resultado de provocar a extinção da ação judicial, sem exame do mérito? Cabe indagar, portanto, se existiria um direito subjetivo e incondicionado de exame de demandas pelo Poder Judiciário.

2. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal determina que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Já o art. 3º do Código de Processo Civil repete o texto constitucional, acrescentando em seu § 1º, que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”.

O referido dispositivo constitucional contém o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de direito de ação, ubiquidade da justiça ou princípio do livre acesso ao Judiciário.

Antes de tudo, cabe definir o que se entende por princípio da inafastabilidade da jurisdição. Para Fernanda Tartuce, a inafastabilidade da jurisdição é: “a fundamental promessa de conceder tutela jurisdicional, constituindo a moderna expressão do que tradicionalmente, em um prisma técnico, era denominado garantia constitucional da ação”.² Observa-se que esse conceito destaca o princípio da ação ou demanda, por meio do qual é assegurado a todos o ingresso em juízo para a defesa dos seus interesses.

O direito de ação possui duplo espectro, pois abarca tanto a possibilidade de exigir a atividade jurisdicional, quanto o direito de se pleitear a tutela ao Poder Judiciário. Quanto às suas características, ele é autônomo, pois independe da existência do direito alegado, e um direito subjetivo, ou seja, da esfera de cada indivíduo³. Cabe observar que o direito de ação é também um dever inescusável do Estado.

Fredie Didier Jr., ao tratar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tece as seguintes considerações: “Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado.”⁴ Dá-se ênfase, portanto, ao caráter abstrato da ação, ou seja, ao direito de ingressar com uma ação perante o Poder Judiciário, independentemente dos fundamentos fáticos e jurídicos alegados pela parte autora.

Nesse contexto, existe o debate sobre a natureza jurídica da arbitragem. Diversos doutrinadores entendem que a arbitragem é jurisdição, no caso, uma modalidade de jurisdição privada. Dentre os estudiosos que consideram a natureza jurisdicional da arbitragem se encontra Arruda Alvim, que sintetiza da seguinte forma o seu posicionamento:

Em primeiro lugar, pode ser dito que a arbitragem é revestida de substitutividade, já que o árbitro detém poderes para se sub-rogar à vontade das partes e, dessa forma, aplicar o direito.

² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019, p. 121.

³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019, p. 122.

⁴ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento - v. 1, 10. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: *Jus Podium*, 2008, p. 86.

Outro aspecto que identifica a sentença arbitral à judicial consiste no fato de que também aquela produz coisa julgada, de molde que seus efeitos revestem-se de características da imutabilidade, inerente à atividade jurisdicional, que é definitiva por natureza.

Veja-se, ainda, que o árbitro, assim como o juiz, atua na qualidade de terceiro desinteressado, satisfazendo o requisito da imparcialidade. Por outro lado, a despeito de não estar investido de um cargo público, o árbitro também está investido de poderes decisórios cuja eficácia equipara-se à sentença judicial.

É certo que a arbitragem deve ser em contraditório regular, muito embora o procedimento arbitral não seja idêntico àquele estabelecido para o processo judicial.

Por fim, a atividade de árbitro, tanto como a do juiz, é inerte, pois depende de provocação dos interessados.⁵

A consideração da arbitragem como espécie de jurisdição faria com que o exercício do direito a que alude o art. 5º, XXXV, da Constituição fosse exercido pelo acesso das partes à esfera arbitral. Contudo, a natureza jurídica jurisdicional da arbitragem não é ponto pacífico na doutrina, sendo necessário a consideração de outros fundamentos para o estudo da problemática exposta neste artigo.

A livre opção pela utilização da arbitragem, nos estritos termos das disposições da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), efetivamente é um fator impeditivo para que as partes tenham a mesma demanda examinada pelo Poder Judiciário. Ressalta-se que é possível que o Judiciário analise a decisão definitiva proferida na esfera arbitral, mas apenas em hipóteses bastante restritas (art. 32 da Lei de Arbitragem). De qualquer modo, não é viável que o Judiciário reveja o mérito em si da sentença arbitral. Por outro lado, não existe no Brasil norma estatal impondo a arbitragem para a resolução de determinadas controvérsias. Estaria então a Lei de Arbitragem vulnerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição? O simples confronto entre a literalidade dos textos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal e do art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996 poderia levar o intérprete a responder positivamente a essa indagação. Contudo, cabe realizar um estudo aprofundado das razões pelas quais a livre escolha pela via arbitral mantém intacto o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Inicialmente houve resistência na jurisprudência de alguns tribunais brasileiros em se reconhecer a constitucionalidade das diversas inovações processuais trazidas pela Lei nº

⁵ ALVIM, Arruda. **Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem**. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 142-143.

