

08/05/1997**TRIBUNAL PLENO****AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHA****RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE**

AGRAVANTE : M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT

ADVOGADO : EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS

AGRAVADO : RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

ADVOGADO : MARCIA SERRA NEGRA E OUTROS

ADVOGADO : ANDRÉ CARMELINGO ALVES

EMENTA: 1. **Sentença estrangeira:** laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

2. **Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF.**

A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35).

A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem.

Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri).



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.

Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.

Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em prover o agravo para homologar a sentença arbitral, e, por maioria, declarar constitucional a L. 9307, de 23.9.96, vencidos, em parte, os Senhores Ministros Sepúlveda

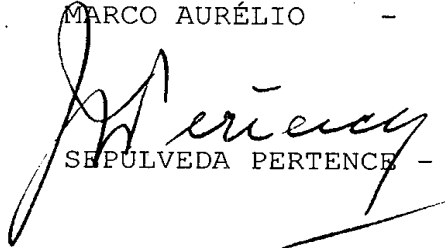


SE 5.206-AgR / **

Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos do referido diploma legal.

Brasília 12 de dezembro de 2001.

MARCO AURÉLIO - PRESIDENTE



SEPULVEDA PERTENCE - RELATOR

Supremo Tribunal Federal

10/10/1996

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE
AGRAVANTE: M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT
ADVOGADO: EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS
AGRAVADO: RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
ADVOGADO: MARCIA SERRA NEGRA E OUTROS
ADVOGADO: ANDRÉ CARMELINGO ALVES

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR) - Esta, a decisão agravada (f. 65):

"M.B.V. Comercial and Export Management Establishment, com sede em Genebra, Suíça, requer homologação de laudo arbitral proferido pelo Advogado Juan Escudero Claramunt, em Barcelona, Reino da Espanha, em litígio entre a requerente e a empresa Resil Indústria e Comércio Ltda, sediada em território brasileiro.

A requerida, tomando conhecimento da ação, deu-se por citada e concordou com o pedido (f. 47).

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo il. Subprocurador-Geral Miguel Frauzino Pereira e pelo em. Procurador-Geral Geraldo Brindeiro, manifestou-se nestes termos (f. 62/63):

"A requerente pretende a homologação de laudo arbitral, proferido em Barcelona, na forma da lei espanhola nº 36, de 5 de dezembro de 1988.

Esclarece que o referido diploma confere força de sentença judicial aos laudos arbitrais, sendo desnecessária, e até vedada, a sua homologação perante as cortes espanholas para que surta efeito.

A requerida compareceu espontaneamente a este processo, dando-se por citada e concordando inteiramente com o pedido.

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Sucedee, todavia, que a jurisprudência iterativa do Pretório Excelso, reafirmada no julgamento da S.E. 4.724-2, em 27-04-94, sob a relatoria do ilustrado Ministro, ora Presidente dessa Alta Corte, orientou-se no sentido da impossibilidade de homologação de laudo arbitral, não cancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente.

Nestas condições, opinamos pelo indeferimento do pedido."

Com efeito, ao julgar a SEC 4.724-2, de que fui Relator, o Supremo Tribunal, em sessão plenária de 27.04.94, reafirmou a firme jurisprudência da Corte no sentido de que "sentença estrangeira", susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham cancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado (cf. SE 1.982 - USA, Plen., 3.6.70, Thompson, RTJ 54/714; SE 2.006, Plen., 18.11.71, Inglaterra, Trigueiro, RTJ 60/28; SE 2.178, Alemanha, sentença, 30.6.79, Neder, RTJ 91/48; SE 2.476, Plen., 9.4.80, Inglaterra, Neder, RTJ 95/23; SE 2.766, Inglaterra, 1.7.83, SE 2.768, França, sent., 19.1.81, Neder, DJ 9.3.81; SE 3.236, França, Plen., 10.5.84, Buzaid, RTJ 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen., 21.9.88, Néri, RTJ 137/132)."

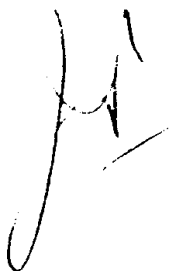
Decidiu-se, nessa assentada, que "o que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no forum, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão questionada".

Assim sendo, na linha dos precedentes, indefiro o pedido".

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Dessa decisão houve agravo: sustenta a agravante, em síntese – invocando o que lhe parece ser a doutrina da decisão do STF na SE 2.468 e as opiniões doutrinárias de Hermes Marcelo Huck (Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria, Saraiva, 1994, p. 74), de José Carlos Magalhães e Luiz Olavo Baptista (Arbitragem Comercial, p. 109); Jacob Delinger e ainda Luiz Gastão de Barros Leães (Juízo Arbitral: homologação de decisão estrangeira, RT 547/257) – que “na hipótese de ficar demonstrado – como no caso presente – que a legislação do país estrangeiro não prevê ou mesmo veda a homologação, o requisito será dispensado pelo Pretório Excelso brasileiro”.

É o relatório.



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — Ao tempo em que proferida — como resulta de sua fundamentação —, acentuei, a decisão agravada se ajustava à jurisprudência consolidada do Tribunal e esta, **data venia**, à melhor doutrina.

No precedente referido, de que fui relator — SEC 4.724, de 27.4.94 — prossequi — alegava-se também provir o laudo arbitral, cuja homologação se pretendia, do Reino Unido, segundo cujas leis, afirmava-se, não haveria exigência, para que se tornasse executório, de sua homologação por um tribunal.

Em contrário, ponderei existir, em nossos anais, casos que comprovavam a existência, no processo britânico, da homologação de laudos arbitrais pelo **Queen's Bench**, mediante processo contraditório de verificação dos seus requisitos de validade (SSEE 2.476, Plen., 4.9.80, Neder; 2.766, 1º.7.83, Oscar Corrêa; 3.707, Plen. 21.9.88, Néri; SE 4.413, sent. 12.2.90, Néri, DJ 1º.2.91; SE 4.461, sent. 5.11.91, Sanches, DJ 8.11.91; SE 4.698, sent. 11.2.92, Sanches, DJ 17.12.92; SE 3.397, Plen. 11.11.93, Rezek).

Mas, não tendo à mão elementos objetivos para contestar a **affidavit** de advogado inglês, em que se fundava a alegação, acentuei que, de qualquer modo, a questão era de todo irrelevante no processo de homologação da sentença estrangeira no Brasil.

E aduzi:

"11. Que o direito britânico subordine ou não a execução forçada do laudo arbitral, no Reino Unido, à

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

homologação judicial, é indagação de todo estranha ao tema deste processo, que é saber se, à luz da ordem jurídica brasileira, o laudo inglês, quando não chancelado na origem por autoridade judiciária, constitui ou não sentença estrangeira, como tal susceptível de homologação para lograr eficácia executória no Brasil.

12. Ora, o que constitua ou não sentença estrangeira homologável no forum é questão de direito brasileiro, que independe do valor e da eficácia que a ordem jurídica de origem atribua ao documento questionado.

13. "O art. 16 da antiga Introdução ao nosso Código Civil", - observou, com lucidez inexcusável, o saudoso Amílcar de Castro, Direito Internacional Privado, 1956, II/ 174, n. 251) - "é doutrinariamente perfeito, dizendo: 'As sentenças dos Tribunais estrangeiros serão exequíveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixar'. Mostra bem nesta cláusula que pelo ius fori é que se atribuem valor e efeito aos julgados estrangeiros. Como já ficou visto, da separação existente entre as várias ordens jurídicas estatais e a conseqüente relatividade dos valores jurídicos, deduz-se que a eficácia atribuída à sentença por uma ordem jurídica é necessariamente restrita a essa ordem, não podendo, como tal, estender-se a qualquer das demais. A sentença estrangeira é fato ocorrido em jurisdição estranha que no forum é tomado em consideração para se lhe atribuir nova eficácia, esta, por sua vez, restrita ao forum. Vinda do estrangeiro, a sentença não traz em si qualquer valor jurídico, nem força executória, nem eficácia de coisa julgada em sentido substancial, nem valor probatório, pelo que, no forum, podem, ou não ser-lhe atribuídos tais efeitos".

14. Ora, para que, no forum brasileiro, se lhe atribua valor e eficácia de sentença brasileira, o primeiro pressuposto é que a decisão alienígena apresentada - segundo os critérios exclusivos do jus fori - constitua uma sentença estrangeira, que só essa é susceptível de homologação pelo Supremo Tribunal.

15. E já se demonstrou que, para o direito brasileiro - segundo a jurisprudência consolidada desta Corte - o laudo arbitral, seja qual for a sua proveniência, aqui, só se reputa sentença estrangeira, quando, na origem, haja sido objeto de homologação por autoridade judiciária local: para nós - como acentuou o

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Ministro Neder (SE 2.178 cit., RTJ 91/48) - "a sentença jurisdicional que homologou a arbitragem" (é que) "transmite a esta a sua qualidade", proposição cuja validade independe, no forum, de que o direito estrangeiro exija ou não, para o mesmo efeito na jurisdição interna, a chancela judicial.

16. "Essa, sem dúvida" -acentuou o il. advogado José Guilherme Villela - oficiando como Curador na SE 1.982 e cujo parecer se acolheu como fundamento do julgado (RTJ 54/714, 715) - "a melhor doutrina que se harmoniza com a tradição judiciarista do País que, sobre não excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (CF, art. 153, § 4º), só considera executória a sentença arbitral aqui proferida depois de homologada pelo juiz (C. Civ., art. 1.045 e C. Pr. Civ., art. 1.041)".

Nessa linha, recordei, no precedente, a decisão unânime do Plenário indeferiu a homologação.

O direito brasileiro, contudo, vem de sofrer, no particular, radical inversão de rumos, que elide ambas as linhas de fundamentação da nossa jurisprudência anterior.

Refiro-me, é claro, à recentíssima L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem.

Na lei nova - em cotejo com a disciplina do juízo arbitral no C. Pr. Civ. (art. 1.072 ss.) - duas são as diferenças radicais.

A primeira, a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto de cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da manifestação da vontade da parte recalcitrante (arts. 6º e 7º).

A segunda inovação, de interesse decisivo no caso, é a equiparação, no plano do direito interno, dos efeitos da sentença

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

arbitral aos da sentença judiciária - incluída a formação de título executório, se condenatório o laudo - independentemente de homologação judicial (art. 31).

Certo, não se subtrai ao Judiciário a verificação da nulidade do laudo, por um dos vícios enumerados no art. 32: a nulidade, contudo, há de ser demandada em procedimento ordinário (art. 33, § 2º) ou, havendo execução da sentença arbitral, argüida mediante embargos do devedor, "conforme o art. 741 do C.Pr.Civil" (art. 33, § 3º), ou seja, nos mesmos termos prescritos para os embargos à execução fundada em sentença.

Essa completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à sentença judicial já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem.

Mas a Lei da Arbitragem, coerente, o deixou expresso, ao prescrever, no art. 35, que

"Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal"

E sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, **a fortiori**, nada impede a outorga da qualificação de sentença ao laudo arbitral estrangeiro, de modo a admitir a sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal, para que, no foro, ganhe a eficácia própria das decisões judiciais.

