

Coordenação:

FREDIE DIDIER JR.

RICARDO VILAS BÔAS CUEVA

**PROCESSO CIVIL
EMPRESARIAL**
e o Superior Tribunal
de Justiça

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

MC 14.561/BA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA EMPRESA COMO MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA, MAS EXCEPCIONAL E SUBSIDIÁRIA, PARA EFETIVAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURAIS¹

Freddie Didier Jr.²

Rafael Alexandria de Oliveira³

Sumário. 1. O julgamento da MC 14.561/BA: a intervenção judicial na gestão da sociedade empresária é medida excepcional. 2. A atipicidade dos meios executivos na efetivação de obrigações em geral: os arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, do CPC. 3. A relevância das medidas executivas atípicas para a efetivação de decisões estruturais. 4. A intervenção judicial na gestão de empresas como medida típica na Lei n. 12.529/2011 e atípica no CPC. 5. Necessidade de observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso e dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução na escolha da medida executiva a ser aplicada ao caso. 6. A intervenção judicial na empresa como medida executiva possível, mas necessariamente excepcional e subsidiária, para a efetivação de decisões estruturais. Princípio de intervenção mínima do Estado sobre o exercício de atividades econômicas. 7. Conclusão. Referências.

-
1. Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).
 2. Mestre em Direito pela UFBA. Doutor em Direito pela PUC/SP. Livre-docente pela USP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.
 3. Mestre em Direito Público (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil (Fac. Jorge Amado/Juspodivm). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

1. O JULGAMENTO DA MC 14.561/BA: A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GESTÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA É MEDIDA EXCEPCIONAL

Há importante – e antigo – precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que está assim ementado:

MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AFASTAMENTO DE SÓCIO MAJORITÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE.

- Enquanto pende de decisão, na Corte Especial do STJ, a pacificação quanto ao cabimento de mandado de segurança para impugnar a decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo formulado em agravo de instrumento (decisão essa reputada irrecorrível pela nova redação do art. 527 do CPC), convém, nos pedidos de medida liminar, manter o posicionamento anterior da Terceira Turma, no sentido do cabimento da medida.

- As discussões judiciais acerca administração de sociedades limitadas deve caminhar, via de regra, não para a intervenção judicial na empresa, que só ocorrerá em hipóteses excepcionais, mas para a responsabilização do administrador improbo, para a anulação de negócios específicos que prejudiquem a sociedade ou, em última análise, para a retirada do sócio dissidente ou dissolução parcial da empresa.

- A atuação do Poder Judiciário em causas que versem sobre a administração das sociedades deve pautar-se sempre por um critério de intervenção mínima. A Lei permite o afastamento de sócio majoritário da administração da sociedade, mas isso não implica que ele perca os poderes inerentes à sua condição de sócio, entre os quais está o poder de nomear administrador. Todavia, na hipótese em que o sócio separou-se de sua ex-esposa, sem elementos que dêem conta da realização de partilha, todo o patrimônio do casal permanece em condomínio pró-indiviso, de modo que é razoável a interpretação de que a ex-esposa é detentora de direitos sobre metade das quotas detidas pelo marido. Isso, em princípio, retira do sócio afastado a maioria que lhe permitiria a nomeação de novo administrador.

- Com isso, a melhor solução para a hipótese dos autos é a manutenção da decisão recorrida.

Medida liminar indeferida, com as ressalvas acima.

(STJ, Terceira Turma, MC 14.561/BA, rel. Ministra Nancy Andriighi, j. 16/09/2008, DJe 08/10/2008)

O caso subjacente versava sobre a administração de sociedade por quotas limitadas. Havia uma disputa entre o sócio majoritário, detentor de 70% das quotas sociais, e a sócia minoritária, detentora de 30% das quotas sociais. A pedido desta última, o juízo de primeira instância afastou, provisoriamente, o sócio majoritário da administração da sociedade, mantendo apenas a sócia minoritária no exercício dessa função.

O sócio majoritário interpôs agravo de instrumento, mas lhe foi negado o efeito suspensivo. Contra essa decisão, tomada ainda na vigência

do Código de Processo Civil de 1973, quando não havia previsão de recurso contra o indeferimento de efeito suspensivo em agravo de instrumento (CPC-1973, art. 527, III e par. ún.), impetrou mandado de segurança.

O mandado de segurança foi liminarmente indeferido pelo tribunal local, o que levou o sócio majoritário a interpor agravo interno. Mantida, pelo colegiado, a decisão de indeferimento da petição inicial, o sócio majoritário interpôs recurso ordinário ao STJ e, objetivando dar ao recurso efeito suspensivo, deflagrou medida cautelar, distribuída para a Terceira Turma do STJ.

O STJ, em decisão colegiada, negou o efeito suspensivo pretendido, mas registrou importante premissa para o julgamento de casos semelhantes: *“o princípio que deve nortear o julgador em todas as ações [que] versem sobre administração de sociedades é o da intervenção mínima”*.

Na sequência, assim dispôs:

Quanto à sociedade, decidem seus sócios. O destino do empreendimento a eles pertence. São eles que decidem o montante do capital social, os investimentos a serem feitos na consecução dos fins sociais, o objeto da sociedade e a forma de sua administração. Essa regra vale para quaisquer tipos societários, desde as sociedades não personificadas, até as sociedades por ações.

Nos termos do acórdão em análise, a interferência judicial na vida societária, especialmente em seus atos de gestão, embora possível, deve ser algo restrito a situações extremas – algo excepcional, pois.

O efeito suspensivo buscado foi negado por uma questão circunstancial, apenas. Nos termos da decisão, “não há elementos que permitam concluir de maneira peremptória que a alegada participação do requerente, de 70% sobre o capital social do Hospital, seja efetiva e imodificável”. Considerando que o sócio majoritário, requerente do efeito suspensivo, estava em processo de separação matrimonial, e considerando o regime de bens do casamento, o STJ entendeu que “esses teóricos 70%, na verdade, são 35% da parte dele mais 35% da parte da cônjuge que, somados aos 30% da cunhada, representam que é minoritário”.

Como ficou esclarecido em julgamento de posteriores embargos de declaração, “não é indubitável a afirmação de que o ora embargante seja titular de 70% do capital social do hospital, dada a ausência de partilha de seu patrimônio após a separação entre o embargante e sua ex-esposa”. Por essa circunstância, o STJ optou por manter a decisão do tribunal local.

