

18 de Janeiro de 2011

**Legislação & Tributos**

## **A autonomia da arbitragem e o STJ**

Eleonora Coelho e **Eduardo A. Parente**

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu uma liminar em conflito de competência ajuizado por empresa que se viu sob o seguinte dilema: proposta ação cautelar preparatória à arbitragem e, após instaurado o procedimento arbitral, o juiz, ao invés de remeter o processo para apreciação dos árbitros, manteve-o consigo e ignorou determinações do tribunal arbitral. Com isso, a parte prejudicada utilizou-se de mecanismo previsto na Constituição Federal para solucionar conflitos entre tribunais da federação (Conflito de Competência 111.230-DF). Embora a decisão liminar confirme a competência do tribunal arbitral, favorecendo a arbitragem, ela viola princípios elementares do instituto. O Judiciário não pode imiscuir-se em decisões dos árbitros quando o procedimento arbitral estiver em curso, ainda que seja para sanar "conflito de competência" entre o árbitro e o juiz togado.

A arbitragem é hoje uma realidade no Brasil. Há muito utilizada internacionalmente, ela se firmou no país com a Lei nº 9.307, de 1996, fortalecida pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre sua constitucionalidade, o que gerou expressivo aumento de casos. Pesquisas demonstram que 2009 foi um marco, seja em quantidade de procedimentos, seja em valores envolvidos, levando o país à quarta posição mundial na utilização do instituto.

Como é sabido, a sentença arbitral tem os mesmos efeitos da sentença judicial transitada em julgado. Todavia, a arbitragem possui especificidades, a começar pelos princípios que a regem, em especial a autonomia da vontade. Quando as partes elegem exclusivamente o juízo arbitral, retiram o poder do juiz togado para apreciar o mérito de determinadas disputas. Além desse princípio, existe outro, dele derivado, que atribui ao árbitro, e não ao juiz, decidir se é competente para dirimir o conflito. Trata-se do princípio da competência-competência, previsto no art. 8º da Lei de Arbitragem, por meio do qual cabe ao árbitro decidir sobre sua própria competência. O Judiciário poderá exercer um controle apenas posterior se e quando ajuizada ação anulatória da sentença, que cabe em hipóteses restritas.

A regra tem como pilares a autonomia das partes e o poder diretivo do procedimento pelo árbitro, sustentáculos que, com os instrumentos deles decorrentes e a forma com que o instituto se relaciona com outros entes da realidade jurídica, garantem a autonomia da arbitragem em relação ao Judiciário.

Daí a relevância do princípio competência-competência referendado já algumas vezes pelo próprio STJ, cuja postura contraditória manifestada no precedente em tela ora se critica. Se cabe ao árbitro decidir sobre a própria competência, não pode o Judiciário decidir quem deve julgar determinada matéria quando existe convenção de arbitragem. Vale lembrar que a cláusula compromissória tem conteúdo econômico, devendo lhe ser garantida, sempre, a autoridade, que pressupõe também o poder do árbitro de avaliar se deve ou não prosseguir no julgamento do litígio, sob pena de impacto, inclusive, na equação econômico-financeira do negócio a ela subjacente. Logo, o processo em comento sequer poderia ter sido conhecido.

Decisões como essa trazem insegurança na eleição da arbitragem, além de desestímulo de investimentos no país, eis que os principais agentes estrangeiros celebram contratos clausulados, respeitando o princípio da competência-competência. Ainda, em futuro não distante, há risco de surgimento do mesmo incidente para afastar o juízo arbitral sob alegação de competência do juízo estatal, um desserviço à arbitragem.

É certo que, no caso concreto, haveria o risco de duas decisões contraditórias, caso não solucionado o conflito de competência. Porém, tal risco é inerente à autonomia do processo arbitral. Se a arbitragem é autônoma, o processo arbitral deve ser capaz de resolver seus problemas, não devendo a dificuldade na busca de soluções e o pragmatismo justificarem a superação de princípios. Mesmo situações ainda mais patológicas, como a de duas decisões conflitantes em arbitragens concomitantes, devem passar pelos remédios que a arbitragem fornece.

Por fim, a visão de que o tribunal arbitral pode ser visto como tribunal nos termos do art. 105 da CF, para efeito de se aceitar o conflito de competência, traz problemas sérios. Ainda que se pudesse superar a literalidade do art. 92 da Carta Magna, que restringe aos órgãos do Judiciário o conceito de tribunal, teríamos que aceitar, entre outros inconvenientes, a obediência do árbitro a súmulas vinculantes, ficando sujeito a reclamação constitucional e; ainda, a sujeição das decisões arbitrais aos recursos constitucionais (extraordinário/especial), cuja competência é trazida para os tribunais superiores contra decisões de "tribunais" sob o conceito da Constituição Federal. As situações são absurdas, e, portanto, repugnadas pela comunidade arbitral. Por que o tribunal arbitral seguiria o conceito da Constituição apenas para efeito de conflito de competência, se não há previsão legal para tanto? Sob o ponto de vista político, quem escolhe se a situação é ou não "teratológica"? Quem define se determinada arbitragem deve ser levada ao Judiciário durante seu curso? Conceitos vagos são perigosos. É necessária uma regra clara, a bem da segurança jurídica.

Assim, embora reconheçamos o mérito do STJ na construção da jurisprudência favorável à arbitragem e a despeito de, no caso concreto, ter sido declarada a competência do árbitro, mais acertado seria o não conhecimento do incidente, de modo a prestigiar o basilar princípio da competência-competência.

*Eleonora Coelho e Eduardo de Albuquerque Parente são, respectivamente, sócia do Castro, Barros, Sobral, Gomes Advogados e vice-presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Cbar); doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*