9.307/1996. Um dos principais pontos de divergência consistia na possível violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição pela rejeição da análise pelo Judiciário de demandas em que as partes que tenham firmado compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Tal instabilidade jurisprudencial cessou com a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 pelo Supremo Tribunal Federal (SE-AgR: 5206). Transcrevo a seguir parte da ementa da referida decisão do STF:

[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). **Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.** [...] (STF - SE-AgR: 5206 EP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958) - grifos nossos

Ao analisar os fundamentos da tese prevalecente no acórdão, percebe-se a relevância conferida pelo STF à livre manifestação da vontade das partes no momento em que foi firmada a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. Essa autonomia é a pedra angular do posicionamento de que a arbitragem não representa mácula ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, conforme será abordado a seguir.

A Lei nº 13.874/2019, denominada Lei da Liberdade Econômica, trouxe dispositivo que prestigia a força cogente das estipulações entre particulares. Trata-se do inciso VIII, do art. 3º, da referida lei, por meio do qual se estabelece que “os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes”, resguardando, contudo, a prevalência das normas de ordem pública. É perfeitamente aplicável essa disposição legal no que se refere aos pactos relacionados à arbitragem. Entendemos que é vedado ao Poder Público interferir na vontade manifestada por pessoas capazes no sentido de submeter à arbitragem as suas demandas sobre direitos disponíveis. O exame do mérito da controvérsia pelo Poder Judiciário no caso em que há estipulação arbitral representaria uma mácula à liberdade preconizada na Lei nº 13.874/2019.

Outro fundamento contrário à tese de que a arbitragem vulnera o princípio da inafastabilidade da jurisdição é a possibilidade de impugnação judicial da sentença arbitral, na

hipótese em que se verificar algum vício a que alude o art. 32 da Lei nº 9.307/1996. Esse aspecto é ressaltado por Francisco José Cahali: “[...], não se exclui do Poder Judiciário a lesão a direito das partes, pois se a convenção arbitral, ou mesmo a sentença proferida na arbitragem, contiver vícios indicados na Lei, caberá ação própria de invalidação, ou mesmo em defesa da execução, [...]”⁶

3. ARBITRAGEM: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA - AUTONOMIA DA VONTADE - AUTONOMIA NEGOCIAL

A opção das partes de submeter uma lide à arbitragem encerra um aspecto do exercício da liberdade de contratar. É justamente para assegurar a ampla liberdade de optar pela via arbitral, sem qualquer comprometimento da vontade dos contratantes, que a legislação não estabelece nenhuma hipótese de obrigatoriedade de submissão de demandas à arbitragem. Contudo, proíbe-se a escolha da arbitragem quando a lide envolver direitos não patrimoniais ou indisponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/1996).

É importante inicialmente definir os conceitos de autonomia privada, autonomia da vontade e autonomia negocial, de modo a estabelecer qual deles seria o suporte teórico da arbitragem.

Giovanni Ettore Nanni preceitua:

A cláusula compromissória é assentada em um princípio fundamental, que é o da autonomia privada, muito embora ainda se refira à autonomia da vontade entre os estudiosos arbitralistas. Entretanto, apesar de o presente trabalho não comportar tal discussão, pensa-se que o conceito de autonomia da vontade foi suplantado pelo de autonomia privada, moldado de acordo com a teoria do negócio jurídico, sem o ranço do dogma da vontade.

A doutrina não diverge em reconhecer a autonomia privada como o poder de autodeterminação da pessoa, em que o ordenamento jurídico oferece e assegura aos particulares a possibilidade de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos.

⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122.

Agregue-se, a título de esclarecimento, que atualmente se vem entendendo que a locução mais apropriada para a hipótese é autonomia negocial em vez de autonomia privada, inclusive no que tange à cláusula compromissória.⁷

Nota-se que o jurista Giovanni Ettore Nanni faz a adequada distinção entre os termos, de modo a considerar superado na atualidade o conceito de autonomia da vontade. Com efeito, a autonomia da vontade está vinculada à ideia de exercício quase ilimitado do direito de escolha do indivíduo. Esse viés altamente individualista da vontade estava impregnado não só em diversos dispositivos do Código Civil de 1916, mas também na própria *mens legis* desse diploma legal. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, com o Código Civil de 2002, houve uma notável mitigação do conceito de vontade, tendo em vista considerações de ordem pública e social. Por tais motivos, compartilhamos do entendimento de que atualmente é mais apropriada a utilização do conceito de autonomia privada. Apesar disso, ainda é comum, tanto na jurisprudência quanto na doutrina brasileiras, a utilização indistinta dos termos autonomia da vontade e autonomia privada.

O conceito de autonomia negocial, de pouca utilização no meio jurídico nacional, dá ênfase à dimensão patrimonial ou econômica da autonomia do indivíduo, sem esquecer dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. A chamada autonomia negocial se desdobra na liberdade de firmar ou não um contrato e na possibilidade de escolher o conteúdo dos contratos.⁸

Flávio Tartuce enfatiza o papel da autonomia privada na opção pela arbitragem, afastando-se com isso a arguição de vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição:

Realmente, não se pode dizer que a arbitragem afasta o acesso à justiça tutelado pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, sob o argumento de que não pode admitir que uma controvérsia não pode ser apreciada pelo Poder Judiciário. Ora, a opção pela arbitragem é um exercício legítimo da autonomia privada, da liberdade individual. A questão pode ser normalmente resolvida pela ponderação de interesses ou valores constitucionais, desenvolvida por Robert Alexy e adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do CPC/2015. A liberdade e a autonomia privada amparam o direito fundamental de procurar outros meios para a solução das contendas, caso da arbitragem, que também representa uma modalidade de jurisdição.⁹

⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

⁸ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. **Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/80>. Acesso em 11/11/2020.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** - v. 3, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 835

Carlos Alberto Carmona também apresenta o posicionamento de que a arbitragem é instituída em decorrência da autonomia dos pactuantes da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral:

Com efeito, uma das principais características da arbitragem é a autonomia da vontade, isto é, para ser instaurado, o procedimento arbitral pressupõe que as partes tenham, livre e espontaneamente, celebrado convenção de arbitragem e tenham a consciência de que quaisquer litígios decorrentes da relação jurídica na qual se insere a referida cláusula deverão ser decididos por arbitragem.¹⁰

Já Francisco José Cahali ressalta que o sistema jurídico brasileiro não impõe a via arbitral, sendo a submissão a essa forma de resolução de conflitos decorrente da vontade de contratar acerca de direitos patrimoniais disponíveis:

[...], em última análise, a lei não impõe a utilização da arbitragem, mantendo íntegro aos interessados o acesso à jurisdição estatal, porém, como expressão da vontade e liberdade de contratar, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite que seja eleito o palco arbitral para a solução de conflito (potencial, latente ou já manifestado).¹¹

Uma leitura isolada do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição é capaz de levar o intérprete à conclusão de que existiria o direito incondicionado e ilimitado de ter as demandas analisadas pelo Poder Judiciário. Contudo, tal interpretação do texto constitucional não observa que a jurisdição também pode ser exercida na esfera não estatal, como ocorre na arbitragem. É necessário prestigiar a autonomia das partes que resolveram submeter a contenda à arbitragem. Além disso, muitas vezes a própria estrutura do processo judicial é incompatível com as aspirações das partes do litígio, sendo a arbitragem o meio mais adequado para a solução do conflito.

O sistema jurídico brasileiro contempla uma ampla gama de caminhos para a resolução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, como a mediação, a conciliação e, mais notadamente para fins desse estudo, a arbitragem. Todos esses são exemplos de formas extrajudiciais de solução de controvérsias, que não vulneram o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 122.

¹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

4. KOMPETENZ-KOMPETENZ

A Lei nº 9.307/1996 representou uma mudança substancial quanto à relevância da arbitragem como meio extrajudicial de solução de controvérsias. Dentre as inúmeras alterações trazidas pela Lei de Arbitragem ganha notável destaque a norma que estabeleceu a competência arbitral para analisar quaisquer questões sobre a eficácia, validade e existência da cláusula compromissória ou da convenção de arbitragem (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996). A mencionada norma determina que o árbitro ou entidade especializada são competentes para examinar, por provocação ou de ofício, todas as questões envolvendo a sua própria competência para analisar a lide. O Código de Processo Civil, em seu art. 485, VII, harmoniza-se com a Lei de Arbitragem ao determinar a extinção do processo judicial, sem exame de mérito, na hipótese do juiz acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou for reconhecida a competência na própria esfera arbitral. A fixação inequívoca da competência arbitral pela legislação prestigia a segurança jurídica, pois impede a existência de ações simultâneas sobre a mesma causa. Em razão dessa sistemática de autoexame da competência, a doutrina considera que se aplica à arbitragem brasileira o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, também chamado de princípio da competência-competência.

O princípio da competência-competência tem duplo aspecto. O primeiro desses aspectos é positivo, e representa a fixação da competência arbitral para analisar todas as questões que digam respeito à sua própria competência. Já o prisma negativo do mesmo princípio significa a vedação de que o Poder Judiciário examine a competência arbitral antes do próprio árbitro ou entidade especializada.¹²

¹² DIAS, Jean Carlos. **O problema da competência-competência no Código de Processo Civil brasileiro aos olhos da análise econômica do direito**. Revista de Processo. Vol. 293, p. 383-404. São Paulo: Ed. RT, julho 2019. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000179d8436a17eb88b49e&docguid=Ia14b0500995c11e98148010000000000&hitguid=Ia14b0500995c11e98148010000000000&spos=7&epos=7&t>