Estou em que não há óbices constitucionais a que o fizesse a nova lei.



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Já Amílcar de Castro, em passagem que também recordei no precedente (*Direito Internacional Privado*, 1956, II/276), depois de notar, na linha da jurisprudência, que, "no silêncio da lei, tem-se entendido que o laudo arbitral, não judicialmente homologado, não deve ser equiparado às sentenças, mas aos contratos", observa que isso "não quer dizer que expressamente não possa a lex fori estabelecer essa equiparação".

É o que acaba de fazer a L. 9.307/96, tanto com relação às sentenças arbitrais proferidas no País, quanto às provindas do estrangeiro.

Não creio que — com relação às primeiras — as sentenças arbitrais brasileiras — à sua equiparação às sentenças judiciais se possa opor a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.

O que a Constituição não permite à lei é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao C.Pr. Civil*, Forense, v/d, IX/377).

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir.

Ora, acentuou o saudoso J. Frederico Marques (*Instituições de Dir. Proc.Civil*, 1960, n. 1.330, V/423) — "assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através da transação, suas desinteligências recíprocas,



AGRSE 5206-8/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

nada há de estranhável que, também, autorize esses mesmos interessados a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura de ação, a juízes e tribunais".

Em síntese: da licitude da transação sobre os direitos materiais objeto da lide, surge, sem violência à Constituição, a legitimidade da renúncia, em relação a eles, do direito de ação, que, embora autônomo, tem caráter instrumental.

Dispõe a Lei de Arbitragem:

"Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - a convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - Não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada;

AGRSE 5206-8/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa."

Nenhum desses óbices se apresenta no caso à homologação.

O laudo arbitral estrangeiro decidiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis: a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior.

A requerida firmou o compromisso e, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação.

Desse modo, dou provimento ao agravo - que trouxe ao Plenário à vista da novidade da questão - e homologo o laudo arbitral, para que valha, no Brasil, como título executivo judicial: é o meu voto.

10/10/96

PLENÁRIO

AGRAVO REG. EM SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5206-7 REINO DA ESPANHA

(PROPOSTA DE DILIGÊNCIA)

V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES:- Sr. Presidente, proponho que o julgamento seja convertido em diligência, a fim de ser ouvido o Ministério Público Federal sobre o problema de saber se a lei em causa, que disciplina a arbitragem, contraria, ou não, o princípio, que se insere entre os direitos fundamentais, do livre acesso ao Poder Judiciário.

Trata-se de problema delicado, pois pode envolver a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza.

Proponho, assim, a remessa dos autos a Procuradoria-Geral da República, para o exame incidente da inconstitucionalidade da Lei 9.307/96.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**AGRAVO REG. EM SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5206-7**

ORIGEM : REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

AGTE. : M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT

ADV. : EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS

AGDO. : RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

ADV. : FERNANDA HESKETH E OUTROS

Decisão : Após o voto do Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que dava provimento ao agravo regimental e homologava o laudo arbitral, converteu-se o julgamento em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e seus reflexos quanto à homologabilidade do laudo no caso concreto. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 10.10.96.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


LUIZ DOMIMATSU
Secretário

Supremo Tribunal Federal

08/05/1997

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE
AGRAVANTE: M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT
ADVOGADO: EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS
AGRAVADO: RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
ADVOGADO: MARCIA SERRA NEGRA E OUTROS
ADVOGADO: ANDRÉ CARMELINGO ALVES

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Em 10.10.96, assim relatei o caso:

"Esta, a decisão agravada (f. 65):

M.B.V. Comercial and Export Management Establishment, com sede em Genebra, Suíça, requer homologação de laudo arbitral proferido pelo Advogado Juan Escudero Claramunt, em Barcelona, Reino da Espanha, em litígio entre a requerente e a empresa Resil Indústria e Comércio Ltda, sediada em território brasileiro.

A requerida, tomando conhecimento da ação, deu-se por citada e concordou com o pedido (f. 47).

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo il. Subprocurador-Geral Miguel Frauzino Pereira e pelo em. Procurador-Geral Geraldo Brindeiro, manifestou-se nestes termos (f. 62/63):

"A requerente pretende a homologação de laudo arbitral, proferido em Barcelona, na forma da lei espanhola nº 36, de 5 de dezembro de 1988.

Esclarece que o referido diploma confere força de sentença judicial aos laudos arbitrais, sendo desnecessária, e até vedada, a sua

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

homologação perante as cortes espanholas para que surta efeito.

A requerida compareceu espontaneamente a este processo, dando-se por citada e concordando inteiramente com o pedido.

Sucede, todavia, que a jurisprudência iterativa do Pretório Excelso, reafirmada no julgamento da S.E. 4.724-2, em 27-04-94, sob a relatoria do ilustrado Ministro, ora Presidente dessa Alta Corte, orientou-se no sentido da impossibilidade de homologação de laudo arbitral, não cancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente.

Nestas condições, opinamos pelo indeferimento do pedido."

Com efeito, ao julgar a SEC 4.724-2, de que fui Relator, o Supremo Tribunal, em sessão plenária de 27.04.94, reafirmou a firme jurisprudência da Corte no sentido de que "sentença estrangeira", susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham cancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exeqüível o julgado (cf. SE 1.982 - USA, Plen., 3.6.70, Thompson, RTJ 54/714; SE 2.006, Plen., 18.11.71, Inglaterra, Trigueiro, RTJ 60/28; SE 2.178, Alemanha, sentença, 30.6.79, Neder, RTJ 91/48; SE 2.476, Plen., 9.4.80, Inglaterra, Neder, RTJ 95/23; SE 2.766, Inglaterra, 1.7.83, SE 2.768, França, sent., 19.1.81, Neder, DJ 9.3.81; SE 3.236, França, Plen., 10.5.84, Buzaid, RTJ 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen., 21.9.88, Néri, RTJ 137/132)."

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Decidiu-se, nessa assentada, que "o que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no forum, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão questionada".

Assim sendo, na linha dos precedentes, indefiro o pedido".

Dessa decisão houve agravo: sustenta a agravante, em síntese - invocando o que lhe parece ser a doutrina da decisão do STF na SE 2.468 e as opiniões doutrinárias de Hermes Marcelo Huck (Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria, Saraiva, 1994, p. 74), de José Carlos Magalhães e Luiz Olavo Baptista (Arbitragem Comercial, p. 109); Jacob Delinger e ainda Luiz Gastão de Barros Leães (Juízo Arbitral: homologação de decisão estrangeira, RT 547/257) - que "na hipótese de ficar demonstrado - como no caso presente - que a legislação do país estrangeiro não prevê ou mesmo veda a homologação, o requisito será dispensado pelo Pretório Excelso brasileiro".

No voto inicialmente proferido no julgamento do agravo, comecei por sustentar a correção da decisão agravada:

Ao tempo em que proferida - como resulta de sua fundamentação -, acentuei a decisão agravada se ajustava à jurisprudência consolidada do Tribunal e esta, **data venia**, à melhor doutrina.

No precedente referido, de que fui relator - SEC 4.724, de 27.4.94 - prossegui - alegava-se também provir o laudo arbitral, cuja homologação se pretendia, do Reino Unido, segundo cujas leis, afirmava-se, não haveria exigência, para que se tornasse executório, de sua homologação por um tribunal.

Em contrário, ponderei existir, em nossos anais, casos que comprovavam a existência, no processo britânico, da homologação de laudos arbitrais pelo **Queen's Bench**, mediante processo contraditório de verificação dos seus requisitos de validade (SSEE 2.476, Plen., 4.9.80, Neder; 2.766, 1º.7.83, Oscar Corrêa; 3.707, Plen. 21.9.88,

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Néri; SE 4.413, sent. 12.2.90, Néri, DJ 1º.2.91; SE 4.461, sent. 5.11.91, Sanches, DJ 8.11.91; SE 4.698, sent. 11.2.92, Sanches, DJ 17.12.92; SE 3.397, Plen. 11.11.93, Rezek).

Mas, não tendo à mão elementos objetivos para contestar a **affidavit** de advogado inglês, em que se fundava a alegação, acentuei que, de qualquer modo, a questão era de todo irrelevante no processo de homologação da sentença estrangeira no Brasil.

E aduzi, ainda na SEC 4.724:

"11. Que o direito britânico subordine ou não a execução forçada do laudo arbitral, no Reino Unido, à homologação judicial, é indagação de todo estranha ao tema deste processo, que é saber se, à luz da ordem jurídica brasileira, o laudo inglês, quando não chancelado na origem por autoridade judiciária, constitui ou não sentença estrangeira, como tal susceptível de homologação para lograr eficácia executória no Brasil.

12. Ora, o que constitua ou não sentença estrangeira homologável no forum é questão de direito brasileiro, que independe do valor e da eficácia que a ordem jurídica de origem atribua ao documento questionado.

13. "O art. 16 da antiga Introdução ao nosso Código Civil", - observou, com lucidez inexcelsível, o saudoso Amílcar de Castro, Direito Internacional Privado, 1956, II/ 174, n. 251) - "é doutrinariamente perfeito, dizendo: 'As sentenças dos Tribunais estrangeiros serão exequíveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixar'. Mostra bem nesta cláusula que pelo ius fori é que se atribuem valor e efeito aos julgados estrangeiros. Como já ficou visto, da separação existente entre as várias ordens jurídicas estatais e a conseqüente relatividade dos valores jurídicos, deduz-se que a eficácia atribuída à sentença por uma ordem jurídica é necessariamente restrita a essa

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

ordem, não podendo, como tal, estender-se a qualquer das demais. A sentença estrangeira é fato ocorrido em jurisdição estranha que no forum é tomado em consideração para se lhe atribuir nova eficácia, esta, por sua vez, restrita ao forum. Vinda do estrangeiro, a sentença não traz em si qualquer valor jurídico, nem força executória, nem eficácia de coisa julgada em sentido substancial, nem valor probatório, pelo que, no forum, podem, ou não ser-lhe atribuídos tais efeitos".

14. Ora, para que, no forum brasileiro, se lhe atribuam valor e eficácia de sentença brasileira, o primeiro pressuposto é que a decisão alienígena apresentada - segundo os critérios exclusivos do jus fori - constitua uma sentença estrangeira, que só essa é susceptível de homologação pelo Supremo Tribunal.

15. E já se demonstrou que, para o direito brasileiro - segundo a jurisprudência consolidada desta Corte - o laudo arbitral, seja qual for a sua proveniência, aqui, só se reputa sentença estrangeira, quando, na origem, haja sido objeto de homologação por autoridade judiciária local: para nós - como acentuou o Ministro Neder (SE 2.178 cit., RTJ 91/48) - "a sentença jurisdicional que homologou a arbitragem" (é que) "transmite a esta a sua qualidade", proposição cuja validade independe, no forum, de que o direito estrangeiro exija ou não, para o mesmo efeito na jurisdição interna, a chancela judicial.