Mesmo que tenha sido, ao final, desfavorável ao requerente, a decisão ora examinada serve de marco quanto ao entendimento, estabelecido

no âmbito da Terceira Turma do STJ, acerca da excepcionalidade da intervenção judicial na gestão de uma sociedade empresária, qualquer que seja a sua espécie. É possível, pois, extrair da *ratio decidendi* do acórdão a diretriz da *intervenção mínima* do Judiciário na gestão da sociedade empresária.

A compreensão desse entendimento do STJ é importante para a análise que será feita a seguir.

2. A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NA EFETIVAÇÃO DE OBRIGAÇÕES EM GERAL: OS ARTS. 139, IV, 297 E 536, §1º, DO CPC

Durante muito tempo vingou a ideia de que o órgão julgador somente poderia proceder à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Essa era uma forma de controlar a sua atividade, evitando-se que agisse arbitrariamente e garantindo-se a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão⁴ – ideias intimamente ligadas aos valores liberais. “Em outras palavras, a lei, ao definir os limites da atuação executiva do juiz, seria uma garantia de justiça das partes no processo”⁵.

Sucedo que, como pondera Marcelo Lima Guerra, “é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades”⁶.

Diante dessa inevitável realidade, o chamado *princípio da tipicidade dos meios executivos* foi cedendo espaço ao chamado *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*⁷ ou *princípio da atipicidade*.

Há, atualmente, uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de *poder geral de efetivação*, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de *coerção direta*, sejam de *coerção indireta*. Parte-se da premissa de que as “modalidades executivas devem

4. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 43.

5. MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz”. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225.

6. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 66.

7. MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz”. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, cit., p. 229.

ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial”⁸.

Michelle Taruffo⁹ já apontava que o direito americano, diante da inefetividade dos meios executivos *at law*, começou a autorizar o magistrado a tomar medidas executivas adequadas ao caso concreto. Trata-se, afirma o jurista italiano, de aplicação do princípio da adequação, segundo o qual as regras processuais devem ser adaptadas às necessidades do direito material.

Mais recentemente, Marcos Minami partiu da noção da proibição de *non liquet* para justificar as medidas executivas atípicas. Segundo ele, se o julgador não pode eximir-se de decidir, uma vez que o título executivo surtisse, deveria haver uma proibição de o processo jurisdicional terminar em uma situação de inefetividade, o que chamou de vedação ao *non factibile*¹⁰. Da ideia apresentada decorreria, dentre outros efeitos, a proibição de se deixar de entregar a tutela ao requerente, ou por não existir procedimento para isso, ou porque os meios executivos disponíveis se mostraram insuficientes.

O Código de Processo Civil (CPC) estruturou um sistema concertado de medidas executivas típicas e atípicas, variando conforme a natureza da prestação executada. O art. 139, IV, o art. 297 e o art. 536, §1º, todos do CPC, são os enunciados normativos dos quais decorre o chamado *princípio da atipicidade dos meios executivos* para a efetivação das obrigações em geral¹¹.

8. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 61.

9. TARUFFO, Michelle. “A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 59, p. 78.

10. MINAMI, M.Y. *Da vedação ao non factibile, uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 125-139.

11. Sobre o assunto, ver o capítulo 3 do volume 5 do *Curso de Direito Processual Civil*, 11ª edição, 2021, que escrevemos em coautoria com Leonardo Carneiro da Cunha e Paula Sarno Braga (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, v. 5). Ainda sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2017, n. 267, p. 227-272. Também publicado em TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Y. (coord.) *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: RT, 2018, p. 545-576. Nesses textos, apresentamos diretrizes (*standards*) para a compreensão do modo pelo qual a *atipicidade* dos meios executivos pode ser utilizada.

3. A RELEVÂNCIA DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS PARA A EFETIVAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURAIS

A possibilidade de o magistrado valer-se de medidas executivas atípicas é especialmente relevante no contexto das decisões estruturais. A definição de decisão estrutural se vincula aos conceitos de problema estrutural e de processo estrutural¹².

Problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). Há um problema estrutural quando, por exemplo, o direito de locomoção das pessoas com deficiência é afetado pela falta de adequação e de acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos numa determinada localidade, ou quando há uma crise sistêmica no acesso ao serviço de saúde de determinado ente federado.

Processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

Decisão estrutural, por sua vez, é aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios). Em essência, a decisão estrutural não estrutura, mas sim *reestrutura* o que estava desorganizado.

Essa decisão tem conteúdo complexo.

Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo –, assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontica de uma *norma-princípio*.

Segundo, ela *estrutura* o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que

12. Desenvolvemos todos esses conceitos no artigo “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, escrito em coautoria com Hermes Zaneti Jr.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, v. 303, p. 45-81.

o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deôntica de uma *norma-regra*.

Enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”¹³.

Dadas as suas características, a execução das decisões estruturais é *necessariamente atípica*, porque não há medidas especificamente previstas para a efetivação desse tipo de decisão, e *tendencialmente cooperativa*, porque comumente se pauta na consensualidade.

No direito processual brasileiro, a base normativa para execução das decisões estruturais decorre da combinação do art. 139, IV¹⁴, com o art. 536, §1º, ambos do CPC.

4. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GESTÃO DE EMPRESAS COMO MEDIDA TÍPICA NA LEI N. 12.529/2011 E ATÍPICA NO CPC

A Lei n. 12.529/2011 (lei de defesa da concorrência) autoriza, no art. 96, que o juiz adote certas medidas atípicas para dar cumprimento judicial à decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁵. Prevê, ainda, no art. 102, como medida típica, a possibilidade de nomeação de

13. VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 151. Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa” para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 212, p. 41-42). Para ele, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (cit., p. 35).

14. MINAMI, M.Y. “Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015 – do processo para além da decisão”. *Novo CPC – Doutrina selecionada: Execução*. Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire (org.). Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5, p. 227; JOBIM, Marco Felix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 230-232; STRECK, Lenio; NUNES, Dierle. “Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?” *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.

15. Art. 96, Lei n. 12.529/2011: “A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária”.

interventor para administrar a empresa, nos casos em que houver recusa de cumprimento de decisão proferida pelo CADE¹⁶.