Esse último aspecto do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* tem sido observado pelo Poder Judiciário, que com frequência rejeita a análise de controvérsias em que as partes, apesar do pacto arbitral, ainda não se submeteram ao processo de arbitragem. Nesse caso, há a extinção do processo judicial, sem exame do mérito, na forma do disposto no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, como ilustra as seguintes decisões:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO SUCESSIVO DE CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. 1. Ação ajuizada em 19/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 03/07/2017. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se a presente ação de obrigação de fazer pode ser processada e julgada perante a justiça estatal, a despeito de cláusula compromissória arbitral firmada contratualmente entre as partes. 3. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro. 4. Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*). 5. O juízo arbitral prevalece até mesmo para análise de medidas cautelares ou urgentes, sendo instado o Judiciário apenas em situações excepcionais que possam representar o próprio esvaimento do direito ou mesmo prejuízo às partes, a exemplo da ausência de instauração do juízo arbitral, que se sabe não ser procedimento imediato. 6. Ainda que se admita o ajuizamento - frisa-se, excepcional - de medida cautelar de sustação de protesto na Justiça Comum, os recorrentes não poderiam ter promovido o ajuizamento da presente ação de obrigação de fazer nesta sede, em desobediência à cláusula compromissória firmada contratualmente entre as partes. 7. **Pela cláusula compromissória entabulada, as partes expressamente elegeram Juízo Arbitral para dirimir qualquer pendência decorrente do instrumento contratual, motivo pela qual é inviável que o presente processo prossiga sob a jurisdição estatal.** 8. Recurso especial conhecido e não provido". (STJ - REsp: 1694826 GO 2017/0143186-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017) - grifos nossos

SOCIEDADE ANÔNIMA. Destituição de diretor presidente. Indenização. "Severance indemnity". **Existência de cláusula compromissória no estatuto social.**

Incompetência do Poder Judiciário até mesmo para decidir sobre existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Art. 8º, p.u., da Lei 9.307/96. Princípio "kompetenz-kompetenz". Tese consolidada na jurisprudência do STJ. Processo extinto sem resolução de mérito. Incidência do art. 485, VII, do CPC. Condenação do autor, vencido, ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. Inteligência do art. 85 do CPC. Arbitramento por equidade. Impossibilidade. Causa objetivamente não enquadrada no art. 85, § 8º, do CPC. Fixação nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Precedentes da 2ª Seção do STJ e desta Câmara. Juros moratórios corretamente fixados a partir do trânsito em julgado. "Quantia certa" obtida mediante simples cálculo aritmético, sem necessidade de liquidação. Aplicação do art. 85, § 16, do CPC. Precedente do STJ. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - AC: 11202943120188260100 SP 1120294-31.2018.8.26.0100, Relator: Gilson Delgado Miranda, Data de Julgamento: 04/12/2019, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 06/12/2019) - grifos nossos

Contudo, o reconhecimento da sua própria competência pelo árbitro ou colegiado arbitral de modo algum impede a arguição posterior de incompetência perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona consigna:

A decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, eis que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final.¹³

É importante frisar que essa impugnação judicial somente será cabível após finalizado o procedimento arbitral, ou seja, quando já houver sido proferida decisão definitiva sobre a lide no âmbito da arbitragem.

O art. 32 da Lei nº 9.307/1996, em seus incisos I e II, estabelece a nulidade da sentença arbitral quando for nula a convenção arbitral ou quando a sentença houver sido proferida por quem não poderia ser árbitro. A arguição da nulidade deve ser realizada perante o Poder Judiciário (art. 33, *caput*), no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da decisão arbitral (§ 1º do art. 33) e deverá a parte interessada comprovar que invocou a

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

nulidade na primeira oportunidade de se manifestar no âmbito arbitral, sob pena de se declarar a preclusão (art. 20, *caput*).

Mediante a leitura atenta das hipóteses de nulidade relacionadas no art. 32 da Lei nº 9.307/1996, percebe-se que não se encontra entre elas o erro na sentença arbitral quanto aos fatos ou ao direito aplicável à controvérsia. Ou seja, não compete ao Poder Judiciário entrar no mérito da decisão arbitral. A sentença proferida pelo árbitro ou pelo órgão arbitral somente é passível de desconstituição judicial em relação aos seus aspectos extrínsecos, como por exemplo os relacionados à competência e à lisura do árbitro. A característica da impossibilidade de rediscussão do mérito da sentença arbitral é justamente uma das vantagens desse meio extrajudicial de solução de controvérsias.

4.1 - CLÁUSULAS PATOLÓGICAS COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Apenas de forma bastante excepcional a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade do Poder Judiciário intervir em uma lide antes da conclusão do processo arbitral. Essa postura decorre dos inequívocos termos da Lei de Arbitragem, por meio dos quais foi instituído o princípio da competência-competência arbitral. Apesar disso, em situações em que se verifica uma ilegalidade explícita, o Judiciário tem reconhecido a viabilidade jurídica de se declarar a nulidade da arbitragem durante o curso do processo extrajudicial. A chamada cláusula patológica, que enseja intervenção imediata do Poder Judiciário, consiste em uma estipulação flagrantemente contrária à legislação.

Temos o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça como caso paradigma da intervenção judicial no curso processo arbitral:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não

consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. **O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.** 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1602076 SP 2016/0134010-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/09/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/09/2016) - grifos nossos

No Recurso Especial (REsp) 1602076, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade da cláusula arbitral inserida num contrato de adesão, na hipótese em que claramente não houve a observância de um dispositivo da Lei de Arbitragem. O princípio da economia se sobrepôs ao da competência-competência, ante a gravidade e flagrância da nulidade.

