



Opinião: STJ deve rever a decisão sobre a taxatividade do art. 1.015

13/08/2018

O Superior Tribunal de Justiça iniciou o julgamento dos recursos especiais 1.705.520 e 1.696.396, afetados pelo rito dos repetitivos (tema 988), para definir a natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo. Nos casos concretos, discute-se a possibilidade de interpretar extensivamente o inciso III para admitir agravo de instrumento contra decisões de competência. A relatora, ministra Nancy Andrighi, já proferiu seu voto, sobre o qual dois dos autores deste texto já se manifestaram[1].

Aqui, o objetivo é contribuir – como *amicus curiae ad hoc* – para os votos que ainda serão proferidos, e quiçá, para uma modificação do voto da relatora, demonstrando, com maior detença, o porquê de ser equivocado equiparar arbitragem e competência e, portanto, da tentativa de interpretação extensiva do artigo 1.015, III, CPC, para admitir agravo de instrumento contra decisões sobre competência. Eis o *busílis*.

Parte da processualística pátria equipara arbitragem e competência. Por todos, é o caso de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha. Pelo prestígio de que merecidamente gozam, dialogaremos com seus argumentos.

Escrevendo em dupla, os autores sustentam: “A decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta”. Entendem que arbitragem e competência têm a mesma substância (conquanto este último termo (verdadeiro conceito) não seja por eles utilizado)[2]. Defendem a interpretação extensiva do artigo 1.015, III, CPC, para admitir agravo de instrumento contra decisões interlocutórias sobre competência.

O tema exige retomar uma velha distinção: jurisdição e competência. Isso porque desenvolvemos o argumento aceitando a natureza jurisdicional da arbitragem[3] e porque a convenção de arbitragem é fato jurídico de investidura jurisdicional[4], tal como a posse no cargo de membro do Poder Judiciário (salvo se do Conselho Nacional de Justiça) o é para o magistrado. A convenção de arbitragem é o antecedente do qual a aquisição de jurisdição é o consequente. Ao se convencionar arbitragem, outorga-se ao árbitro jurisdição. Simples assim.

Aquele que se coloca como árbitro não adquire jurisdição por simplesmente assim se dizer (sequer sendo contratado por alguma câmara do tipo ou, até mesmo, dada a liberdade empresarial, criando a sua própria). Vale dizer, quem lhe confere jurisdição é a convenção de arbitragem. A investidura do árbitro de tal poder perdura enquanto a convenção estiver existindo, válida e, principalmente, eficazmente.

No essencial, jurisdição tem natureza jurídica de poder. É, portanto, situação jurídica ativa que possibilita ao seu titular submeter alguém. É, ademais, de exercício obrigatório, daí se dizer ser um poder-dever. Há uma analogia entre o poder e o direito subjetivo, pois ambos têm essência ativa: seu titular encontra-se numa situação de vantagem; o poder, contudo, diferencia-se do direito por submeter o sujeito passivo, colocando seu titular acima deste último.

Dessa analogia, pode-se dizer o seguinte: tal como o titular do direito subjetivo precisa ter capacidade para exercê-lo validamente, o titular do poder, em geral, precisa ter alguma aptidão para tanto. Quando o poder é atribuído a órgãos, públicos ou privados (como um conselho de diretores de uma sociedade), a essa atribuição se dá o nome de competência. Portanto, isso se faz necessário quando o organismo tem vários órgãos. Por motivos diversos, distribui-se por eles as atribuições específicas. Essas atribuições fixam limites ao exercício do poder. Mas observemos: o poder não se reparte. Também o diz Leonardo Cunha: “as regras de competência estabelecem os casos em que determinado órgão deve atuar e exercer sua função, constituindo um limite imposto ao exercício válido e regular do poder, legitimando-o. Por isso, só importa considerar a competência quanto haja mais de um órgão ou centro de poder, estando ligada à ideia de separação ou divisão de poder”[5].

Eis a relação entre jurisdição (logo, também arbitragem) e competência: esta é limitativa do exercício daquele. O poder só é exercido validamente pelo órgão competente.

O poder, quando atribuído a alguém, estabelece-se numa titularidade. Alguém passa a ter o poder, a titularizá-lo. E essa situação de titularidade é aquilo que, em Teoria Geral do Direito, se denomina de legitimidade. Portanto, legitimado é aquele que, por titularizar determinada situação jurídica, pode exercê-la. Por exemplo, o proprietário, por titularizar o poder de dispor da coisa, pode aliená-la. O ato praticado por quem não tem a legitimidade é vazio de sentido, inapetente, impotente ou, numa linguagem mais ponteana, ineficaz, como prescreve o caput do artigo 307, CC.