O projeto de lei que deu origem ao CPC de 2015 contemplava a intervenção judicial na empresa como uma das medidas coercitivas típicas. Na votação final, contudo, essa medida foi excluída. Isso não significa, no entanto, que ela não possa ser utilizada como medida atípica: uma medida típica em um procedimento especial, como é o da lei de defesa da concorrência, pode ser adotada, como medida atípica, no procedimento comum.

Embora prevista tipicamente apenas para os casos de defesa da concorrência, essa é uma providência que pode ser utilizada, como medida atípica, em outras situações, por força dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, todos do Código de Processo Civil (CPC) – que constituem, como visto, a base normativa do princípio da atipicidade.

Assim, o regramento previsto nos arts. 102-111 da Lei n. 12.529/2011 pode servir como modelo para *todo o processo civil brasileiro*, individual ou coletivo.

Para que isso seja possível, e considerando que o art. 139, IV, do CPC constitui cláusula geral executiva, a atividade judicial precisa ser posta à prova de determinados parâmetros de controle. Não basta o interesse do autor na sua utilização ou a tipicidade, em outro procedimento, da medida requerida para que possa ser ela livremente aplicada com base no art. 139, IV, do CPC.

Pelo princípio da tipicidade dos meios executivos, a escolha da medida executiva é definida pela lei: o juiz só pode aplicar uma daquelas medidas previstas em lei. Quando se fala, porém, em princípio da atipicidade dos meios executivos, é preciso investigar qual o parâmetro de controle da escolha realizada pelo juiz.

A escolha da medida atípica a ser utilizada em cada caso concreto não é tarefa fácil. Um conjunto de normas rege a atuação do órgão julgador, estabelecendo balizas para a eleição da medida executiva correta.

O magistrado deve pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução. No caso específico da inter-

16. Art. 102, Lei n. 12.529/2011: “O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado”.

venção judicial em empresas, é preciso considerar que se trata de medida, como se vem dizendo, excepcional e subsidiária, como decidido pelo STJ na MC 14.561/BA.

5. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE, DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO NA ESCOLHA DA MEDIDA EXECUTIVA A SER APLICADA AO CASO

Os postulados¹⁷ da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, o princípio da eficiência (CPC, art. 8º) e o princípio da menor onerosidade da execução para o sujeito passivo (CPC, art. 805) servem como parâmetros de controle de medida executiva determinada em razão do poder geral de efetivação outorgado ao juiz (CPC, art. 139, IV, art. 536, §1º, e art. 297).

Segundo Humberto Ávila, o *postulado da proporcionalidade* se manifesta nas “situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: (a) o da adequação (o meio promove o fim?), (b) o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?) e (c) o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”¹⁸.

Uma vez que o exame de proporcionalidade se aplica “sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*”¹⁹, a escolha, pelo juiz, da providência substitutiva que possa assegurar o resultado prático equivalente ou da medida executiva atípica a ser aplicada em determinado caso concreto são campos propícios à aplicação do referido postulado.

17. O postulado é uma norma que atua sobre a aplicação de outras normas. A proporcionalidade e a razoabilidade seriam *postulados normativos*, e não princípios, segundo essa concepção. Sobre o tema, amplamente, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5a ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 121 e segs.

18. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

19. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 194-201.

O *postulado da razoabilidade* também deve presidir a escolha da medida executiva a ser utilizada. Trata-se de postulado que se revela de três formas²⁰: *a)* como *dever de equidade*, a exigir a harmonização da norma geral com o caso individual, impondo a consideração daquilo que normalmente acontece em detrimento do que é extraordinário e também impondo a consideração das especificidades do caso concreto ante a generalidade da norma; *b)* como *dever de congruência*, a exigir a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (isto é, com a realidade com base em que foram editadas); *c)* como *dever de equivalência*, a exigir uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

De acordo com o *postulado da proibição de excesso*, “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”²¹.

Esse postulado não se confunde com o da proporcionalidade, porque ele dispensa os exames da adequação (relação meio/fim), da necessidade (exigibilidade) ou da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre vantagens e desvantagens). O postulado da *proibição de excesso* incide sempre que o núcleo essencial de um direito fundamental houver sido atingido, a ponto de esse direito fundamental sofrer restrição excessiva. Pouco importa a relação meio/fim, ou a exigibilidade da medida ou ainda a ponderação com outro direito fundamental eventualmente em jogo: aqui se analisa apenas a eficácia de um determinado direito fundamental²².

O *princípio da eficiência* está previsto no art. 37 da Constituição Federal e no art. 8º do CPC. Aplicado ao processo jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional. Pode-se sintetizar a “eficiência”, meta a ser alcançada por esse princípio, como o resultado de uma atuação que observa dois deveres: *a)* o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); *b)* o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)²³.

Eficiente é a atuação que promove, satisfatoriamente, os meios necessários para que se alcancem os fins do processo. Na escolha dos meios a

20. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 206.

21. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 188.

22. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 191.

23. ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 19. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2012, às 06h29.

serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional: *a)* deve escolher aqueles que tenham condições de promover algum resultado significativo (deve evitar meios que promovam resultados insignificantes); *b)* deve escolher meios que permitam alcançar, com certo grau de probabilidade, o resultado almejado (não se pode escolher um meio de resultado duvidoso); *c)* não pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado²⁴.

Além disso, o órgão julgador terá de observar, sempre e necessariamente, na fixação de medida executiva que vise assegurar o cumprimento de uma decisão, o *princípio da menor onerosidade da execução*, previsto no art. 805 do CPC: havendo duas opções igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido²⁵, deverá o órgão julgador valer-se daquela que menos onere a situação do executado²⁶.

Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente que, sem qualquer vantagem, possa beneficiar-se de meio executivo mais danoso ao executado – e não deixa de ser uma concretização do *segundo passo* da proporcionalidade.

O conjunto desses postulados e princípios impõe ao juiz a observância dos seguintes critérios de escolha da medida executiva a ser usada no caso concreto, inclusive quando se tratar de intervenção judicial na administração de empresa.

a) A medida deve ser adequada. O critério da adequação impõe que o juiz considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado. A perspectiva judicial, nesse primeiro momento, deve ser a do *sujeito ativo*: que medida tem aptidão para gerar o resultado mais efetivo?