O caso analisado pelo STJ se tratava de um contrato de franquia em que a cláusula arbitral não observava os termos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996: “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.” O tribunal declarou a imediata nulidade do processo arbitral, por ter verificado que a cláusula arbitral, de forma inequívoca, não seguiu as especificidades da Lei nº 9.307/1996. A importância de tal julgado é inequívoca, pois estabeleceu uma exceção ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz* arbitral.

Em razão dos termos de absoluta excepcionalidade da intervenção judicial na esfera arbitral consignada na mencionada decisão do STJ, compartilhamos do entendimento de que esse julgado não representa desestímulo aos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Outra hipótese de cláusula arbitral patológica bastante invocada pela doutrina diz respeito àquelas que contenham impropriedades de tal monta que impossibilitem a realização da arbitragem. Esse tipo de cláusula deve conter defeitos tão graves que tornem inviável até mesmo o aproveitamento parcial da convenção arbitral. Francisco José Cahali elenca diversos exemplos dessa espécie de cláusula arbitral patológica:

Como exemplo temos as seguintes situações: indicação de instituição arbitral inexistente (v.g., Câmara de Arbitragem Institucional, ou Centro de Arbitragem da USP); indefinição na indicação da instituição (v.g. Tribunal Arbitral Estadual no Paraná); dúvida quanto ao número de árbitros (v.g., será resolvida por arbitragem através da nomeação de árbitro ou árbitros pelas partes); indicação do regulamento de uma instituição, porém para ser administrada por entidade diversa, com regras

contrárias àquelas previstas, ou até mesmo para ser desenvolvida por árbitro único, impossibilitando a utilização de algumas previsões, cláusula compromissória que preveja procedimento diverso e contraditório ao da instituição escolhida etc., tudo sem contar com cláusulas que ponham em dúvida a própria opção das partes a este método de solução de conflito (v.g., as partes elegem o foro de São Paulo para questões decorrentes do contrato a serem dirimidas por arbitragem judicial, ou, ainda, os conflitos serão resolvidos por arbitragem do juizados especiais de pequenas causas).¹⁴

O mesmo autor enfatiza o princípio da preservação arbitral, segundo o qual o intérprete, diante de uma cláusula arbitral defeituosa, deve realizar um esforço para salvar a arbitragem, quando assim for possível. A preservação do procedimento arbitral deve ser garantida sobretudo nos casos em que não exista dúvida quanto à vontade das partes de excluir do Poder Judiciário a análise da demanda¹⁵.

5. LIMITES MATERIAIS DA ARBITRAGEM

Somente direitos patrimoniais e disponíveis podem ser submetidos à arbitragem, de acordo com a literalidade do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996. Por estarem fora do âmbito de abrangência da arbitragem, as controvérsias sobre direitos indisponíveis ou não patrimoniais necessitam da intervenção do Poder Judiciário.

Em alguns casos a natureza do direito é manifestamente não patrimonial e indisponível, tornando praticamente consensual a inviabilidade de resolução arbitral da lide. Como exemplo de ações sobre direitos não patrimoniais e indisponíveis temos as lides sobre guarda, visita e alimentos de crianças e adolescentes.

Outras vezes, a natureza jurídica dos direitos envolvidos não é tão clara, ensejando divergências na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de submissão da demanda a um órgão arbitral. São inúmeras situações em que existe essa controvérsia, podendo ser citadas as demandas que envolvam direito das sucessões, direito societário e falimentar, direito

¹⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 168.

¹⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167-168.

público, dentre outras. Neste estudo analisaremos apenas duas entre as diversas hipóteses em que há diferentes posicionamentos sobre a arbitrabilidade. São elas as demandas que envolvam direito do consumidor e direito individual trabalhista.

A menção neste estudo a dois casos de grande controvérsia quanto à possibilidade de exame da lide por um órgão arbitral tem o escopo demonstrar a frequente e indevida utilização na jurisprudência do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Conforme já exposto neste artigo, a própria Lei da Arbitragem restringe o acesso à esfera arbitral de demandas sobre direitos não patrimoniais e/ou indisponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/1996). Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor veda a imposição de cláusula compromissória em contrato de consumo (art. 51, VII, do CDC). Em razão dos termos literais dessas duas normas, na maioria dos casos seria suficiente a utilização dos mencionados dispositivos de lei para se vedar a submissão à arbitragem de lides trabalhistas e consumeristas.

Contudo, observa-se que inúmeros julgados acrescentam a vulneração do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) como argumento para declarar a nulidade do processo arbitral. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2001, declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 (SE-AgR: 5206), afastando expressamente a arguição de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição pela cláusula compromissória ou compromisso arbitral, pacificando desde então o tema no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade e legalidade da apreciação de lides trabalhistas individuais por órgãos arbitrais. As decisões desse tribunal tendem a considerar inviável a apreciação arbitral de demandas individuais trabalhistas, seja porque se trata de direitos considerados indisponíveis, seja em razão de uma possível vulneração do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A título exemplificativo do posicionamento da maior parte da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, transcrevo o seguinte aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - DESCABIMENTO. [...] 2. **ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO.** RECURSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 2.1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2.2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação

de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 2.3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos - inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora. 2.4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva **direitos patrimoniais disponíveis**, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 2.5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, **em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior**. 2.6. **A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.** 2.7. **Vale ressaltar que o art. 507-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, não possui aplicação retroativa.** [...] Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR-2810-32.2012.5.03.0029, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 09/02/2018)