16. "Essa, sem dúvida" -acentuou o il. advogado José Guilherme Villela - oficiando como Curador na SE 1.982 e cujo parecer se acolheu como fundamento do julgado (RTJ 54/714, 715) - "a melhor doutrina que se harmoniza com a tradição judiciarista do País que, sobre não excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (CF, art. 153, § 4º), só considera executória a sentença arbitral aqui proferida depois de homologada pelo juiz (C. Civ., art. 1.045 e C. Pr. Civ., art. 1.041)".

AGRSE 15.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Nessa linha, recordei, no precedente, a decisão unânime do Plenário indeferiu a homologação."

Mas, voltando ao exame deste agravo, ponderei:

"O direito brasileiro, contudo, vem de sofrer, no particular, radical inversão de rumos, que elide ambas as linhas de fundamentação da nossa jurisprudência anterior.

Refiro-me, é claro, à recentíssima L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem.

Na lei nova - em cotejo com a disciplina do juízo arbitral no C.Pr.Civ. (art. 1.072 ss.) - duas são as diferenças radicais.

A primeira, a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto de cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da manifestação da vontade da parte recalcitrante (arts. 6º e 7º).

A segunda inovação, de interesse decisivo no caso, é a equiparação, no plano do direito interno, dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária - incluída a formação de título executório, se condenatório o laudo - independentemente de homologação judicial (art. 31)."

E prosseguí pouco adiante:

"Certo, não se subtrai ao Judiciário a verificação da nulidade do laudo, por um dos vícios enumerados no art. 32: a nulidade, contudo, há de ser demandada em procedimento ordinário (art. 33, § 2º) ou, havendo execução da sentença arbitral, argüida mediante embargos do devedor, "conforme o art. 741 do C.Pr.Civil" (art. 33, § 3º), ou seja, nos mesmos termos prescritos para os embargos à execução fundada em sentença.

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Essa completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à sentença judicial já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem.

Mas a Lei da Arbitragem, coerente, o deixou expresso, ao prescrever, no art. 35, que

"Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal"

E sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, **a fortiori**, nada impede a outorga da qualificação de sentença ao laudo arbitral estrangeiro, de modo a admitir a sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal, para que, no foro, ganhe a eficácia própria das decisões judiciais.

Estou em que não há óbices constitucionais a que o fizesse a nova lei.

Já Amílcar de Castro, em passagem que também recordei no precedente (**Direito Internacional Privado**, 1956, II/276), depois de notar, na linha da jurisprudência, que, **"no silêncio da lei, tem-se entendido que o laudo arbitral, não judicialmente homologado, não deve ser equiparado às sentenças, mas aos contratos"**, observa que isso **"não quer dizer que expressamente não possa a lex fori estabelecer essa equiparação"**."

É o que acaba de fazer a L. 9.307/96, tanto com relação às sentenças arbitrais proferidas no País, quanto às providas do estrangeiro.

Não creio que - com relação às primeiras - as sentenças arbitrais brasileiras - à sua equiparação às sentenças judiciais se possa opor a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

O que a Constituição não permite à lei é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, **Comentários ao C.Pr. Civil**, Forense, v/d, IX/377).

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir.

Ora, acentuou o saudoso J. Frederico Marques (Instituições de Dir. Proc.Civil, 1960, n. 1.330, V/423) – “assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através da transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize esses mesmos interessados a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura de ação, a juízes e tribunais”.

Em síntese: da licitude da transação sobre os direitos materiais objeto da lide, surge, sem violência à Constituição, a legitimidade da renúncia, em relação a eles, do direito de ação, que, embora autônomo, tem caráter instrumental.”

Mostrei, finalmente, que, no caso, nenhum óbice se apresentava à homologação do laudo arbitral estrangeiro, dos enumerados taxativamente nos arts. 38 e 39 da nova Lei de Arbitragem.

Por isso – embora trouxesse o caso ao Plenário, à vista da novidade da questão – o meu voto dava provimento ao agravo para homologar o laudo.



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Aventada, porém, por intervenção do em. Ministro Moreira Alves, a possível inconstitucionalidade das inovações da recente Lei de Arbitragem (L. 9.307/96), suspendeu-se o julgamento para ouvir-se o Procurador-Geral da República, nos termos do art. 176 do Regimento Interno.

Depois de resumir a espécie e concordar com o voto que emitira eu no sentido de que a jurisprudência anterior se fundava em premissas que a Lei de Arbitragem elidira, prosseguiu S. Exa. (f. 88, 91):

"Penso ainda que a Lei nº 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, inciso XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda a vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma "faculdade inerente à própria personalidade", não um dever (vide CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in Execução Civil, Malheiros Editores, 4ª ed, p. 364).

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que "a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito". Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e

constitucional, mas é também recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais - abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo poder Judiciário.

E quanto ao controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direitos, é de se observar que a Lei nº 9.307/96, na verdade, o prestigia nos seus arts. 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional. O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário àqueles que tiverem direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem.

A propósito da matéria, já observava o Saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES (in Instituições de Direito Processual Civil, Vol. V, Ed. Forense, Rio, 1960, pág. 423), **verbis**:

"Assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através de transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize, esses mesmos interessados, a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura da ação, a juízes e tribunais.

Nem há, com isso, transgressão do art. 141, § 4º, da Constituição Federal, ou infringência do princípio do juiz natural (retro, § 16). O direito individual, no caso, passa a ser, tal como na transação, aquele que, em virtude de acordo consubstanciado no compromisso, foi definido no laudo arbitral."

O direito de ação não é, assim, dever de ação judicial e não se confunde, como na visão civilista tradicional, com direito subjetivo material. Não é o próprio direito "armado para a guerra" ou "em atitude defensiva", conforme o grande civilista pátrio Clóvis

Beviláqua (in Código Civil Comentado, Vol. I, pág. 309). É claro que logo após a queda do **ancien régime** no Século XVIII enfatiza-se o princípio do acesso ao Judiciário como garantia contra os abusos e violações de direitos e liberdades fundamentais pelos agentes do Estado. A denominada "tradição judicialista" muitas vezes citada diz respeito, a nosso ver, muito mais às limitações do Poder Estatal garantidas pelo **due process of law** nos conflitos entre particulares e o Estado. Tal garantia liberal de "tradição judiciarista" no Estado Democrático de Direito, todavia, especialmente na versão do Direito Constitucional Anglo-Americano (pois na França há o **Conseil d'État** e o contencioso administrativo), nada tem a ver com direitos patrimoniais disponíveis entre partes privadas."

Após citações doutrinárias, o brilhante parecer recorda decisão do STF afirmativa da constitucionalidade do juízo arbitral (Ag. 52.181, Bilac Pinto, RTJ 68/382), para concluir

"E, quando se trata de arbitragem comercial internacional, campo no qual há longa tradição de **lex mercatoria**, reveladora dos costumes no comércio internacional, e dos contratos internacionais nela fundados mediante cláusula compromissória de juízo arbitral para evitar as diferenças na legislação e as jurisdições nacionais, a possibilidade de homologação, à luz da nova lei brasileira, torna-se ainda mais clara e certa.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América enfrentou questão análoga no caso **Scherk v. Alberto-Culver Company**, em 1974, quando decidiu homologar sentença arbitral internacional, com base em normas explícitas de lei do Congresso daquele País, **The Arbitration Act of 1925**, que veio para reverter as hostilidades à arbitragem e permitir às partes evitar as despesas e a demora nas demandas judiciais (Supreme Court of the United States, 1974. 417 U.S. 506 S.Ct. 2449, 41 L.Ed. 2d 270). Destacamos trechos expressivos da decisão daquela Corte que transcrevemos, **verbis**:

"A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties

to secure tactical litigation advantages ...
 Whatever recognition the courts of this country might ultimately have granted to the order of the foreign court, the dicey atmosphere of such a legal no-man's-land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements.

.....

An agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause that posits not only the situs of suit but also the procedure to be used in resolving the dispute. The invalidation of such an agreement in the case before us would not only allow the respondent to repudiate his solemn promise but would, as well, reflect a 'parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts... We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts.' Id., at 9, 92 S.Ct., at 1912.

For all these reasons we hold that the agreement of the parties in this case to arbitrate any dispute arising out of their international commercial transaction is to be respected and enforced by the federal courts in accord with the explicit provisions of the Arbitration Act."

Em conclusão, vale salientar que, no caso dos autos, a empresa requerida na presente homologação de sentença arbitral estrangeira, Resil Indústria e Comércio Ltda., ao se manifestar no processo, afirmou que "nada tem a opor aos termos formulados pela Requerente em sua petição inicial, concordando com seu inteiro teor, e dando-se desde já por citada, requerendo a homologação do laudo para que possa dar quitação a seu compromisso comercial" (fls. 47). Verifica-se, pois, que eventual indeferimento da homologação ora pleiteada representará prejuízo não apenas para a empresa estrangeira MBV Commercial and Export Management Establishment, mas também para a empresa nacional Resil Indústria e Comércio Ltda.,

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

em razão do comprometimento de sua idoneidade comercial internacional em face do não cumprimento de sentença arbitral a que se obrigou a obedecer por força de cláusula compromissória.

Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é no sentido do provimento do agravo regimental."

Este, o relatório complementar.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'J' followed by a vertical line and a small flourish.

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

V O T O

I

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Como assinalei no voto primitivo, duas são as inovações substanciais da nova Lei de Arbitragem em relação à disciplina do juízo arbitral no C. Pr. Civil:

- 1º, a possibilidade de execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto de cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da manifestação da vontade da parte recalcitrante (arts. 6º e 7º).

- 2º, de interesse decisivo no caso, a equiparação, no plano do direito interno, dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária - incluída a formação de título executório, se condenatório o laudo - independentemente de homologação judicial (art. 31), disposição completada, no art. 35, com a explicitação de que, "para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal".

No caso, não houve cláusula compromissória, até porque não consta ter havido contrato escrito.

O contrato arbitral, que instrui o pedido de homologação do laudo, já substantiva um **compromisso**, no qual as partes identificam a controvérsia a ser dirimida - "se, em virtude da mediação (...), a Resil deve pagar à M.B.V. alguma quantia e, caso afirmativo, quanto" -, optam pela solução da lide segundo o direito espanhol e elegem o árbitro único (f. 24).

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Tem-se, pois, que a constitucionalidade da primeira das inovações da Lei de Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral -, não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro: a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35).

Sucede que, no julgamento, em 30.10.85, do MS 20.505, relator o em. Ministro Néri da Silveira, Lex 59/90, o Tribunal - acolhendo questão de ordem do então presidente, o em. Ministro Moreira Alves - resolveu que, uma vez suscitada incidentalmente a questão da constitucionalidade de lei pertinente à espécie em julgamento, a Corte não se poderá furtar a decidi-la, ainda que não seja ela essencial à solução do caso concreto.

Cuidava-se de mandado de segurança requerido por cidadão que vinha exercendo a prefeitura de Osório-RS, por nomeação do Governador do Estado contra o ato do Presidente da República, que, com base no Dl. 1.866/81 (cf. Dl. 1.937/82), designara Prefeito **pro tempore** para o Município, com preterição das formalidades e pressupostos legais do ato; alegava, ademais, o impetrante, a inconstitucionalidade da norma em que se pretendia basear o ato presidencial.