Não obstante alguém seja titular do poder de dispor da coisa (caso do proprietário), ele precisa, para exercê-lo validamente, de capacidade para agir. A capacidade é necessária para o ato de disposição, embora, por óbvio, não componha o poder de dispor. Além disso, não é a matéria com a qual ele é feito.

É o que se dá entre competência e jurisdição. Esta não é feita daquela. A atribuição de competência supõe que o órgão seja dotado de jurisdição. O ter jurisdição é condição de possibilidade para o ter competência. Primeiro, pelas formas constitucionalmente estabelecidas, atribui-se a alguém jurisdição e, depois, delimita-se, pelas regras fixadoras de competência, o exercício dela. O artigo 102, CF, v.g., não trata da jurisdição do STF, apenas de sua competência. Ele tem jurisdição simplesmente por ser órgão do Poder Judiciário (artigo 92, CF).

A convenção de arbitragem também pode conferir-lhe, no âmbito dessa jurisdição, alguma competência. Por exemplo, dá-se ao árbitro X a competência para julgar de modo originário e ao Y competência para julgar em grau recursal. Mas isso é uma contingência na convenção de arbitragem. A essência da convenção é atributiva de jurisdição ao árbitro, algo que, por

consequência, encobre a eficácia da jurisdição do Estado-juiz no âmbito do caso ou referente à convenção de arbitragem ou a ela referível. Não é que a convenção arbitral tire o poder do juízo estatal, mesmo para o caso: apenas encobre sua eficácia em tal âmbito, pois, caso desfeita a convenção (por distrato, invalidação, revogação, se possível, etc.), novamente plena restará a eficácia do poder do juízo estatal.

De tudo isso, pode-se dizer que as regras fixadoras de competência, incluindo-se as negociais (caso da convenção de foro), nada têm a ver com jurisdição. A jurisdição não é feita de competência; esta serve àquela, tão-somente. Jurisdição não é, primeiramente, a transformação da matéria competência. Também não é composta de parcelas de competência. Um órgão dotado de jurisdição não é um órgão com todas as competências possíveis, de modo que seria um órgão com menos jurisdição caso lhe faltasse alguma competência.

Conquanto não sejam a mesma coisa, a competência está para poder como a capacidade está para o direito subjetivo. Não se tratam de legitimidades[6], porque não se constituem na titularidade deles, mas sim em aptidão para seus exercícios.

Quem equipara competência e arbitragem/jurisdição tem de sustentar ser esta composta por porções daquela. A jurisdição seria o conjunto dos elementos de competência. E se aquela é o conjunto destas, logo, quando o juízo não tem competência alguma, o conjunto (a jurisdição) é vazio. Se deveria dizer que o juízo (absoluta ou relativamente) incompetente é (no todo ou em parte) despidido de jurisdição. Não lhes resta outra possibilidade lógica.

Mas isso é falso. Conforme o CPC, v.g., salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente (artigo 64, § 4º). Ademais, cabe ação rescisória contra decisão de mérito proferida por juízo absolutamente incompetente (artigo 485, II). Por quê? Porque o juízo decisor possui jurisdição, posto lhe falte competência. Porque, também, depois de Kelsen, Direito é fenômeno de imputação, não de causalidade. Uma decisão proferida por juízo incompetente vale até ser revogada. Se não, vira Direito.

Por isso Fredie Didier Jr e Leonardo Cunha se equivocam ao dizerem que “em virtude da convenção de arbitragem, transfere-se o litígio para a competência do árbitro”[7]. A convenção não transfere o litígio para a competência do árbitro, ela atribui poder jurisdicional ao árbitro. O poder precede a competência. Para ter competência é necessário, antes, ter poder. E o árbitro não tem poder antes da convenção. Aliás, eles deveriam responder: o que antes da convenção arbitral terá atribuído jurisdição ao árbitro? O simples fato de ele se apresentar como tal? O fato de ele ter sido contratado por alguma câmara arbitral? O fato de ele instituir a sua própria? Afinal, se jurisdição é efeito de algum fato jurídico, é imperioso que se identifique, com precisão analítica, qual é o fato jurídico de tal efeito. Notadamente em tratando de modo de investidura não previsto expressamente no texto constitucional.

Competência e jurisdição são entes distintos. Não guardam entre si relação de tipos-subtipos nem de gênero-espécie, imprescindíveis à interpretação extensiva.