Cabe esclarecer que não é pacífica a definição das normas trabalhistas individuais como direitos que o empregado não pode dispor, havendo doutrinadores que estabelecem diferentes graus de indisponibilidade. Há outros juristas que consideram disponíveis certos direitos individuais trabalhistas. O Supremo Tribunal Federal foi enfático no julgamento do processo SE-AgR: 5206 ao rejeitar a arguição de que a arbitragem vulnera o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Levando em consideração a conclusão da Corte Constitucional sobre o assunto, é passível de crítica o entendimento majoritário do TST pela impossibilidade da arbitragem trabalhista com base na violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A polêmica questão da compatibilidade da arbitragem no direito individual do trabalho ganhou novo fôlego pela edição da Lei nº 13.467/2017, também chamada de Reforma Trabalhista. Essa lei inseriu dispositivo na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), permitindo a arbitragem em demandas trabalhistas em que o contrato de emprego tenha remuneração superior a duas vezes o limite de benefícios do regime geral de previdência social (art. 507-A, da CLT). Até o momento, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho não examinaram, de forma abstrata, a constitucionalidade desse novo dispositivo da CLT.

Quanto às controvérsias envolvendo direito do consumidor, havia uma tendência na doutrina e na jurisprudência de não se permitir o exame por um órgão arbitral, em razão do

disposto no art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Contudo, ao examinar o tema, o Superior Tribunal de Justiça acabou por estabelecer a possibilidade de se referendar a competência arbitral para análise de demandas consumeristas, observados alguns requisitos. Essas hipóteses excepcionais dizem respeito aos casos em que o ingresso no sistema arbitral não tiver sido imposto ao consumidor, quando a iniciativa de se vincular à arbitragem tiver sido do consumidor ou quando o consumidor concorde ou confirme, de forma expressa, a instituição da arbitragem.

A seguir transcrevo paradigmático julgado do STJ sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. CONTRATOS DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE USO. AUSÊNCIA DE FORMALIDADE. IMPOSIÇÃO. PROIBIÇÃO. 1. Ação ajuizada em 07/03/2016, recurso especial interposto em 19/06/2018 e atribuído a este gabinete em 01/10/2018. 2. O propósito recursal consiste em avaliar a validade de cláusula compromissória, contida em contrato de aquisição de um lote em projeto de parcelamento do solo no município de Senador Canedo/GO, que foi comercializado pela recorrida. 3. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante do litígio, havendo consenso entre as partes - em especial a aquiescência do consumidor -, seja instaurado o procedimento arbitral. Precedentes. 4. **É possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição.** 5. Pelo teor do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, mesmo que a cláusula compromissória esteja na mesma página de assinatura do contrato, as formalidades legais devem ser observadas, com os destaques necessários. Cuida-se de uma formalidade necessária para a validade do ato, por expressa disposição legal, que não pode ser afastada por livre disposição entre as partes. 6. **Na hipótese, a atitude da consumidora em promover o ajuizamento da ação evidencia a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória.** 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 1785783/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 07/11/2019) - grifos nossos

Apesar da mencionada decisão de uma das turmas do Superior Tribunal de Justiça, ainda é objeto de acirrado debate a possibilidade de se submeter à arbitragem demandas que envolvam direito do consumidor. No caso daqueles que admitem a arbitragem nessa espécie de controvérsia, ainda há a discussão quanto às hipóteses que não estariam abrangidas pela proibição imposta pelo art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Também é comum a utilização na jurisprudência do argumento da violação do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal para justificar a não aplicação da arbitragem em controvérsias que envolvam o Direito do Consumidor, conforme exemplifica o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. DEVOLUÇÃO DA TAXA SATIE COMISSÃO DE CORRETAGEM. PRELIMINARES AFASTADAS. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. A cláusula de arbitragem inserida em contratos de adesão deve obedecer inteiramente o disposto no art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor. No caso, em que pese a cláusula estar por escrito em documento anexo e com a assinatura dos autores (fl. 38), é certo que, a cláusula compromissória adquiriu contornos de compulsória, o que é vedado pela legislação consumerista. Ademais, **diante da vulnerabilidade do consumidor, há que prevalecer a presunção de imposição do compromisso arbitral e o direito de acesso à jurisdição, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.** [...] Recursos não providos. (TJ-SP - APL: 10034722920148260704 SP 1003472-29.2014.8.26.0704, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 14/02/2017, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/02/2017) - grifos nossos

Consideramos que é necessário o estudo aprofundado dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais da arbitragem, de modo a aprimorar a análise dos diversos casos em que podem surgir dúvidas quanto à possibilidade de submissão da demanda à esfera arbitral. Entendemos que a utilização indevida do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição tem por efeito reduzir o prestígio da arbitragem como um meio extrajudicial de solução de controvérsias.