24. ÁVILA, Humberto. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador; Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 19. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2012, às 06h29.

25. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais". *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 624.

26. Nesse sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 994-998; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Comentários ao art. 805". *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha (orgs.); Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.061-1.061; ZANETTI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017, v. XIV, p. 118.

Trata-se, como se vê, de critério fortemente inspirado pelo *postulado da proporcionalidade* e pelo *princípio da eficiência*, na parte em que esse princípio determina a escolha de meios que tenham condições de promover algum resultado significativo e que permitam alcançar, com certo grau de probabilidade, o resultado almejado.

b) *A medida deve ser necessária*. Esse critério impõe um *limite* à atuação judicial, funcionando como uma espécie de contrapeso ao critério da adequação. Aqui, deve-se levar em conta a posição do sujeito passivo.

O juiz não pode preocupar-se apenas em determinar uma medida que permita alcançar o resultado almejado; é preciso que essa medida gere o menor sacrifício possível para o executado. O critério da necessidade estabelece um limite: não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado. Deve, pois, o órgão julgador determinar o meio executivo na medida do *estritamente necessário* para proporcionar a satisfação do direito – nem menos, nem mais.

Trata-se de critério fortemente inspirado pelos *postulados da proibição do excesso* e da *razoabilidade*, bem como, no caso da intervenção como medida executiva, pelo *princípio da menor onerosidade para o executado*.

c) *A medida deve conciliar os interesses contrapostos*. O magistrado deve ponderar os interesses em disputa, aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que as vantagens da utilização da medida atípica escolhida superem as desvantagens do seu uso. A perspectiva aqui não é nem a do sujeito ativo, nem a do sujeito passivo, mas a do *equilíbrio*: deve-se privilegiar a solução que mais bem atenda aos bens em conflito²⁷.

Trata-se de critério inspirado nos *postulados da proporcionalidade* e da *razoabilidade*, bem como no *princípio da eficiência*, na parte em que impõe ao juiz evitar a escolha do meio executivo que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado.

27. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 127. Leonardo Greco sustenta, como exigência de proporcionalidade, a necessidade de observância, em concreto, do “*periculum in mora inverso*”, i.e., devem ser rejeitadas medidas abusivas que gerem para o sujeito passivo um prejuízo consideravelmente superior ao que sofreria com o cumprimento da ordem judicial (GRECO, Leonardo. *Coerções indiretas nas execuções pecuniárias*. Disponível em: <<https://www.academia.edu>> Acesso em 27 jan, 2021, p. 15).

6. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA EMPRESA COMO MEDIDA EXECUTIVA POSSÍVEL, MAS NECESSARIAMENTE EXCEPCIONAL E SUBSIDIÁRIA, PARA A EFETIVAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURAIS. PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO SOBRE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

Desirê Bauermann explica que, nos Estados Unidos, uma das formas de dar efetividade às decisões judiciais, especialmente aquelas que impõem medidas estruturais (*structural injunctions*), é a nomeação de um interventor judicial. A depender do grau de intervenção – isto é, das atribuições do interventor –, é possível, segundo ela, destacar cinco cenários: a nomeação de um *master*, de um *monitor*, de um *mediator*, de um *administrator* ou de um *receiver*.²⁸

Marco Félix Jobim explica cada uma dessas figuras:

“Os primeiros [*master*] são interventores que interferem em menor grau na rotina do réu, obtendo informações, concedendo recomendações e sendo, algumas vezes, responsável em por em prática a obrigação determinada pela decisão judicial. Já os segundos [*monitor*] são nomeados para analisar se os réus estão dando efetivo cumprimento às obrigações e se estas estão sendo alcançadas. Os *mediators* têm a tarefa de desvelar o conteúdo da decisão, seus padrões para o atendimento e, até mesmo, o ritmo que será imposto. O *administrator* é alguém que possui um papel mais executivo, atuando em nome próprio. Por fim, tem-se o *receiver*, cuja tarefa é de intervenção mesmo na rotina da instituição a ser reestruturada. Só é nomeado em último caso, quanto todos os outros se mostrarem inaptos a dar efetividade à decisão”.²⁹

A intervenção judicial na gestão da empresa pode constituir séria restrição à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, direitos assegurados constitucionalmente (CR/1988, art. 1º, IV, e art. 170, par. ún.³⁰). O risco que esse tipo de providência faz surgir é avassalador e pode ter múltiplas consequências.

28. BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 81-83. Sobre as modalidades de intervenção judicial, ver também: GALO Jr., Antônio Pereira. *A Tutela Específica no Novo CPC. Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: Execução*. Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (coord). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, v. 5, p. 95-97.

29. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal* [livro eletrônico]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pos. 6126.

30. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. OFENSA À ORDEM PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL. NÃO HOMOLOGAÇÃO PELO STJ

(STJ, Corte Especial, SEC 9412-Estados Unidos da América)

Nelson Nery Junior¹

Sumário: 1. Introdução: o caso da SEC 9412-US. 2. Generalidades sobre arbitragem. 3. Reexame do mérito arbitral como procedimento necessário à homologação da sentença arbitral estrangeira. Jurisprudência do STJ pela inadmissibilidade do reexame do mérito arbitral. Adequação técnica. 4. Ordem pública nacional e internacional. 5. Imparcialidade do árbitro (LArb 13 § 6.º). Dever de revelação (LArb 14 § 1.º); 5.1. Atitude do árbitro-presidente configura má-fé objetiva e subjetiva (CC 422). 6. Sentença arbitral imotivada. Nulidade (CF 93 IX). 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO: O CASO DA SEC 9412-US

Empresas norte-americanas, vencedoras em ação que se processou por procedimento arbitral em New York (Estados Unidos da América), sob a prestigiosa instituição internacional CCI (Câmara Internacional do Comércio / ICC – International Chamber of Commerce), com sede em Paris, em julgamento tomado por maioria de votos no Tribunal Arbitral, pediu

1. Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito, História e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” (UNESP). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutorado em Direito Processual Civil pela Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, da Academia Paulista de Direito, da Academia Paulista de Letras Jurídicas, da União dos Juristas Católicos de São Paulo, da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*, da *Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*, da *Associazione Internazionale di Diritto Processuale*, da *Asociación Ibero-americana de Derecho Procesal*, do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Advogado, Fundador da Nery Sociedade de Advogados, Parecerista, Consultor Jurídico, Árbitro de diversas Câmaras de Arbitragem do Brasil e do Exterior.

a homologação da sentença arbitral estrangeira no Superior Tribunal de Justiça, conforme autoriza a CF 105 I *i*.