Por sinal, Fredie Didier Jr e Leonardo Cunha sustentam que a interpretação literal consiste na primeira fase da interpretação sistemática e tem de ser examinada crítica e sistematicamente,

averiguando-se está de acordo com o sistema em que está inserido. Havendo divergência, adota-se uma das interpretações corretivas, como a extensiva, que “opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções”[8].

Tudo certo, não fosse o “simples” fato de não indicarem critérios para definir qual interpretação deve ser utilizada. Ora, com Müller, sabe-se que toda interpretação sempre será gramatical (deve partir de um texto jurídico), teleológica (impossível desprezar a finalidade da lei), sistemática (não se interpreta em fatias) e assim por diante. Desnecessário dizer isso. Mas não se pode continuar refém dos métodos hermenêuticos clássicos sem se dar conta de que, à míngua de um “método dos métodos”[9], seu uso será fatalmente arbitrário, propiciando interpretações ad hoc e até voluntaristas. Não há limites. Cai-se no imaginário “o texto desagrada? Superemo-lo!” Porque isso grassa entre nós é que temos certas decisões.

E eles sustentam que se o agravo de instrumento não for admitido os tribunais serão abarrotados de mandados de segurança, cujo prazo de interposição é de 120 dias. Assumem expressamente uma interpretação consequencialista. Buscam uma “melhor integração entre norma e realidade”. É o (eterno) retorno ao dualismo metodológico lei vs. realidade dos tempos de Jhelinek e Laband. Mas o consequencialismo não socorre essa interpretação. Bastaria contra-argumentar que, a vingar a interpretação extensiva, os tribunais serão abarrotados de agravos de instrumento. E aí, qual é a diferença? Não parece ser o prazo de 120 dias, pois não há elementos concretos, racionalmente fiscalizáveis, para estabelecer o prognóstico de que, no mais das vezes, o wirt constitucional não seria manejado no prazo de 15 dias. Diríamos que a tendência é justamente a oposta, pois, de ordinário, a parte deseja o reexame imediato da decisão. Nessa querela, quem estaria correto? Impossível saber.

O cabimento do mandado de segurança é consequência que o sistema do direito positivo apresenta à escolha ruim do legislador. Também não gostamos disso. Mas é o que está aí. Paciência. Ou busquemos, junto ao parlamento, a reforma do artigo 1.015, CPC, que veio ruim do berço. Cremos que nisso – a “ruindade” da lei e a conveniência de uma reforma legislativa – estamos todos de acordo.

Enfim, não há equiparação possível entre jurisdição e competência. Não há, entre elas, substâncias homogêneas, pressuposto fundamental à interpretação extensiva. Não se deve admitir agravo de instrumento contra decisões sobre competência com base no artigo 1.015, III, CPC. É nossa contribuição – como *amicus curiae* epistêmicos – para a continuidade do julgamento dos recursos especiais 1.705.520 e 1.696.396.

[1]https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

[2] Curso de Direito Processual Civil. V.3. 13ª ed. Jus Podivm. 2016, p. 215 e ss.

[3] Negam a jurisdicionalidade da arbitragem, por exemplo: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero e Alexandre Freitas Câmara.



[4] Em rigor, não é a convenção em si que atribui ao árbitro jurisdição. O fato jurídico para tanto é o ato de instituição de arbitragem, que pode ser feito consensualmente ou, de modo forçado, por ação judicial movida pelo titular do direito à via arbitral. Assim, posto que não seja em si o fato jurídico ensejador da investidura jurisdicional do árbitro, não há falar em possibilidade de arbitragem sem a ocorrência da convenção para tanto. Ela é condição necessária para a investidura arbitral, embora não seja condição suficiente. A própria convenção de arbitragem pode conter o ato de instituição do árbitro, este, no caso, configurando-se como negócio jurídico abrangido. Aqui, utilizar-se-á o termo convenção de arbitragem também de modo metonímico, servindo ele, com isso, para designar, além de tudo, o ato de instituição da arbitragem.

[5] Jurisdição e Competência. RT. 2013, p. 21.

[6] Quando se fala em competência, alude-se à aptidão abstrata para o exercício do poder, sem relação com caso determinado ou determinável. Com ela não se confundem a perpetuatio jurisdictionis e a prevenção. Em ambas, além da competência dantes lhe atribuída, o juízo adquire o poder de julgar determinada causa concreta.

[7] Curso de Direito Processual Civil. V.3. 13ª ed. Jus Podivm. 2016, p. 215.

[8] Cit. p. 209-211.

[9] Cf. Streck, L.L. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, 11ª. Ed, passim.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-ago-13/stj-rever-decisao-taxatividade-11015/>