6. VIAS ADEQUADAS AO TRATAMENTO DE CONTROVÉRSIAS

É inerente à vida em sociedade a existência de conflitos. Alguns desses conflitos são resolvidos pelas próprias partes, outros demandam a intervenção de um terceiro. Algumas espécies de demandas impõem a manifestação judicial, como os casos criminais de maior potencial ofensivo e lides de direito de família que envolvem crianças e adolescentes. Porém, as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas plenamente capazes na esfera cível permite que as partes optem por outras vias que não o Poder Judiciário. É possível que nessa última espécie de controvérsia as partes escolham por se submeter à mediação, conciliação ou arbitragem. Esses três mecanismos são também chamados de meios alternativos de solução de controvérsias.

Compartilhamos do posicionamento de que a mediação, conciliação e arbitragem são alguns dos meios adequados de tratamento de conflitos. Essa nomenclatura foi utilizada com ênfase pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao editar a Resolução nº 125/2010. A referida resolução do CNJ regulamenta apenas a mediação e a conciliação no âmbito do Poder Judiciário. Contudo, o espírito dessa norma é de se oferecer alternativas para a solução das lides sem uma sentença judicial. No art. 1º da resolução é determinada a instituição da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que visa “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Com as alterações nas dinâmicas sociais e econômicas o Poder Judiciário tem se mostrado incapaz de apreciar em tempo razoável todas as demandas a que tem sido instado a se pronunciar. Ademais, certos tipos de conflitos possuem características que resultam na sua inadequação em face da dinâmica inerente a um processo judicial. Muitas vezes a submissão de uma controvérsia ao Poder Judiciário se mostra insatisfatória para os anseios dos contentores. É comum que isso ocorra, por exemplo, quando a lide envolve uma relação contínua, que permanecerá após a resposta judicial. Dentre os fatores de insatisfação com o Poder Judiciário temos a morosidade, a inviabilidade de uma apreciação minuciosa dos fatos em discussão, a publicidade do processo e a possibilidade de inúmeros recursos.

O Estado possui o monopólio da utilização da força. Contudo, não é verdadeira a assertiva de que o Estado é o único ente legitimado a dizer o direito no caso concreto. Essa é a posição de Arruda Alvim, ao se reportar à Lei de Arbitragem:

A Lei nº 9.307/96 é um reflexo da mudança de paradigma nos estudos que envolvem os métodos de solução de conflitos, pois sinaliza novas possibilidades para a aplicação do direito aos litígios, alternativas à via judicial. O que se preconiza atualmente é que o Estado não é o único - e, algumas vezes, sequer é o mais adequado - ente vocacionado para esta função, que pode muito bem ser exercida por particulares, algumas vezes com resultados mais proveitosos do que aqueles obtidos no âmbito do Judiciário.¹⁶

Fernanda Tartuce defende, de forma incisiva, a não exclusividade estatal da competência para a solução de controvérsias:

O Direito pode se realizar pela ética (impulso interno que conduz o indivíduo a reconhecer e respeitar os direitos alheios), por meios consensuais ou pela solução jurisdicional de mérito; quando se preconizou no Direito romano a máxima de que “o

¹⁶ ALVIM, Arruda. **Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem**. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 140.

Direito é a arte de atribuir a cada um o que é seu”, o intuito não foi indicar que apenas ao Estado competia, exclusivamente, dar a cada um o que era devido.

[...]

A ideia de monopólio estatal na distribuição e realização da justiça, todavia, não vem se confirmando enquanto pauta exclusiva. Sob uma perspectiva sociológica, o Estado contemporâneo não detém o monopólio da distribuição e produção do Direito. Embora o Direito estatal pareça despontar como o modo de juridicidade dominante, não há como negar sua coexistência com outros modos de juridicidade; há outros direitos que com ele se articulam, sendo inerente à vida em sociedade a existência de articulação e inter-relação entre os diversos modos de produção do direito.

[...]

Percebe-se, assim, a necessidade de uma nova mentalidade. Ao se defrontar com uma controvérsia, devem o jurisdicionado, o gestor do sistema de justiça e o operador do Direito considerar, em termos amplos, qual é a melhor forma de tratá-lo, cotejando não apenas as medidas judiciais cabíveis, mas também outros meios disponíveis para abordar a controvérsia, especialmente diante da possibilidade de superar resistências e obter algum tipo de consenso entre os envolvidos no conflito (ainda que sobre parte da controvérsia).¹⁷

O conceito de acesso à justiça, como sinônimo de acesso a uma ordem jurídica justa, é de vital importância para o presente estudo. Cândido Rangel Dinamarco tece considerações sobre esse aspecto, ao ressaltar que o acesso à justiça não equivale ao ingresso de uma demanda perante o Poder Judiciário:

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. [...]