Procurador-Geral da República, o meu parecer acolhia a arguição de inconstitucionalidade.

Ao relator, contudo, pareceu dispensável o deslinde da questão constitucional proposta, pois bastante ao deferimento da



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

segurança o reconhecimento da ilegalidade do ato, ainda quando válida a norma legal.

Ao propor a questão de ordem, depois de recordar os arts. 176 e 177 do Regimento Interno, aduziu, porém, o Ministro Moreira Alves - Lex 159/101:

"Como se vê, esses dois dispositivos dizem respeito à arguição de inconstitucionalidade **incidenter tantum** (por isso mesmo, o primeiro alude à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, que não pode ser objeto de representação de inconstitucionalidade, e se refere a qualquer outro processo submetido ao Plenário que não tal representação), e determinam que ela seja julgada em conformidade com as regras do julgamento da representação, sendo que o segundo deles - o artigo 177 - alude à **prejudicial de inconstitucionalidade**.

Portanto, esses dois dispositivos afastam, no âmbito desta Corte, quando há a arguição de inconstitucionalidade **incidenter tantum** em qualquer processo que não o da representação de inconstitucionalidade (caso em que a arguição será **principaliter**), o princípio clássico de que o juiz deve abster-se de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade sempre que, sem fazê-lo, possa julgar o feito.

E ao votar, acrescentou S. Exa. - Lex 159/103:

"É sabido que só esta Corte, quando declara **incidenter tantum** a inconstitucionalidade de uma lei, tem o dever de comunicar tal declaração ao Senado Federal para que este, por ato de natureza política, suspenda a vigência da lei. Nenhum outro Juiz pode fazê-lo, o que mostra que a nossa declaração **incidenter tantum** deve ser disciplinada diversamente da sistemática observada, por construção jurisprudencial, para os outros juízes quando só dispúnhamos do controle difuso da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, surgiu nos Estados Unidos da

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

América por via de construção já que sua Constituição é silente sobre o controle de constitucionalidade, criou-se o princípio de que o juiz deve abster-se de enfrentar a questão constitucional quando possa resolver o litígio por outra via.

No Brasil, em que, hoje, o S.T.F. tem também o controle concentrado de constitucionalidade na ação direta, esse princípio, com relação a ele, não encontra mais a justificativa vinda do direito americano, e tanto é assim que seu Regimento Interno deu à arguição **incidenter tantum** de inconstitucionalidade o mesmo tratamento, quanto ao procedimento, que se observa na representação de inconstitucionalidade, e, portanto, no controle concentrado.

Disso decorre que, quando argüida **incidenter tantum** a inconstitucionalidade de ato normativo, o Plenário da Corte em face do disposto nos artigos 176 e 177 do Regimento Interno, que são imperativos, não pode furtar-se ao exame preliminar dessa arguição. Temos, em verdade, lei expressa que afasta o princípio elaborado pela construção jurisprudencial americana."

Embora vencidos o Relator e o em. Ministro Gallotti, compôs-se nessa linha a maioria: em consequência, deferiu-se a ordem, por inconstitucionalidade do diploma legal em que se pretendia fundar, prejudicada a invocação de ilegalidade do ato.

Solução similar foi tomada no RE 172.058, 30.6.95, M. Aurélio, cujo acórdão ainda não se logrou publicar.



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Estou, **data venia**, em que essa é a orientação correta: a que atende melhor ao complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de normas.

Não nego que o voto vencido tinha por si a ortodoxia dogmática do método difuso de controle, que continua presente em nosso ordenamento, correndo aparentemente em linha paralela ao do controle concentrado, que, desde 1965, também praticamos.

Mas o sistema resultante dessa simbiose institucional dos dois métodos, o americano - incidente e difuso - e o austríaco - principal e concentrado -, não pode ser visto como simples justaposição de um a outro e, sim, como uma unidade estrutural em que cada um dos componentes sofre inevitavelmente reflexos do outro.

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante - especialmente na prática deste Tribunal - é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado.

Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de "guarda da Constituição", que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou.

Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida.

Afinal, não é novidade dizer - como, a respeito da **cassação**, Calamandrei observou em páginas definitivas (**Casación Civil**, trad., EJE, BsAs, 1959, 12 ss.) - que no recurso extraordinário - via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei -, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle **incidenter** em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado "como elemento propulsor posto a serviço de **interesse público**", que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe.

Estou, assim, em que devemos enfrentar integralmente os problemas constitucionais sugeridos pela nova Lei da Arbitragem.

II

A arbitragem - malgrado jamais haja logrado no País vigência social mais expressiva - está prevista e regulada entre nós desde, pelo menos, as Ordenações Filipinas (Livro III, Tít. XVI e XVII); a Constituição do Império explicitamente a admitiu, no capítulo mesmo do Poder Judicial (art. 150); o Cód. Comercial de 1850 prescreveu, ao lado do voluntariamente instituído pelas partes, o juízo arbitral necessário para diversas questões mercantis (arts. 245, 294, 348, 739, 783, 846); no mesmo ano, o Regulamento 737 lhe disciplinou o procedimento (art. 411, § 1º); a L. 1.350, de 1866, aboliu a arbitragem obrigatória; a voluntária, porém, mantida pela D. 3.900, de 1867, sobreviveu ao fim do Império; acolheram-na, na República, o C. Civil, de 1916 (arts. 1.037 a 1.048) e os Códigos de

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Proc. Civil de 1939 (art. 1.031 a 1.046) e o vigente, de 1973 (art. 1.072 a 1.102).

A questão da constitucionalidade do juízo arbitral é aventada sobretudo a partir de 1946, quando a Constituição - seguida por todos os textos fundamentais subseqüentes - erigiu em garantia constitucional expressa que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário.

Não obstante essa enfática declaração constitucional da unidade e da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, a resposta afirmativa da constitucionalidade do juízo arbitral tem sido quase acorde entre os doutos.

Dos autores de tomo, salvo engano, a única contestação à legitimidade do instituto proveio de Alcides Mendonça Lima (**O Juízo Arbitral e o art. 150, § 4º, da Constituição de 1967**, RT 402/9, 1969).

"Nos demais povos" - observa o professor gaúcho - "não há nenhuma super norma, de caráter constitucional - pelo menos a doutrina não indica - como a estabelecida no art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Como só a lei pode autorizar a existência do juízo arbitral, "com força executória da decisão, desde que homologada por juiz competente", segue-se que, com o advento da norma constitucional que o veda, tornaram-se inconstitucionais as leis anteriores que lhe permitiam a instituição pelas partes.

"A apreciação, em si mesma, da lesão de um direito individual - ainda que disponível" - conclui Mendonça Lima - "foi

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

excluída do Poder Judiciário, em sua unidade orgânica, desde que a solução do conflito foi confiada a terceiros, mesmo sendo a decisão homologada por juiz estatal.

Se as partes solucionam amigavelmente o conflito, não está havendo apreciação alguma, mas mero e louvável acordo. Desde, porém, que há necessidade de "apreciação", isto é, conhecimento e julgamento, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de interferir desde o início, em nome de sua soberania, para maior garantia da aplicação das normas de direito objetivo pertinentes ao caso e para maior proteção aos direitos subjetivos das partes.

Em face, portanto, do disposto no art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 24.1.1967, reproduzindo qual norma da Carta de 1946, (art. 141, § 4º), entendemos que o juízo arbitral - mesmo sendo sempre tão pouco utilizado em todo o Brasil - é inconstitucional, não podendo mais ser instituído".

É opinião, no entanto, repita-se, que restou solitária: prevaleceu, em contrário, a dos que - partindo de disponibilidade da pretensão, objeto da lide - concluem que, da possibilidade de transação ou mesmo da renúncia do direito, surge a legitimidade do acordo que confia a terceiros a solução da controvérsia em torno dele.

A posição dominante ficou deduzida, com a clareza e a precisão de seu estilo, pelo saudoso José Frederico Marques (**Instituições do Dir. Proc. Civil**, forense, 1960, V/422, n. 1.330).

"Cuidando-se de relação jurídica disponível e de interessados capazes de transigir, podem ambos entrar em composição para solucionar os seus recíprocos desentendimentos através de concessões mútuas. (...) Cuidando-se de direitos disponíveis entre interessados com plena capacidade de transigir e contratar, a nova

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

situação concreta, por eles criada, é a que passa a ter a tutela estatal.

(...)

Assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através de transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize, esses mesmos interessados, a submeterem a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura da ação, a juízes e tribunais.

Nem há com isso "transgressão do art. 141, § 4º, da Constituição Federal ou infringência do princípio do juiz natural (...) O direito individual, no caso" - concluiu o mestre - "passe a ser, tal como na transação, aquele que, em virtude de acordo consubstanciado no compromisso, foi definido no laudo arbitral".

Na mesma linha, entre outros, Hamilton de Moraes Barros (**Comentários ao C. Pr. Civil**, Forense IX/378) e, na literatura mais recente, José Carlos Magalhães (**Arbitragem Internacional Privada** em J.C. Magalhães & L. O. Baptista - **Arbitragem Comercial**, F. Bastos, 1986, p. 17, 27) e José Alexandre Tavares Guerreiro (**Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**, Saraiva, 1993, p. 35).

A jurisprudência brasileira tem seguido a **communis opinio doctorum**.

O precedente mais expressivo no Supremo Tribunal é o Ag. 58.181, 14.11.73, da lavra do saudoso Ministro Bilac Pinto (RTJ 68/382).

Na Itália e na Alemanha questões constitucionais similares tem sido repelidas, prevalecendo a tese de que, nas palavras de Biamonti (vb. **Arbitrato (dir. proc. civ.)** em **Enciclop. Del Diritto**,

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

1958, II/936), "non si crea infatti alcuna deroga al principio fondamentale per cui l'attività giurisdizionale è funzion esclusiva dello Stato, nei casi in cui le stesse parti, com il consenso reciproco e sul piano del diritto privato, ricerchino e trovino una soddisfacente composizione della controversia fra loro insorta, avvolendosi eventualmente a tale scopo dell'opera di un terzo di comune fiduzia".

O que em ambos os países tem preocupado não é a legitimidade constitucional da arbitragem instituída consensualmente, mas - como testemunha Nicolò Trocker (**Processo Civile e Costituzione**, Milano, 1974, p. 694) - a necessidade de predispor cautelas eficazes contra o risco de que, sob o pálio da liberdade contratual, se imponha na realidade o poder da parte economicamente mais forte "nella imposizione di clausole di compromissione, di arbitraggio o addirittura di rinuncia tout court all'azionabilità di una pretesa".

De minha parte - sem perder de vista, é claro, o imperativo de tais precauções contra a imposição abusiva da arbitragem -, alinho-me à afirmação vitoriosa e quase unânime de sua constitucionalidade, sob a legislação anterior.

O que a Constituição não permite à lei - já aduzira no voto primitivo - é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, **Comentários ao C.Pr. Civil**, Forense, v/d, IX/377).

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir.

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

O direito de ação - afinal, em síntese, o objeto da proteção constitucional invocada -, nem por ser autônomo e abstrato, deixa de ser essencialmente instrumental: a garantia da ação - que é direito à prestação jurisdicional - visa a assegurar a verificação pelo juiz da procedência ou não da pretensão material veiculada pela ação em cada caso e, se procedente, a sua efetivação, quando necessário, por meio da coação estatal.