O processo foi registrado como sentença estrangeira contestada, recebendo o número SEC 9412-US, da competência da Corte Especial, sendo relator originário o Min. Felix Fischer. Réus da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira foram litigantes brasileiros, perdedores da ação arbitral que se processou em New York.

No curso do procedimento arbitral os litigantes brasileiros, requeridos no procedimento arbitral, apontaram a parcialidade do árbitro-presidente, invocando relação profissional entre ele, seu escritório de advocacia e seus clientes, então autores, requerentes do procedimento arbitral.

A lei adotada pelas partes, quando celebraram o contrato que continha cláusula arbitral, foi a brasileira, de sorte que a alegação de parcialidade do árbitro deveria seguir os motivos de impedimento e suspeição descritos no ex-CPC/1973 134 a 136, que correspondem ao vigente CPC 144 e 145.

Como os requeridos da arbitragem, litigantes brasileiros, somente tomaram conhecimento das relações profissionais existentes entre suas adversárias – empresas americanas requerentes da arbitragem –, depois de proferida a sentença, suscitaram a impossibilidade de manutenção da sentença, proferida por tribunal comprometido com a parcialidade, vício que, segundo a lei brasileira aplicável ao caso, torna írrito o julgamento arbitral e reclama a prolação de nova sentença.

O árbitro-presidente explicou-se dizendo que não sabia que as requerentes eram clientes de seu escritório de advocacia e que teria feito a checagem de eventual conflito (impedimento), mas que houve erro na digitação dos nomes das empresas e o fato passou sem que fosse percebido. Alegação um tanto inverossímil porque no ano anterior ao da instalação do painel arbitral o escritório de advocacia do qual era sócio o árbitro-presidente havia faturado mais de US\$ 400 milhões, equivalentes a R\$ 2 bilhões. O sócio de um escritório que fatura R\$ 2 bilhões por ano de uma única empresa, não pode desconhecer que é seu advogado e que a empresa é sua cliente. Inverossímil, portanto, a alegação que o árbitro não sabia que as empresas eram suas clientes.

Não foi, pois, um mero equívoco ou esquecimento, negligência desimportante. A nulidade da sentença, segundo o direito brasileiro – aplicável ao caso –, era indiscutível.

Dois os principais defeitos absolutamente objetivos da sentença arbitral norteamericana: ofensa à garantia da imparcialidade do julgamento arbitral e ofensa ao dever de revelação do impedimento, dever esse exigido do árbitro-presidente.

Depois de proferida a sentença o árbitro-presidente se retirou do painel arbitral. A sentença, contudo, não foi anulada, como teria sido de rigor.

Foi ajuizada no foro estatal de New York, ação de anulação da sentença arbitral. O Poder Judiciário norte-americano julgou improcedente o pedido, entendendo de nenhuma importância o árbitro-presidente julgar causa arbitral envolvendo cliente de seu escritório como parte. Achou normal e não acolheu a pretensão anulatória.

Como as empresas vencedoras da arbitragem queriam que a sentença tivesse eficácia no Brasil, para poder executar a obrigação de dar a que foram condenados os brasileiros (pagar quantia em dinheiro), pediram a homologação da referida sentença no Superior Tribunal de Justiça. Somente depois de homologada a sentença arbitral estrangeira pelo STJ é que poderia ser executada no Brasil, competente para tanto a Justiça Federal (CF 109 X).

Depois de longa tramitação da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira, a Corte Especial do STJ julgou improcedente o pedido e rejeitou a homologação.²

Este é importante *leading case* em matéria de homologação de sentença estrangeira, razão pela qual resolvemos escrever sobre o tema, comentando o correto e importante acórdão.

2. GENERALIDADES SOBRE A ARBITRAGEM

Nada obstante exercida de forma privada, não estatal, a arbitragem tem natureza jurisdicional. O árbitro é juiz de fato de direito (LArb 18) e a sentença arbitral, que não precisa ser homologada pelo Poder Judiciário, pois tem eficácia plena desde que publicada, faz coisa julgada material (acobertada pela *auctoritas rei iudicatae*) e é título executivo *judicial* (CPC 515 VII; ex-CPC/1973 475-N IV).

Como o árbitro é juiz de fato e de direito, tem o dever da *imparcialidade* (LArb 13 § 6.º),³ devendo exercer sua função com independência, não havendo subordinação do árbitro à parte que o indicou.

2. STJ, Corte Especial, SEC 9412-Estados Unidos da América, rel. orig. Min Felix Fischer [vencido], rel. p/ac. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.4.2017, m.v., DJUe 30.5.2017.

3. LArb (Lei da Arbitragem - L 9307/1996): "Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes ... § 6.º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção".

A LArb 14 estabelece regras de impedimento do árbitro, indicando os casos em que é parcial e que, portanto, não pode exercer essa função no procedimento arbitral. Manda aplicar, no que couber, a sistemática de impedimento e suspeição de juiz estabelecida pelo Código de Processo Civil (CPC).⁴

Decorrente do dever de imparcialidade há o *dever de revelação* (LArb 14 § 1.º),⁵ isto é, a obrigação imposta pela lei para que, aquele indicado pela parte como árbitro revele toda e qualquer informação que possa, de alguma maneira, ser interpretada ou avaliada como motivo de recusa, por parcialidade.

Esse dever de revelação tem como conteúdo a obrigação de o árbitro revelar se já atuou alguma vez como advogado, perito, assistente técnico, parecerista de qualquer das partes do procedimento arbitral em que pretende exercer a função de árbitro. Deve fazê-lo de forma especificada, fornecendo nome das partes, número do processo, dia, mês e ano em que se deu a causa revelada etc. Tudo isso para as partes avaliarem se o candidato a árbitro é imparcial ou se se enquadra numa das hipóteses legais de impedimento para, assim, poder recusá-lo.

O árbitro-presidente descumpriu esse *dever de revelação*, exigido em qualquer procedimento arbitral brasileiro ou estrangeiro.