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. [...]¹⁸

Além dos aspectos já mencionados, cabe destacar o prisma social do acesso à justiça, que pode ser perfeitamente garantido pela utilização de meios extrajudiciais de solução de controvérsias, como a arbitragem. Esse é o entendimento defendido pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

O conceito de acesso à justiça, no mundo contemporâneo, deve ser compreendido como a garantia de entrada a um justo processo, capaz de proporcionar a resolução de

¹⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019. p. 144-151.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** - v. I, 5. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133-134.

controvérsias com rapidez, segurança e efetividade, mediante a implementação de mecanismos de pacificação social que permitam a desobstrução da jurisdição estatal, esta vocacionada àquelas lides impossíveis por outros meios. A rápida transformação e interação entre os povos, por força da globalização, assim também a nova era dos direitos, fez exsurgir o anseio da sociedade por formas alternativas e extrajudiciais de prevenção e resolução de conflitos intersubjetivos, dos quais são exemplos notórios a mediação e a arbitragem.¹⁹

O conflito entre a jurisdição estatal e a jurisdição extrajudicial, representada pela arbitragem, é apenas aparente. Cada uma das formas de manifestação da jurisdição possui seu próprio campo de aplicação e são complementares, de acordo com Fernanda Tartuce:

Vale destacar que não há pretensão de substituir a via judiciária por outras instâncias de composição de conflitos; busca-se, em realidade, disponibilizar mecanismos adicionais para permitir a adoção de vias adequadas ao tratamento das controvérsias em relação de complementaridade com o mecanismo jurisdicional clássico.²⁰

A ideia central destacada pelos doutrinadores citados é de que os conflitos devem ser solucionados pela via mais adequada, seja ela judicial ou extrajudicial. Diversas controvérsias não encontram no Poder Judiciário uma resposta célere, apropriada e satisfatória. Dependendo das características da lide, é recomendável a utilização de meios extrajudiciais de composição, como a arbitragem, a conciliação ou a mediação. Compelir as partes a acionar o Judiciário em toda e qualquer controvérsia representa uma postura que não só restringe a liberdade dos indivíduos, mas também compromete a eficiência do sistema de tratamento de conflitos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização da arbitragem decorre da liberdade de contratar, dentro da esfera da autonomia privada dos indivíduos. Não há na legislação brasileira nenhuma espécie de estipulação de que determinadas demandas devam se submeter obrigatoriamente à arbitragem. Com efeito, a apreciação de uma lide pelo sistema arbitral pressupõe um pacto entre pessoas plenamente capazes, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁹ SALOMÃO, Luis Felipe. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017, p. V.

²⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019. p. 154.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição não comporta o direito absoluto de que demandas com cláusula compromissória ou compromisso arbitral sejam analisadas pelo Poder Judiciário. Compartilhamos do entendimento doutrinário de que a arbitragem é uma das espécies de jurisdição, no caso, jurisdição extrajudicial.

Por ser a arbitragem jurisdição e emanar da autonomia privada, regularmente exercida por agentes capazes, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, a instituição da arbitragem não vulnera o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Essa conclusão é reforçada pela expressa previsão legal da liberdade de contratação em negócios jurídicos paritários, preconizada no art. 3º, VIII, da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

Tendo em vista que o STF já declarou a compatibilidade da arbitragem com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consideramos que não observam a melhor técnica jurídica diversos tribunais brasileiros que ainda fundamentam suas decisões em sentido contrário.

O posicionamento adotado neste artigo é de que as partes possuem a prerrogativa de escolher a melhor forma de solucionar as suas lides sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ao Estado não foi atribuído o monopólio absoluto de dizer o direito. Se as próprias partes pactuaram que possuem a intenção de levar a demanda à arbitragem, o Estado deve observar essa vontade.

As deficiências inerentes à jurisdição estatal, como as relacionadas à morosidade e à impossibilidade da análise detida de todas as circunstâncias relevantes da lide, fazem com que muitas vezes os meios extrajudiciais, a exemplo da arbitragem, sejam os mais adequados ao tratamento da controvérsia. Nessa perspectiva, ganha destaque o prisma social do princípio do acesso à justiça, que não se confunde com a simples possibilidade de acionar o Poder Judiciário. O acesso à ordem jurídica, sob o ponto de vista social, consiste na disponibilização de diversos mecanismos de solução das demandas, sejam esses mecanismos judiciais ou extrajudiciais. É facultado aos próprios interessados escolher o meio de resolução que melhor atenda aos seus anseios e as características da contenda.

Em princípio, não cabe ao Poder Judiciário intervir na demanda em que existe uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral. O próprio órgão arbitral possui a atribuição para analisar impugnações à sua competência, salvo na hipótese em que a cláusula arbitral é patológica, ou seja, em que a incompetência arbitral for inequívoca.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem**. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. **Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/80>. Acesso em 11/11/2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

DIAS, Jean Carlos. **O problema da competência-competência no Código de Processo Civil brasileiro aos olhos da análise econômica do direito**. Revista de Processo. Vol. 293, p. 383-404. São Paulo: Ed. RT, julho 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000179d8436a17eb88b49e&docguid=Ia14b0500995c11e98148010000000000&hitguid=Ia14b0500995c11e98148010000000000&spos=7&epos=7&td=9&context=27&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 11/11/2020.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento - v. 1**, 10. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Jus Podium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil - v. I**, 5. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 5. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie - v. 3**, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.