Se esta, a coação para efetivar, na relação entre as partes, a norma jurídica individual da sentença, é monopólio do Estado, a própria determinação da norma concreta a executar não o é, se se cuida de direito privado e disponível: aí, reservam-se à autonomia das partes a transação e a própria renúncia.

Ora, se a pretensão material mesma é disponível, igualmente disponível se há de reputar a ação votada à sua afirmação jurisdicional: "*o compromisso*" - ensinou Clóvis (*Código Civil*, art. 1040, 4/156) - "*importa em renúncia da jurisdição ordinária para a solução da controvérsia*"; "*no fundo*" - acentuou Pontes de Miranda (*Comentários ao C. Pr. Civil, Forense*, 1977, XV/240) - "*compromisso é renúncia ao juízo estatal, à processualidade estatal da relação jurídica entre as partes e a pessoa que tem, em virtude de seu estatuto, a cognição*".

Com a instituição do juízo arbitral, por ato das partes, nota Biamonti (ob. loc. cit., p. 900), "*si attua (...) una espressa rinunzia alla cognizione di una o più controversie da parte del giudice, al quale le vertenze stesse vengono sottratte*".

Irretocável, sob esse prisma, o parecer do em. Procurador-Geral.



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

"O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece" - enfatiza S. Exa. - "é que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabeleceu que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devam levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental da ação".

Por tudo isso mesmo, parece inequívoco, em contraposição, que afrontaria a garantia da ubiquidade da jurisdição a revivescência da arbitragem compulsória. A imposição do juízo arbitral para certo tipo de litígios foi banida - "sem deixar saudades" - (segundo J. X. Carvalho de Mendonça) - desde 1866, eis que acentua José Carlos Magalhães (ob. Cit. p. 8) - "repugna à própria natureza do instituto, lastreado fundamentalmente na vontade das partes".

Na Itália, a arbitragem obrigatória sobreviveu bem mais; fulminou-a, entretanto, não faz muito, a Corte Constitucional - sentença de 14.7.1977, n. 127, Elia, **Giurisprudenza Costituzionale**, 1977, 8/1.103:

"Se la Costituzione garantisce ad ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, ne deriva che (fuori delle ipotesi previste dall'art. 103 Cost.) tale diritto deve potersi esercitare dinanzi agli organi giudiziari ordinari. Il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti; il principio fissato nell'art. 806 comma 1 c.p.c., (secondo cui le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

loro insorte) assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento."

Assim recordado, muito brevemente, o raciocínio subjacente à tranqüila aceitação da constitucionalidade do juízo arbitral, como disciplinado na legislação anterior, cumpre verificar se e em que medida as inovações da L. 9.307/96 terão afetado a higidez constitucional do instituto.

III

Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação.

A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição. É o que fica meridianamente claro no parecer do lúcido Castro Nunes, acolhido como razão de decidir no ponto pelo acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que o referido julgado do STF endossou - Ag. 52.181, cit, RTJ 68/382, 392:

"O caráter consensual do compromisso arbitral está mostrando que a ele não diz respeito a garantia do § 4º, que supõe, ao seu natural, o desacordo das partes, assegurando-lhes o acesso aos tribunais. O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua

pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às Justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional.

No ponto, entretanto, a nova Lei de Arbitragem introduz alteração radical na legislação anterior, cuja significação no ponto não se pode eludir: a possibilidade de conversão, por sentença judiciária, da cláusula arbitral em compromisso.

A L. 9.307/96 distinguiu com precisão o **compromisso** do **pactum de compromittendo** ou **cláusula compromissória**, e a ambos tratou como espécies do gênero **convenção arbitral**.

"Art. 3º. As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

(...)

Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial."



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Nada de novo. A distinção segue as linhas da doutrina consolidada sob o regime anterior (e.g., Clóvis, **Código Civil**, art. 1.037, 4/134; José Carlos Magalhães, ob. cit., p. 21-25; Luiz Olavo Baptista, **Cláusula Compromissória e Compromisso**, ob. cit., p. 31; J. C. Barbosa Moreira, **Juízo Arbitral: Cláusula Compromissória: Efeitos**, parecer em **Temas de Direito Processual**, 2ª série, Saraiva, 1988, p. 192; na Itália, v.g., Carnelutti, **Sistema del Dir. Proc. Civile**, 1936, I/550; Biamonti, verb. cit., **Encicl. Diritto**, II/904; Sérgio Costa, **Manuale de Dir. Proc. Civile**, 1973, p. 93): "la differenza tra compromesso e clausola compromissoria" - já se lê em Carnelutti - "sta precisamente in ciò che col primo si nomina l'arbitro **post litem** e col secondo **ante litem natam**; la clausola compromissoria non è altro che un compromesso, col quale si deferisce agli arbitri anzichè una lite già sorta, um gruppo di liti, del quale si prevede il sorgere fra le parti ...".

Nessa diferença substancial de objeto, como logo se recordará, é que se assenta, no direito brasileiro anterior, a conclusão quase unânime da inadmissibilidade da chamada execução específica da cláusula compromissória.

E nesse ponto, para os especialistas, situou-se a causa primordial da pouquíssima utilização da arbitragem entre nós (José Carlos Magalhães, ob. cit., p. 8 e 25; Luiz Olavo Baptista, ob. loc. cit.; J. A. Tavares Guerreiro, ob. cit., p. 51).

Donde, a tentativa de lei nova de superar o obstáculo, ao prescrever:

"Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o artigo 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto a instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º. O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º. Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º. Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º. Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz,

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º. A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º. Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."

Cheguei, porém - depois de longa reflexão - à conclusão de que, nesse tópico, a lei foi efetivamente além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito de validade da disciplina legal da arbitragem.

A constitucionalidade do juízo arbitral - perdoe-se a insistência - deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação - que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental - relativamente a uma pretensão material disponível.

Mas, a renunciabilidade da ação - porque direito de caráter instrumental - não existe **in abstracto**: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral.

Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral - onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

direito de ação - não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual.

A esse pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral: esta, no texto de Luiz Olavo Baptista (ob. loc. cit., p. 32), "é genérica, objetivando resolver número não definitivo ou não definido de controvérsias", ao passo que, no compromisso, o objeto é "específico, visando solução de controvérsia ou controvérsias já definidas. É o futuro condicional" - conclui - "por oposição ao presente".

Por isso mesmo é que a doutrina firmada antes da Lei de Arbitragem repeliu, quase à unanimidade, a possibilidade da execução judicial específica da cláusula compromissória, como demonstrado, de modo definitivo, por José Carlos Barbosa Moreira (ob. loc. cit.).

Certo, ao seu tempo, para não admiti-la, bastou a Clóvis Bevilacqua ser o objeto da cláusula compromissória uma obrigação de fazer: "como obrigação de fazer" - anotou (Código Civil, art. 1.037, 4/154 - "desde que '**nemo potest precise cogi ad factum**', não obriga às partes à celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil".

Seguiu-lhe o Tribunal a linha ortodoxa no RE 58.696, 2.6.67, conforme o voto do relator, o saudoso Ministro Luiz Gallotti - RTJ 42/312, 315:

"Trata-se de cláusula compromissória (pactum de compromittendo), que ainda não é o compromisso

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

constitutivo do Juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar, como bem esclarece Clóvis. Trata-se de uma obrigação de fazer que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrerem."

No estágio atual do Direito, sabidamente, as coisas já não são tão simples: a regra é a execução específica das obrigações, incluídas as de fazer, salvo, quanto a estas, as de prestação personalíssima, infungível.

No que diz, em particular, com as obrigações de contratar, a evolução ficou consagrada no art. 1.006, § 2º, do C. pr. Civil de 1.939, a teor do qual, "nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições do definitivo".

Mas essa cláusula final inviabilizou os ensaios da execução específica da cláusula compromissória.

"Podia pôr-se o problema do **pactum de compromittendo** - assimilável, ou pelo menos equiparável, a contrato preliminar - acentua Barbosa Moreira (ob. loc. cit., p. 200) - à luz do § 2º. Mas as "condições de validade" do compromisso, tais como as discriminava, então, o art. 1.039 do Código Civil, normalmente não se achavam satisfeitas na cláusula compromissória: para nos cingirmos a um ponto, nesta seria de todo em todo excepcional que já se designasse "o objeto do litígio", precisamente porque contemporânea a estipulação ao aperfeiçoamento do contrato, e por conseguinte anterior ao nascimento de qualquer desavença na respectiva execução. Em tal perspectiva, escreveu o maior dos comentadores do diploma de 1939:

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

"Não se pode, para se obter o compromisso, se o pacto de **compromittendo** não precisou cada ponto do compromisso prometido, invocar o art. 1.006 do Código de processo Civil, nem, tampouco, pretender que o juiz nomeie o árbitro" (Pontes de Miranda, ob. e t. cit., p. 399)."

O Código de 1973 - como elucida o jurista insigne - não alterou a equação do problema. Tendo advogado, do Código Civil, "a própria disciplina do compromisso - acrescentado à do juízo arbitral - não cuidou, porém (...), da cláusula compromissória (...) tudo indica que, ciente da tendência dominante, assentou, bem ou mal, ficar à margem dela".

"Há no diploma em vigor, porém" - segue Barbosa Moreira (ob. loc. cit., p. 201) -, "o art. 639, cujo texto é a tradução quase literal do art. 2.932 do Código Civil italiano, antes referido:

Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Admitida a natureza contratual do compromisso, poderia cogitar-se da aplicação desse dispositivo à hipótese de descumprimento da cláusula compromissória. A objeção que ocorre lança raízes na restrição posta pelas palavras "sendo isso possível": ela excluiria a viabilidade da solução todas as vezes que o pré-contrato deixasse de conter a regulamentação de pontos essenciais do contrato definitivo, pois, se ao juiz é dado suprir

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

com a sentença a manifestação final de vontade da parte recalcitrante, em relação àquilo que já esteja previamente avençado, não lhe é lícito, contudo, substituir a vontade dela pela sua própria, regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar (vide BARBOSA MOREIRA, O novo processo civil brasileiro, v. II, Rio de Janeiro, 1976, p. 44)".

É verdade que, adiante, o autor parece admitir que, a exemplo do que sucedeu na Itália (art. 810 CPC), a lei poderia autorizar a execução **in natura** da cláusula compromissória: então, a lacuna estaria suprida pelos arts. 6º e 7º da nova Lei de Arbitragem.

Penso, entretanto, que, no ordenamento brasileiro, há obstáculo constitucional intransponível, no ponto, à aplicação da lei nova.

Viu-se, com efeito, que o empecilho à incidência, na hipótese, da regra geral do art. 639 C. Pr. Civ., é a impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria a vontade da parte recalcitrante, "*regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar*" - qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem.

Ora, essa impossibilidade não a pode suprir a lei ordinária, sem ferir a garantia constitucional de que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (CF, art. 5º, XXXV).