3. REEXAME DO MÉRITO ARBITRAL COMO PROCEDIMENTO NECESSÁRIO À HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ PELA INADMISSIBILIDADE DO REEXAME DO MÉRITO ARBITRAL. ADEQUAÇÃO TÉCNICA

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça julgou ação de homologação de sentença arbitral estrangeira, proveniente dos Estados Unidos da América. Como a sentença foi proferida com ofensa à ordem pública nacional e internacional, o pedido foi julgado improcedente e a sentença arbitral estrangeira não foi homologada pelo STJ.

Agiu corretamente o STJ, pois a sentença arbitral estrangeira americana, *in casu*, foi proferida com ofensa à ordem pública e não poderia, mesmo

4. LArb: “Art. 14. *Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil*”.

5. LArb: “Art. 14. ... § 1.º. *As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência*”. (grifamos)

ter sido homologada (LArb 39 II;⁶ LINDB 17;⁷ CodBustamante 4.º, 179 e 186⁸).

A jurisprudência da Corte é no sentido de que é defeso ao STJ, em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, ingressar no mérito da causa, sendo-lhe autorizado apenas analisar os aspectos formais do julgado arbitral homologando.⁹

No caso aqui examinado (SEC 9412-US) reafirma o entendimento de que não se pode ingressar no exame do mérito do julgado arbitral estrangeiro, salvo se ofensivo à soberania nacional ou à ordem pública. Entendeu que a sentença homologanda era ofensiva à ordem pública nacional e internacional e não homologou a sentença julgando improcedente o pedido.

Na verdade, *examinar o mérito* em sede de ação de homologação de sentença arbitral estrangeira, o STJ sempre pode. O que se não lhe permite é *alterar o conteúdo do mérito*, proferindo novo julgamento, dado que o juízo estatal não tem competência para fazê-lo, em face da preexistente convenção de arbitragem, negócio jurídico entre as partes dando competência ao juízo arbitral (privado) para julgar a lide.

Portanto, para julgar os *aspectos formais* da sentença arbitral estrangeira, se está ou não apta a ser homologada pelo Poder Judiciário brasileiro (CF 105 I), muitas vezes o STJ necessita ingressar no exame da causa, das provas produzidas, das decisões interlocutórias (sentenças parciais) proferidas no curso do procedimento arbitral e do próprio *meritum causae*. Isto é inexorável e o STJ tem de fazê-lo.

O *mérito* da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira é *homologar* ou *não homologar* a sentença, mas não rejulgar a causa. Não é da atribuição nem da competência do STJ rejulgar a lide arbitral, como

6. **LArb:** “**Art. 39.** A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: ... **II** – a decisão ofende a ordem pública nacional”.

7. **LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – DL 4657/1942):** “**Art. 17.** As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

8. **CodBustamante (Código Bustamante – [Convenção de Direito Internacional Privado] DLeg 5647/1929 e D 18871/1929):** “**Art. 4.º** Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional. ... **Art. 179.** São de ordem pública internacional as disposições que se referem à causa ilícita nos contratos. ... **Art. 186.** Nos demais contratos, e para o caso previsto no artigo anterior, aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração”.

9. STJ, Corte Especial, AgRgSEC 15273-Estados Unidos da América, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.8.2020, v.u., DJUe 2.9.2020.

se juízo do mérito fosse. O que é permitido ao STJ fazer é julgar *procedente o pedido (homologar)* ou *improcedente o pedido (não homologar)*. Para chegar a esse desiderato (homologar ou não) pode fazer tudo o que for necessário.

Por essa razão faríamos um pequeno reparo à jurisprudência do STJ para conformá-la à técnica constitucional e processual da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira. Ao STJ é defeso rejulgar o mérito da causa arbitral, decidida por sentença estrangeira sujeita à homologação. Mas para julgar os requisitos e aspectos formais da sentença arbitral estrangeira, entre os quais se encontra a necessidade de conformação da sentença à ordem pública nacional e internacional e à soberania nacional, pode o STJ ingressar no exame das provas produzidas no procedimento arbitral, das sentenças parciais e do próprio mérito decidido pelo Tribunal Arbitral estrangeiro. Todo esse expediente é caracterizado como *fundamento*, mas não como o *decisum*, o *dispositivo* do acórdão que julgará o *mérito* da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Onde está dito nos acórdãos do STJ “*impossibilidade de exame de matéria de mérito em sede homologatória*,”¹⁰ deve-se ler “*impossibilidade de re-julgamento de matéria de mérito em sede homologatória*.”

Nada obstante o STJ tenha dito que, excepcionalmente, ingressou no exame do mérito da causa, ao argumento de que isso era possível porque a sentença ofendera a ordem pública, na verdade examinou o mérito fazendo considerações sobre várias questões de mérito e de direito processual, caracterizadas como *obiter dicta*, pois não integram o dispositivo do acórdão que homologa ou não homologa a sentença. O reexame, pelo STJ, das questões ocorridas no procedimento arbitral (interlocutórias, provas, mérito etc.) são o *fundamento* do acórdão; a homologação ou não da sentença arbitral estrangeira é o *dispositivo* do acórdão, o *mérito* da pretensão de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Mas, por quê está correta a decisão da Corte Especial do STJ, que não homologou a sentença arbitral norteamericana cuja homologação foi pedida nos autos do processo SEC 9412-US? Veremos no tópico seguinte.

10. STJ, Corte Especial, AgRgSEC 15273-Estados Unidos, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.8.2020, v.u., DJUe 2.9.2020.

4. ORDEM PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL

A ordem pública é princípio que contém conceito legal indeterminado,¹¹ traduzindo-se em instrumento de preservação de valores julgados como sendo essenciais no seio da ordem jurídica em uma determinada época.¹²

A ordem pública se relaciona a valores metajurídicos como paz, segurança. Em direito internacional privado, relaciona-se diretamente ao conceito de soberania, na medida em que é a ordem pública o conceito que repele a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional, à vista de preservar valores que são vistos pelo ordenamento nacional como dignos de sempre serem tutelados.

Como a noção de ordem pública é conceito legal indeterminado, para que ganhe concretude depende da atividade do juiz em cada situação concreta levada ao seu exame pelo jurisdicionado. Não é possível, desse modo, uma definição apriorística e exaustiva do seu conteúdo.

