

Arystóbulo de Oliveira Freitas: Reconhecimento da patologia arbitral

Em recente notícia publicada aqui na **Conjur**, foi divulgado julgamento sobre a anulação de cláusula arbitral em contrato de franquia, pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível número 1006072-45.2021.8.26.0100, relator desembargador Cesar Ciampolini).



A decisão em referência decretou a nulidade de cláusula arbitral, com

fundamento em grave defeito de cláusula contratual, que exprime a opção dos contratantes pela jurisdição arbitral para dirimir contenda sobre o contrato.

O vício de uma cláusula arbitral pode ser identificado em contradições redacionais (referência a procedimentos inexistentes, a instituição de arbitragem não regularmente constituída etc). Nesse sentido, a Lei 9.307/96 disciplina o procedimento a ser adotado diante de tal vício, com a eventual, e excepcional, intervenção do Poder Judiciário para, por exemplo, nomear árbitro.

De qualquer forma, há um princípio no procedimento de arbitragem que estabelece a precedência da avaliação de uma cláusula arbitral pelos árbitros nomeados ou indicados, antecedentemente à manifestação do Poder Judiciário. Esse princípio é conhecido como Kompetenz-Kompetenz (competência-competência). A adoção desse princípio reflete a influência de Convenções Internacionais sobre o tema (Convenção de Nova York e Convenção Interamericana em Arbitragem Comercial Internacional do Panamá), além de reproduzir previsão contida na Lei Modelo da Uncitral.

A exceção para tal precedência no exercício da jurisdição vem sendo identificada em repetidas decisões de nossos Tribunais, no caso de o vício ser reconhecível de imediato (reconhecimento "*prima facie*"). Nesses casos admite-se a precedência do julgamento pelo Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça durante anos reconheceu a aplicação do princípio da competência-competência aos processos em que as partes discutiam os requisitos de existência, validade e eficácia dos contratos em que havia a inserção de cláusula compromissória.

Em sentido contrário, podemos citar uma decisão (acórdão) que, de forma ampla e fundamentada (REsp 1.602.076/SP, de relatoria da ministra Nancy Andrichi, j. 15/9/2016), deliberou sobre hipótese de nulidade de cláusula compromissória, que pode ser constatada *prima facie*, mediante intervenção do Poder Judiciário, antes mesmo da apreciação de deliberação pelo painel de arbitragem.

A partir, portanto, desse marco decisório, foram proferidas diversas decisões no STJ, no mesmo sentido [1].

Contudo, há preocupantes questões na adoção da avaliação "*prima facie*" de vício em cláusula compromissória, pelo Poder Judiciário. Uma dessas preocupações consiste na generalidade de casos em que o argumento da análise "*prima facie*" pode superar o princípio basilar da competência-competência, dirigindo as contendas ao Poder Judiciário, e gerando, dessa forma, grande insegurança na escolha da arbitragem para solução de demandas advindas de contratos.



A ausência de formação de precedentes judiciais, que possa moldar as escolhas na opção pela arbitragem, retirando a vinculação no proferimento de novas decisões (essa questão é tormentosa inclusive para os arbitralistas), tem como consequência a limitação na escolha da arbitragem para determinadas estruturas contratuais, provocando, assim, maior pressão sobre o Poder Judiciário e, também, sobre a celeridade e eficiência da jurisdição estatal.

Os precedentes judiciais são relevantes, como visto, para criar um ambiente de previsibilidade e respeito à segurança jurídica. Sem que haja um precedente, tal qual definido em nossa lei processual civil, as decisões que forem sendo proferidas, carentes de vinculação obrigatória a decisões futuras, por juízes e tribunais, certamente provocarão instabilidade em procedimentos arbitrais.

Para confirmar a insegurança gerada com tal discussão, pode-se citar o acórdão proferido no Recurso Especial 1.550.260/RS, relator ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, em 12/12/2017. Apesar de a maioria dos ministros (três Ministros) ter rejeitado a tese de possível avaliação *prima facie* de nulidade de cláusula compromissória, com base em alegação de falsidade documental, dois ministros já expuseram opinião de que esse tipo de defeito também estaria sujeito à apreciação do Poder Judiciário, antes mesmo da atuação do tribunal arbitral.

Dessa forma, a decisão referida no início desse texto, de lavra do competente desembargador Cesar Ciampolini, demonstra a necessidade urgente de pacificação desse tema perante os Tribunais Superiores, evitando-se, assim, que o Poder Judiciário seja utilizado como palco de revisão da inicial escolha de arbitragem, com elevação dos custos e eternização das soluções para lides empresariais.

[1] São citados os seguintes acórdãos, que, a título de exemplo, adotaram a premissa de apreciação *prima facie* da nulidade da cláusula compromissória pelo Poder Judiciário, flexibilizando o princípio *Kompetenz-Kompetenz*: AgInt em AgInt em REsp 1.773.599/PE, Terceira Turma, relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26/10/2020; AgInt em AgInt no REsp 1.431.391/SP, Quarta Turma, relator ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 20/4/2020; REsp 1.845.737/MG, Terceira Turma, relatora ministra Nancy Andrichi, j. 20/2/2020; AgInt no Aresp 1.029.480/SP, Quarta Turma, relator ministro Raul Araujo, j. 21/3/2017.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-fev-09/arystobulo-oliveira-freitas-reconhecimento-patologia-arbitral/>