Só não a transgride o compromisso porque, por força dele, são os próprios titulares dos interesses objeto de uma lide já concretizada que, podendo submetê-la à jurisdição estatal, consentem

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

em renunciar à via judicial e optar pela alternativa da arbitragem para solucioná-la. E só para isso.

Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Carnelutti (ob. cit., p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir.

A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem.

Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente - dada a indeterminação do seu objeto - e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. cit., XV/224) de que fere o princípio constitucional invocado - hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição - atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, "*eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem*".

Não posso fugir, desse modo, à declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei de Arbitragem e, em consequência, dos outros dispositivos que



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

delas derivam, isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts., 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem - e, pois, à hipótese de simples cláusula compromissória - a força impeditiva da constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral), o art. 42, que acrescenta um novo inciso, n. VI, ao art. 520 C. Pr. Civil para incluir no rol dos casos de apelação com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença "que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem".

IV

Pressuposta, com a inconstitucionalidade dos preceitos mencionados, a instituição válida do juízo arbitral - vale dizer, mediante compromisso formado pelo consenso real de ambas as partes - não oferece maiores problemas a indagação da validade das outras inovações relevantes que a L. 9.307/96 impôs à disciplina do velho juiz arbitral.

Situam-se elas, no que diz com a arbitragem realizada no Brasil, no art. 18 combinado com o art. 31 da nova lei, **verbis**:

"Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo poder Judiciário."

(...)

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

Não há dúvida de que a completa equiparação de laudo arbitral - expressivamente rebatizado de "sentença arbitral" - à decisão judiciária, independentemente de sua homologação em juízo, e a nota da irrecorribilidade são rupturas de uma longa tradição do direito brasileiro.

A subordinação da exequibilidade **lato sensu** do laudo arbitral à homologação judicial vem do velho Regulamento 737 (art. 463), remanesce no D. 3.900, de 1867, e é acolhida, na República, pelo art. 1.045 do C. Civil e por ambos os códigos nacionais de Processo Civil (art. 1.041, no de 1939, e art. 1.097 do atual, revogado pela Lei de Arbitragem).

Anotou a propósito o grande e saudoso Machado Guimarães (**Juízo Arbitral**, RF 118/376; **Estudos de Dir. Proc. Civil**, 1969, p. 284, 291), que "ao contrário do que acontece na Alemanha e na França, onde ao laudo arbitral se reconhecem efeitos declaratórios ainda antes do despacho judicial que o declare executivo, no Brasil, como na Itália, está a validade do laudo condicionada por lei ao subsequente depósito e homologação. Quer se conceitue a decisão arbitral como ato jurídico privado contendo apenas a matéria típica de uma pretensa sentença; quer se considere um ato imperfeito de jurisdição a ser integrado pela superveniente sentença de homologação, o certo é que, em nosso direito positivo, do laudo pericial, só por si, não decorrem efeitos vinculativos para as partes: o laudo só terá eficácia se homologado".

De igual modo, a recorribilidade da decisão arbitral, desde as Ordenações, tem sido a tendência predominante em nosso direito, (Machado Guimarães, op. loc. cit., p. 292): ainda à luz da Constituição do Império, cujo art. 160 previa a execução das sentenças arbitrais "sem recurso, se assim convencionarem (...) as partes", atesta o mestre que sempre se entendeu que a cláusula "sem

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

recurso" visava apenas a "tolher o efeito suspensivo à apelação, e não a impedir esse mesmo recurso, com efeito meramente devolutivo"; e o C. Civil manteve-se na mesma linha; os códigos processuais é que limitaram o cabimento da apelação à interposta da decisão que homologasse ou não o laudo arbitral.

Não obstante substantivem também alterações radicais, nem a dispensa da homologação nem a irrecorribilidade da sentença arbitral se me afiguram inconstitucionais.

Os temas não são novos nos anais da Corte.

No referido Ag. 52.181, Bilac, RTJ 68/382, o Tribunal reputou legítimo, mesmo perante a superveniente Constituição de 1946, o Dl. 9.521, de 26.7.46, que, determinando a instituição de juízo arbitral para decidir o caso do Espólio Henrique Lage contra a União, prescreveu, no art. 16, que da sentença dos árbitros, executável independentemente de homologação, nenhum recurso seria admissível.

O precedente é de ser seguido.

Uma vez fundada a validade do juízo arbitral na disponibilidade da pretensão material questionada e no consenso das partes ao subtrair a decisão da lide ao Poder Judiciário, renunciando quanto a ela ao exercício do direito de ação, nenhum princípio impõe nem que a exeqüibilidade da sentença arbitral se condicione à homologação judicial prévia, nem que seja ela susceptível de recurso.

Certo, a instituição consensual da arbitragem obviamente não implica abdicação do direito à observância das normas que a lei mesma prescreve ao desenvolvimento do processo arbitral: por isso

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

mesmo, o art. 21 da L. 9.307, depois de outorgar autonomia às partes ou, no silêncio delas, aos árbitros, para disciplinar o procedimento arbitral, estabelece, no entanto, que nele "serão, sempre, respeitados, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".

No direito anterior, a observância de tais princípios e das regras particulares que os desenvolvem era objeto do exame judicial, quando da homologação de laudo arbitral, agora extinto.

Mas a lei nova não subtrai do controle judiciário a controvérsia que a respeito surja entre as partes nem a conseqüente arguição de nulidade da sentença arbitral: apenas se dá que a verificação da invalidade, cominada expressamente nas hipóteses do art. 32, ao invés de ser objeto do juízo de homologação prévia, haverá de ser demandada em procedimento ordinário (art. 33, § 3º) ou, havendo execução de sentença arbitral, mediante embargos do devedor, "conforme o art. 741 do C. Pr. Civil" (art. 33, § 3º), ou seja, nos mesmos termos prescritos para os embargos à execução fundada em sentença judicial.

Irretocável aqui, malgrado anterior à nova lei, o texto de Célio Borja (**O Juízo Arbitral** - Rev. Inf. Legislativa, 97/102), invocado no parecer da Procuradoria Geral:

"A homologação da decisão dos árbitros teria justificação na dupla necessidade de assegurar, não só o monopólio da função jurisdicional do Estado, como o direito de toda pessoa de 'submeter ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito' (art. 5º, XXXV, Constituição Federal).

Começo pela última e reporto-me ao que disse, antes, acerca da natureza estritamente voluntária e

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

negocial do recurso à arbitragem que resulta do exercício do direito civilmente assegurado a todos que são capazes de transigir e de pôr fim ao litígio com a anuência da outra parte. Trata-se, na verdade, de uma forma consensual de dispor sobre a interpretação e execução dos contratos.

Nessa hipótese, só haveria que falar em lesão se o direito transacionado fosse indisponível. E se houver causa de nulidade, o recurso ao Judiciário permanece válido e possível."

É verdade que, no Ag 58.181, a tese da inconstitucionalidade, sustentada pela União, teve o respaldo do parecer de Machado Guimarães, anteriormente referido: mas o jurista notável não fundou a arguição da ilegitimidade do preceito do decreto-lei no princípio da ubiqüidade da jurisdição do Poder Judiciário, mas sim em que, inserindo-se na disciplina do juízo arbitral instituído para a decisão de um caso específico, a dispensa da homologação e a impossibilidade do recurso - então, exigida aquela e admitido este na legislação comum da arbitragem - implicariam instituir um juízo de exceção.

Malgrado refutada com motivação ponderável pelo Tribunal, particularmente no voto-vista do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin (RTJ 68/394), a objeção é séria; mas de todo intransponível para a L. 9.307/96, ora analisada, na qual nenhum dos pontos é versado em norma excepcional, mas são ambos parte da nova ordenação geral do instituto de arbitragem.

V

Resolvido o incidente de inconstitucionalidade da L. 9.307, cumpre voltar ao caso concreto.

AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à sentença judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem.

Mas a Lei da Arbitragem, coerente, o deixou expresso, ao prescrever, no art. 35, que

"Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal."

E sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, **a fortiori**, nada impede a outorga da qualificação de sentença ao laudo arbitral estrangeiro igualmente não sujeita na origem à chancela judicial, de modo a admitir a sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal, a fim de que, no foro, ganhe a eficácia própria das decisões judiciais.

Estou em que também não há óbices constitucionais a que o fizesse a nova lei.

Já Amílcar de Castro, em passagem que também recordei no precedente (Direito Internacional Privado, 1956, II/276) depois de notar, na linha da jurisprudência, que, *"no silêncio da lei, tem-se entendido que o laudo arbitral, não judicialmente homologado, não deve ser equiparado às sentenças, mas aos contratos"*, observa que isso *"não que dizer que expressamente não possa a lex fori estabelecer essa equiparação"*.



AGRSE 5.206-7/REINO DA ESPANHA *Supremo Tribunal Federal*

É o que acaba de fazer a L. 9.307/96, tanto em relação às sentenças arbitrais proferidas no País, quanto às provindas do estrangeiro.

Dispõe a Lei da Arbitragem:

"Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I- as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada;



*Supremo Tribunal Federal*AGRSE 5.206-6/REINO DA ESPANHA

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

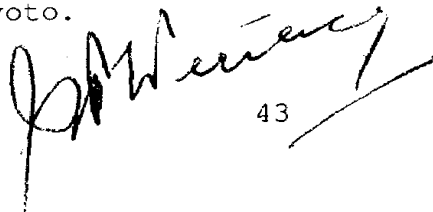
Nenhum desses óbices se apresenta no caso à homologação.

O laudo arbitral estrangeiro decidiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis: a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior.

A requerida firmou o compromisso e, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação.

Desse modo, - não obstante a declaração incidente da inconstitucionalidade dos dispositivos da L. 9.307/96 antes enumerados - dou provimento ao agravo - que trouxe ao Plenário à vista da novidade da questão - e homologo o laudo arbitral, para que valha, no Brasil, como título executivo judicial.

É o meu voto.



08/05/1997

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHA

À revisão de apartes dos Srs Ministros M.Alves e S.Pertence

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REGIMENTAL EM SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206

VISTA

O SR MINISTRO NELSON JOBIM -Sr. Presidente, inicialmente gostaria de elogiar o voto de V. Exª pela extraordinária pesquisa em relação ao tema e pela análise percuciente sobre a questão.

Creio que estamos tratando de medidas de eficácia do sistema legal. Podemos entender o sistema legal, na perspectiva da sua eficácia, quer pelo procedimento pela justiça formal, quer pelos sistemas extrajudiciais de composição de conflitos.

Tivemos na tradição brasileira, até o advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 - um projeto de lei do então

SE 5.206-Agr / **

Senador Marco Maciel, no qual tive grande participação na Câmara dos Deputados e, depois, como Ministro da Justiça -, a tentativa de começar a valorizar eficazmente os sistemas extralegais de composição de conflitos para dar maior eficácia ao próprio sistema legal, já que não podemos entendê-lo, no que diz respeito às suas medidas de eficácia, restrito exclusivamente à justiça formal, que era a nossa tradição.