De forma geral, pode-se identificar a ordem pública com a presença de interesse público, quer no sentido primário, como somatório dos interesses gerais da coletividade, como também em sentido secundário, como o interesse do ente público, seja de administração indireta ou direta. Relaciona-se, portanto, com a preservação de interesses de todos, da coletividade indistintamente considerada.

A concretização do que venha a ser ordem pública deve ser feita pelo juiz, em cada caso concreto. Assim, foge-se à possibilidade de uma definição exaustiva, tendo em vista que é conceito que varia de acordo com coordenadas de tempo e de espaço.¹³ Tratando do tema, afirma **SIMÕES PIRES**:

11. Nelson NERY JUNIOR. *Treu und Glauben und Öffentliche Gewalten: die Änderung der Rechtsprechung der obersten Gerichte un deren ex nunc Wirkungen*, in *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, (editado por Rolf STÜRNER, Hiroyuki MATSUMOTO, Wolfgang LÜKE, Masahisa DEGUCHI, auxiliados por Christoph KERN) Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, pp. 1161/1183. Vide, também, Nelson NERY JUNIOR. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior* in: Nelson NERY JUNIOR, Roque Antonio CARAZZA e Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*, São Paulo: Manole, 2009, p. 84.

12. Nicolas BORGA. *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Paris: Dalloz, 2009, p. 11.

13. “*Ante a perplexidade em que ficamos, sendo impossível conceito fixo e geral da ordem pública, inclina-se a maioria dos autores para incluir na missão do juiz, tal o encargo de, em cada caso, apreciar a ordem pública. Com este critério – acentua Salodowikoff – não se projeta luz sobre a noção de ordem pública, mas se demonstra louvável confiança na moderação e na ciência dos magistrados. Estes encarnam o sentimento médio do povo com a presunção de experiência suficiente para discernir na lei estrangeira os elementos incompatíveis com a organização jurídica territorial*” (Oscar TENÓRIO. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 450).

*“Ligados a significação aberta, os conceitos jurídicos indeterminados referem-se a parcela da realidade cujos limites não estão precisados de maneira objetiva, afastam qualificação ou determinação rigorosa e só ganham expressão no plano de aplicação, no qual não configuram por si hipóteses de discricionariedade; ao contrário, segundo a doutrina original, atrelam-se à solução única no caso concreto, do que decorre que sua disciplina é a da legalidade”.*¹⁴

Pode-se tomar o conceito de ordem pública, basicamente, de dois modos, ou como a ordenação material da vida coletiva, a qual se relaciona com a idéia de segurança, ou ainda, como uma noção de esfera de interesse público que se deve preservar.

Assim, por exemplo, determinadas instituições, como o casamento, o testamento, ou mesmo o contrato, com maior ou menor intensidade, apresentam uma relação com a ordem pública na medida em que são estas mesmas instituições que possibilitam uma vivência harmônica das pessoas em comunidade e a consequente expressão social do jurídico.

Nesse contexto, afirma a mesma autora mencionada alhures que:

*“Cogita-se, neste trabalho, da ordem pública tomada em sentido amplo e não como ordem material da vida coletiva, relacionada com a idéia de segurança; mais especificamente, acolhe-se ordem pública como noção de esfera pública em sentido lato, em termos de normatividade ou de interesse”.*¹⁵

Alguns autores relacionam a noção de ordem pública com a noção de ética: *“ordem pública, objeto da Segurança Pública, é a situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade”.*¹⁶

Neste sentido, fazendo aproximação entre moral e ética, diz o Código Bustamante 175 que: *“São regras de ordem pública internacional as que vedam o estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias às leis, à moral e à ordem pública e as que proíbem o juramento e o consideram sem valor”.*¹⁷

14. Maria Coeli Simões PIRES. *Direito Adquirido e Ordem Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 402.

15. Maria Coeli Simões PIRES. *Direito Adquirido e Ordem Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 354.

16. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. *Direito Administrativo da Segurança Pública* in: *Direito Administrativo da Ordem Pública* (org. José CRETELLA JR.), 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 82.

17. *O Código Bustamante é tratado internacional de que o Brasil é signatário. Trata-se da Convenção de Direito Internacional Privado, aprovada na Sexta Conferência Internacional Americana, realizada em Havana, Cuba, em 20.2.1928. Ingressou no direito interno brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 5647, de 7.1.1929, que foi promulgado pelo Decreto n. 18871, de 13.8.1929. Leva*

Sobre o tema, já se manifestou **AMÍLCAR DE CASTRO**:

“O direito estrangeiro não deve ser imitado no forum, quando ofensivo da ordem pública internacional. Isto é regra incontestada de aplicação do direito. Mas que vem a ser ‘ordem pública internacional’? Deve-se começar por ver que não podem ser confundidas as expressões ‘ordem pública’ e ‘ordem pública internacional’. Seus significados são diferentes, sendo o da última muito mais abrangente, porque invade o campo jurídico e o social. Enquanto a ordem pública compõe-se de normas jurídicas imperativas, a ordem pública internacional constitui-se de manifestações sociais relevantes, jurídicas, políticas, econômicas, morais e religiosas, da vida de uma nação, confrontadas com as das nações contemporâneas. Aquela noção, jurídica; esta, social. Ordem pública internacional são os preconceitos informativos de um meio social, ou patrimônio espiritual inquebrantável de um povo, como reflexo de suas idéias políticas, econômicas, jurídicas, morais, religiosas, em determinada época. A opinião dominante é a de que ‘ordem pública internacional’ é locução sinônima de ‘ordem social’.”¹⁸

No direito europeu, existe hoje forte propensão a se verificar um papel harmonizador da ordem pública em relação ao direito nacional e à ordem pública nacional, no sentido de torná-las coerentes o mais que for possível evitando, desse modo, sérios contrastes que poderiam vir a tornar-se prejudiciais para a própria economia das organizações contratuais.¹⁹

Outros a relacionam com a idéia de segurança e de proteção da incolumidade da lei e do ordenamento jurídico. No DIP ela é feita tendo em conta a incolumidade do direito nacional como um todo, impedindo, contra a norma estrangeira determinada pelo pertinente elemento de conexão, a sua incidência para preservar a higidez do direito interno.

“A qualificação da ordem pública internacional depende da lex fori. Talvez se veja na afirmativa uma petição de princípios. Se a noção da ordem pública se caracteriza, principalmente, pela exclusão da lei estrangeira, em virtude de desajustar-se às concepções legais territoriais, é evidente que ao juiz do foro, e só a ele, compete qualificar o conceito em apreço.”²⁰

Mas o efeito da ordem pública é mais amplo do que à primeira vista poderia parecer, para direcionar-se, mediante a proteção da coerência

o nome do autor do Projeto de Código, o Professor internacionalista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén. Encontra-se em pleno vigor no Brasil.

18. Amílcar de CASTRO. *Direito internacional privado*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 329.
19. Neste sentido, vide Jürgen BASEDOW. *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence in Le droit international privé: esprit et méthodes (Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde)*, Paris: Dalloz, 2005, p. 73.
20. Oscar TENÓRIO. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 450.

do ordenamento jurídico, também à proteção do direito e das pessoas dos particulares.

O conceito de ordem pública não se restringe apenas à estabilidade das instituições, pois abrange e protege também os direitos individuais e a conduta lícita de todo cidadão, para a coexistência pacífica na comunidade. Tanto ofende a ordem pública a violência contra a coletividade ou contra as instituições em geral, como o atentado aos padrões éticos e legais de respeito à pessoa humana.²¹

Em sentido semelhante, **SEABRA FAGUNDES** afirma:

“Na terminologia jurídica a expressão ordem pública assume duas significações. Ora aparece como designativa de parâmetros basilares de comportamento social (no mais amplo sentido, isto é, com relação aos costumes morais, à estrutura e vida de família, à economia geral, etc.), ora diz com o clima de equilíbrio e paz indispensável à convivência coletiva do dia-a-dia”.²²

A noção de ordem pública é muito importante, dentro do contexto das limitações impostas à autonomia da vontade dos privados, a tal ponto que se considera nulo o ato praticado com infração a esse conceito, como impossível de produzir qualquer efeito em sentido jurídico. Ou também, no direito internacional privado, fator obstativo de eficácia de atos jurídicos contrários à ordem pública interna. Deste modo, pode atuar tanto no plano da validade, como no plano da eficácia.

Deste ponto de vista, costuma-se distinguir dois efeitos da ordem pública: a) o *efeito negativo*, pelo qual simplesmente é afastada a incidência da lei estrangeira; e b) o *efeito positivo* ou *misto*. Neste sentido, assevera **GAMA E SILVA**:

“A ordem pública, como limite à eficácia normal da lei estrangeira, desde que entre em funcionamento, tanto pode afastar, pura e simplesmente, a competência da lei estrangeira, como pode, também substituí-la pela lei local. No primeiro caso ocorre o que se chama efeito negativo e no segundo efeito misto ou negativo e positivo, na linguagem dos tratadistas”.²³

Concretizando as espécies de normas que entende ser de ordem pública, afirma o mesmo autor, entre outras: *“as que dizem respeito à natu-*

21. Hely Lopes MEIRELLES. *Polícia de Manutenção da Ordem Pública e suas Atribuições* in *Direito Administrativo da Ordem Pública* (org. José CRETTELLA JR.), 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 93.

22. Miguel SEABRA FAGUNDES. *Apresentação*, in *Direito Administrativo da Ordem Pública* (org. José CRETTELLA JR.), 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. xi.

23. Luis Antonio da GAMA E SILVA. *A ordem pública em direito internacional privado*, São Paulo, Tese, Universidade de São Paulo (USP), 1944, p. 192.

reza das coisas, sua classificação, as destinadas a garantir os interesses de terceiros, as sobre direitos reais, as de registro, as que regulam e limitam os direitos e a atividade econômica das pessoas coletivas".²⁴

Neste sentido, o interessante trabalho de **PAUL BERNARD** sobre a ordem pública no direito administrativo salienta que:

*"A nulidade de ordem pública, denominada assim a nulidade absoluta por oposição à nulidade relativa, enseja uma anulação completa do ato viciado. Os julgados indicam a respeito de tais atos que não 'são suscetíveis de qualquer execução, que não podem produzir 'qualquer efeito jurídico', devendo ser 'premente e simplesmente nulificados'. O ato assim contaminado de tal nulidade deve ser considerado 'inteiramente como inexistente e radicalmente nulo'".*²⁵

Conclui o autor francês, de modo a não deixar remanescer qualquer dúvida:

"Parece, portanto, que toda manifestação de vontade contrária a uma prescrição de ordem pública seja declarada 'nula e de nenhum efeito' ou 'nula de nulidade absoluta', porque se trata de um vício particularmente grave".²⁶

Ainda de acordo com as lições de **BERNARD**, a noção de ordem pública é parte da noção de interesse geral e se identifica com a noção de regra de direito (*regula iuris*). Assim, ela deve ser considerada como a sombra de instituições jurídicas já reconhecidas. Neste aspecto, não seria uma noção juridicamente dotada de originalidade.²⁷

Do ponto de vista do sistema, a ordem pública é noção dotada de específica aptidão para remover obstáculos e problemas e restabelecer o equilíbrio.²⁸ Está relacionada com o princípio de poder público (*puissance pu-*

24. Luis Antonio da GAMA E SILVA. *A ordem pública em direito internacional privado*, São Paulo, Tese, Universidade de São Paulo (USP), 1944, p. 198.

25. Paul BERNARD. *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1962, p. 211. ("La nullité d'ordre public, appelée aussi nullité absolue par opposition à nullité relative, entraîne une annulation complète de l'acte vicie. Les arrêts indiquent que de tels actes ne son 'susceptibles d'aucune exécution', ne peuvent produire 'aucun effet juridique', doivent être 'prement et simplement annulés'. L'acte ainsi frappé de telle nullité doit être considéré 'dans son entier comme inexistant et radicalement nul'").

26. Paul BERNARD. *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1962, p.211. "Il semble donc que toute manifestation de volonté contraire à une prescription d'ordre public soit déclarée 'nulle et de nul effet' ou 'nulle de nullité absolue', parce qu'il s'agit d'un vice particulièrement grave".

27. Paul BERNARD. *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1962, p. 229.

28. Paul BERNARD. *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1962, p. 232.