Na verdade, Sr. Presidente, o que se percebia nas reações que tínhamos na doutrina, inclusive nos juízos políticos sobre a validade de medidas extrajudiciais de composição de conflitos, era exatamente a concepção de um Estado intervencionista sem a possibilidade do respeito à liberdade individual no que diz respeito à própria sociedade compor os seus conflitos fora do Estado. Havia - e normalmente há sempre - a tentativa no sentido de fazer com que aquele que compunha o conflito pudesse repetir o direito produzido pelo Estado, para assegurar nas relações intersociais a vigência do modelo de programação social futura, que consiste no Direito Positivo.

Há, na história brasileira, no que diz respeito às próprias instituições, momentos de tensão em relação à possibilidade de a sociedade ter mecanismos extrajudiciais de composição de conflitos. Veja, por exemplo, a solução brasileira na questão do Direito Penal quanto à instituição do júri. Se examinarmos o

SE 5.206-AgR / **

problema da instituição do júri - os Senhores sabem muito mais do que eu a respeito desse tema -, vamos perceber que temos duas grandes correntes: aqueles que são contra a instituição do júri e aqueles que são a favor da instituição do júri. Aqueles que são contra sustentam sempre que não se deveria deixar a sentença penal nos crimes dolosos contra vida entregue a pessoas que não fossem técnicos do Direito, mas fossem extraídos do próprio corpo social. Essas personagens querem que a sentença seja uma reprodução do Direito Penal, produzido pelo Estado, através das suas várias tipologias e várias técnicas de exclusão de criminalidade etc. De outro lado, aqueles que sustentam a validade do júri querem exatamente reservar espaços à sociedade para compor os seus próprios conflitos.

A solução do júri brasileiro foi a mais inteligente possível, no que diz respeito à velha tradição política brasileira da composição de conflitos, pois o fez de duas formas: para aqueles que viam a necessidade de encontrar no júri um veículo para produção da justiça, através da participação da sociedade, entregaram o corpo de jurados - o corpo de jurados satisfaz exatamente as correntes não intervencionistas, aquelas que queriam que a sociedade participasse da decisão -, mas àqueles que eram contra a instituição do júri, portanto, queriam a reprodução na sentença do direito do Estado, entregou-se os quesitos e a teoria da nulidade do júri, para que,

SE 5.206-AgrR / **

através da formulação dos quesitos, a eventual intuição da sociedade, produzida no corpo de jurados, fosse permeada pelo mecanismo dos quesitos permitidos pelo sistema do Direito Penal vigente. Com isso tivemos, então, a quase judicialização de um mecanismo extrajudicial de compor conflitos na área do Direito Penal, através exatamente da técnica dos quesitos e da teoria da nulidade do júri pela formulação de quesitos. V.Exa., Sr. Presidente, extraordinário experiente em Direito Penal, lembra-se das velhas discussões que vinham da tese da coação moral irresistível, que substitui a velha solução da perturbação dos sentidos da inteligência e que depois, por último, deu na chamada inelegibilidade de outra conduta. As discussões eram se esse quesito era formulável ou não etc., porque não permitido pelo sistema.

Então, tenho, na verdade, grandes preocupações no sentido de verificar a possibilidade de se expandir medidas extrajudiciais de eficácia no sistema legal brasileiro. Daí por que, quando examinei, discutindo no foro do Congresso Nacional, o Projeto da Lei de Arbitragem, tinha exatamente essa preocupação.

Gostaria, portanto, anunciando o meu compromisso no sentido da expansão dos sistemas extrajudiciais de composição de conflitos, de examinar o tema a partir dessa perspectiva.

Veja V. Exa., em primeiro, a referência constitucional. Diz o texto da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do

SE 5.206-AgR / **

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo, e verificando o caráter desse dispositivo, vemos, desde logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça a direito; em segundo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o sistema legal, ou seja, é proibido ao sistema legal criar mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Leio: "A lei não excluirá à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." Portanto, se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade do cidadão de compor os seus conflitos pela via judicial. Abre-se ao cidadão, portanto, o respeito à sua liberdade; a liberdade de tentar compor os seus conflitos fora da área do Poder Judiciário. Vetou-se ao legislador que impedisse o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário. Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade. É permitido recorrer ao Poder Judiciário, como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. O que é proibido é impedir essa faculdade. É por isso que foi assegurado o direito de opção ao cidadão através da possibilidade de optar pelo Poder Judiciário ou não. Como se assegurou essa faculdade, esse direito do cidadão?

SE 5.206-Agr / **

Assegurou-se essa faculdade proibindo constitucionalmente a lei que vede o exercício da alternativa.

A partir desse raciocínio, dessa leitura, através da verificação do núcleo normativo da norma, eu aqui estaria usando, com a permissão dos Senhores, a técnica de Von Liszt, no que diz respeito aos mecanismos de lógica de ôntica e dos âmbitos de validade ou aquilo que se chamaria o conteúdo normativo. O caráter da norma é proibitivo, vedatório. No que diz respeito ao seu conteúdo, ao problema da composição de conflitos e a não exclusão do Poder Judiciário desse universo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o próprio Poder Legislativo, o próprio sistema legal para evitar essa exclusão.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - V. Exa. não acha que a norma visa ao cidadão? Por isso, trata-se de uma garantia individual.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - O que se garante é o direito de opção.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Toda liberdade negativa implica a proibição ao Estado de intervir na área de autonomia por ela coberta.

SE 5.206-AgR / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Em última instância é claro, mas, imediatamente, a norma tem como destinatário quem? O Poder Legislativo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Como técnica de proteger a liberdade da sociedade civil.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, nessa hipótese, o destinatário da proibição é o legislador e não o cidadão. Por que, através da proibição, o que se assegura? Assegura-se um outro modalizador, que é o facultativo, ou seja, é facultado ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário, porque é proibido ao legislador proibir que assim o faça. Não podemos tirar da proibição ao legislador a obrigação do recurso ao Poder Judiciário, que era exatamente a tradição anterior, quando se vedava qualquer tipo de soluções alternativas ao sistema legal, ao sistema da justiça formal. Então não se vedava, abria-se.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Se as partes concordassem, chegariam à solução. O que não se podia era impedir que a que discordasse da outra fosse ao Poder Judiciário.

SE 5.206-Agr / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Veja bem, onde estamos examinando a questão levantada pelo eminente Ministro-Relator, no que diz respeito à cláusula compromissória? Nenhum reparo à análise de V. Exa. em relação ao compromisso arbitral, nada disso. A questão é a cláusula compromissória. Na medida em que a cláusula compromissória é uma cláusula do contrato, podemos estabelecer - posso dizer isso com alguma experiência profissional, porque o fiz várias vezes como Advogado, embora no velho interior do Rio Grande do Sul - no contrato, uma cláusula compromissória aberta - é o que está previsto neste dispositivo; e uma cláusula compromissória fechada, no sentido de explicitação absoluta dos mecanismos pelos quais, surgida a divergência, pudéssemos compor através do mecanismo arbitral, ou seja, poderíamos incluir como cláusula arbitral o próprio compromisso arbitral, definindo inclusive eventuais aspectos da lide futura decorrente do próprio contrato. Dou um exemplo: Lembra-se V. Exa. que, quando entrou em vigor a Lei de Condomínio e Incorporações, surgiram aqueles problemas de construção de prédios através dos contratos pela administração a preço de custo. Quando o processo inflacionário avançou brutalmente inviabilizou-se o mecanismo da chamada construção por administração a preço de custo da velha Lei de Incorporação de 1964. A seguir, tendo sido introduzido o Sistema Nacional da Habitação - BNH - apareceram mecanismos de construção através do pagamento do preço do terreno

SE 5.206-Agr / **

pela promessa de dação de coisa futura, ou seja, o cidadão vendia o terreno ao incorporador e recebia como pagamento do preço a promessa de dação de coisa futura, que consistiria exatamente em área existente do imóvel que seria construído sobre o prédio. Estabelecia-se naqueles contratos a sua execução compulsória, na hipótese de seu descumprimento, através da entrega da coisa, ou seja, a execução específica da obrigação de fazer, já que na promessa de dação de coisa futura estava pactuado um pré-contrato, que tinha uma condição suspensiva, que era a edificação da obra, já que o imóvel futuro era eventual.

Para garantia do resultado desse imóvel eventual, o que se fazia na época? Contratava-se uma hipoteca para garantir o cumprimento da obrigação futura eventual. Na medida em que estabelecemos uma cláusula compromissória num contrato de qualquer natureza, um contrato de compra e venda, um contrato de qualquer fim, e se estabelece que os litígios daí decorrentes possam ser resolvidos através de atos arbitrais, estaríamos pactuando um modelo de composição de conflitos pela vontade das partes. Na medida em que não admitirmos a execução específica dessa cláusula compromissória no sentido de evitarmos a possibilidade de compelir uma das partes, estaríamos introduzindo o direito de arrependimento, com base no direito privado.

SE 5.206-AgR / **

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Não estamos, porque são duas coisas diferentes: uma é a cláusula compromissória; a outra, o compromisso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Em um negócio jurídico de qualquer natureza obrigacional que tenha a possibilidade de produzir conflitos, já que não é um negócio que se exaure na assinatura do contrato, na medida em que se estabelece uma cláusula de execução do contrato - essa é uma cláusula compromissória, para composição das lides decorrentes estritamente da relação jurídica nascida do contrato -, o que se assume é a obrigação de que todas as lides decorrentes da iníqua execução do contrato ou da sua má execução poderiam caminhar pela cláusula compromissória. Agora, surge o problema suscitado por V. Ex^a: essa cláusula compromissória pode ser explícita; as lides podem estar elencadas, como o não-pagamento do preço etc., ou todas as lides, genericamente, virtualmente decorrentes daquela relação jurídica específica, podendo, nessa cláusula compromissória, já estar fixado tudo aquilo que se encontra estabelecido no item relativo ao compromisso arbitral, que foi reconhecido por V.Exa. - e está no art. 10: pode-se estabelecer o nome dos árbitros e, genericamente, quais são os conflitos. Na hipótese em que tivéssemos uma cláusula compromissória, com a diferença fundamental de que o compromisso arbitral é pós conflito existe a lide e esta é submetida por contrato ao compromisso

SE 5.206-Agr / **

arbitral; a cláusula compromissória: ventila-se a virtualidade da lide - não todas as lides eventuais que possam surgir entre pessoas, mas, sim, lides decorrentes de um contrato específico - e, no próprio contrato específico, submete-se obrigatoriamente, a um compromisso arbitral futuro - o que falta em relação aos arts. 6º e 5º da Lei? A Lei usa uma expressão de difícil compreensão, muito embora possamos intuí-la desde logo, que se chama "a instituição do compromisso arbitral", e, nessa instituição do compromisso arbitral, o que está pressuposto? Que a cláusula compromissória não contenha todos os elementos necessários para a produção do juízo arbitral, qual seja, aquilo que está no art. 10 e que define o que deve conter no compromisso arbitral: nome, profissão, estado civil, domicílio dos árbitros - ou seja, a identificação dos árbitros, o que na cláusula compromissória não tem -, a matéria que seja objeto de arbitragem, o lugar que seja proferida a sentença arbitral.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - O contrato preliminar tem que conter todos os elementos do contrato definitivo, ao passa que o mesmo não ocorre com a cláusula compromissória em face do compromisso.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas a cláusula compromissória também se situa no campo do direito privado.

SE 5.206-Agr / **

O Sr. MINISTRO NELSON JOBIM - Por que não podemos alterar essa regra para vigi-la no sistema que viabilize o sistema extrajudicial de composição de conflitos? Concordo com V.Exa. quando a cláusula compromissória for em aberto. É impossível se atribuir ao juiz um processo judicial intercorrente, que seria um procedimento judicial intercorrente, quiçá de natureza não jurisdicional, talvez de natureza administrativa - se nós nos filiarmos a uma posição que aprendi junto com o professor José Néri da Silveira, na Faculdade de Direito de Porto Alegre, e com o professor Galeno Lacerda, de que o conceito de jurisdição passa necessariamente pela ação sobre a lide material - se esse procedimento intercorrente é inviável, porque estaríamos submetendo ao cidadão a necessidade de o juiz lhe indicar um árbitro que ele não queira.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - V. Exa. alude a cláusula compromissória aberta e cláusula compromissória fechada. Na realidade, não me parece que haja uma aberta e uma fechada, porque uma cláusula é ilimitada e a outra é limitada às questões do contrato, de modo que a que V. Exa. denomina cláusula fechada jamais pode encerrar todos os elementos necessários para o compromisso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Creio que não. Vamos entender o dispositivo. O art. 4º, quando define a cláusula

SE 5.206-Agr / **

compromissória, estabelece a convenção, através das quais as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir relativamente a tal contrato. Temos, então, a possibilidade de uma cláusula completamente abstrata, ou seja, uma cláusula final do contrato estabelecendo que as partes se obrigam a submeter ao árbitro os litígios daqui decorrentes. Isso é uma cláusula que chamo de aberta, abstrata ou vazia, se V. Exa. assim o preferir. Pergunto - lembrando que a cláusula compromissória, pelo menos estou usando a tipologia que vem da lei, é antes da existência do conflito e o compromisso arbitral é pós conflito - se no contrato, como cláusula compromissória, posto que assim definido aquela que seja anterior ao conflito, se estabelece todos os requisitos possíveis e necessários para o compromisso arbitral de forma tal a dispensar a intervenção.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - No caso não se trata de cláusula compromissória, mas, sim, como quê um pré-contrato de concordância. Será possível um contrato preliminar de compromisso? Tenho sérias dúvidas a respeito.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - O que quero sustentar é exatamente a viabilidade desse tipo de contrato.

SE 5.206-Agr / **

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Haverá sempre uma hipótese de lide. Se já houver uma lide, ainda que ocorra no curso do processo, por exemplo, pode até se chamar de cláusula compromissória, mas não o será: será um compromisso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A inconstitucionalidade que V.Exa. identificou é a necessidade do procedimento intercorrente, ou seja, cláusula compromissória, procedimento intercorrente, depois do início das funções arbitrais. Isso é inconstitucionalidade por quê?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - A manifestação da vontade só pode constituir na renúncia ao exercício do direito de ação com relação a uma lide concreta; antes da lide manifestada, não é possível.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, por que não é possível essa renúncia se o direito é disponível, se os interesses são disponíveis?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Confesso que acompanharia o voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, exceto numa parte que considero dispensável: o problema processual levantado foi, a meu ver, colocado nesse voto apenas para afastar o argumento de que, antes de haver judicialmente a possibilidade de se dar execução específica às obrigações de fazer, se dizia por que

SE 5.206-AgR / **

não era possível. Mas isso é problema puramente de legislação ordinária, pois, em verdade, o que se está equiparando é que, assim como a cláusula compromissória não pode ser obrigatoriamente imposta por lei - e o mesmo ocorre com o compromisso evidentemente -, também não é possível que o compromisso seja imposto pelo juiz contra a vontade de uma das partes. É da essência do compromisso que haja um litígio a que ele deve atender.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Concordo com V. Ex^a. Vamos ler o preceito para verificar o que se busca com os dispositivos que o eminente Ministro Sepúlveda Pertence reconhece inconstitucionais:

"Reportando-se às partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada - já existem alguns, as associações comerciais etc., a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras."

Ou seja, o sujeito se reporta, numa cláusula compromissória com litígio virtual, pelo art. 5º - cuja inconstitucionalidade não é declarada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence -, a um órgão, um organismo, as chamadas câmaras de arbitragem que estão sendo instituídas pelas associações comerciais do País, associações industriais etc; diz o dispositivo que será instituída e processada a arbitragem de acordo com tais regras, podendo igualmente as partes estabelecer, na própria

SE 5.206-AgR / **

cláusula ou em outro documento, a fórmula convencionada para a instituição da arbitragem. Uma coisa é escolher a arbitragem de forma vazia, que é comprometer-se em ter uma arbitragem; outra coisa é reportar-se a órgão arbitral institucional ou entidade especializada - submete-se a todas as regras, não há necessidade do processo intercorrente, porque ele vai direto àquela instituição.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas isso não é cláusula compromissória, mas, sim, compromisso, e vai contra a natureza deste.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Estou me referindo, usando a expressão cláusula compromissória, àquelas decisões anteriores ao conflito; o compromisso arbitral se dá depois do conflito. O problema é saber o conteúdo da cláusula compromissória.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Será possível um compromisso antes de surgir o litígio?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A lei diz que é possível, no caso. Gostaria de deixar claro que, quando o Ministro Sepúlveda Pertence declara inconstitucional o dispositivo de cláusula compromissória, só o faz quando ela for vazia, porque se ela for cheia, no sentido de definir a opção por um processamento de acordo

SE 5.206-AgR / **

com regras estabelecidas por órgão arbitral institucional, ela não é inconstitucional. Quando é inconstitucional, portanto, na visão do voto do eminente Relator? É inconstitucional quando estivermos perante a chamada cláusula compromissória vazia. O eminente Ministro não declara inconstitucional o **caput** do art. 6º, na vazia, ou seja, aquela que não está prevista no art. 5º, porque aí há duas opções, volto a repetir, órgão arbitral institucional, antes da última adjuntiva encontrada no final do art. 5º, ou em outro documento à forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Leio o art. 6º da lei:

"Art. 6º - Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte a sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por meio de qualquer comunicação, mediante comprovação de recebimento de etc, etc."

O que significa isso? Usando uma linguagem do Direito Privado, seria a constituição **in mora**, para efeito de dar seguimento à cláusula compromissória.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Isso não é mora, mas notificação para firmar o compromisso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Agradeço a correção de V. Exa. É exatamente o que eu queria dizer. Não comparecendo a

SE 5.206-Agr / **

parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda.

Para que essa demanda? A demanda é para instituir a arbitragem que não havia sido instituída numa cláusula compromissória aberta. Veja bem, cláusula compromissória na qual conste o recurso a órgão arbitral institucional ou entidade especializada, vale; cláusula em que tenha forma convencionada para a instituição de arbitragem, também vale.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Então V. Exa. acha que, segundo o art. 5º, o órgão arbitral institucional poderá instituir um juízo arbitral, independentemente do consentimento das duas partes?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não é isso. No contrato, na cláusula compromissória, se diz que os conflitos decorrentes dessa relação jurídica serão compostos pelas regras e pelas formas estabelecidas pelo órgão de arbitragem "x", indica um órgão de arbitragem que está institucionalizado. Pois bem, lá tem todo o mecanismo, ou seja, há uma adesão no contrato aos mecanismos de instituição de arbitragem - inclusive lamentavelmente quero informar a V. Exa. que tive oportunidade de participar da instalação de um órgão dessa natureza e registro, com certo pesar, que aquele órgão havia sido invadido por processualistas. Tínhamos lá, então, duzentos e trinta artigos do estatuto desse órgão, tinha embargos

SE 5.206-AgR / **

declaratório, agravo no auto do processo, tinha coisa à vontade para processualista se divertir.

Então, acompanho V. Exa. no que diz respeito à declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º, mas - e aí inteiro perfeitamente, porque essa distinção não havia sido feita - deixando clara a manutenção dos mecanismos de cláusula compromissória do art. 4º como sendo constitucionais, desde que haja opção do art. 5º, ou seja, havendo a definição do órgão pelo qual, ou havendo em documento apartado mecanismos de fixação da forma pré à existência da lide concreta, se em cima da lide virtual. Aí teríamos resolvido o problema. O voto de V. Exa., meramente declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º, resolve o problema nessa linha.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Até porque interpreto o art. 5º como também reclamando um compromisso, ainda que as regras e o árbitro estejam escolhidos de antemão.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, peço vista.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AGRAVO REG. EM SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5206-7****PROCED.** : REINO DA ESPANHA**RELATOR** : **MINISTRO PRESIDENTE****AGTE.** : M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISMENT**ADV.** : EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS**AGDO.** : RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA**ADV.** : FERNANDA HESKETH E OUTROS

Decisão : Após o voto do Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que dava provimento ao agravo regimental e homologava o laudo arbitral, converteu-se o julgamento em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e seus reflexos quanto à homologabilidade do laudo no caso concreto. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 10.10.96.

Decisão : Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, após o voto do Relator (Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, mas dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 08.05.97.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


LUIZ TOMIMATSU
Secretário

22/11/2000

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHA

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM:

No presente agravo, suscitou-se incidente de inconstitucionalidade de dispositivos da L. 9.307, de 23.09.1996 (RISTF, arts. 176 e 177).

Trata-se da nova disciplina da arbitragem.

O Relator - PERTENCE - concluiu pela inconstitucionalidade do

".....
... parágrafo único do art. 6º ..., do art. 7º ...,
art. 41 e o art. 42, ...
....." (1).

1. O SISTEMA DA L. 9.307/96.

Examino o sistema instituído pela lei.

Dispôs que

¹ Voto de PERTENCE (p. 23):

"... parágrafo único do art. 6º e do art. 7º ... e ..., dos outros dispositivos que delas derivam, isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts. 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem - a força impeditiva da constituição ou da continuação do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral), o art. 42, que acrescenta um novo inciso, n. VI, ao art. 520 C. Pr. Civil para incluir no rol dos casos de apelação com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença 'que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem'" (fls. 25 do voto).

SE 5.206-AgR / **

"as partes capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º).

1.1. A convenção.

A "**convenção de arbitragem**" é o instrumento pelo qual

"as partes ... podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral ..." (art. 3º).

1.2. A instituição da arbitragem.

O ato subsequente à convenção constitui-se na "**instituição da arbitragem**".

A lei considera "... instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários" (art. 19).

1.3. O procedimento.

O procedimento da arbitragem obedecerá as regras fixadas pelas partes na convenção.

A convenção pode "... reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento" (art. 21, caput).

"Não havendo nenhuma estipulação acerca do procedimento, ..." a lei atribui "... ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo" (art. 21, §1º).

SE 5.206-AgR / **

No procedimento arbitral serão "... respeitados ... os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento" (art. 21, §2º).

É prevista a postulação "... por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral" (art. 21, §2º).

1.4. A sentença.

O procedimento arbitral termina com o que a lei denomina de "sentença arbitral" (arts. 23 e 29).

A lei atribui à sentença arbitral "... os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo" (art. 31).

É prevista a ação de nulidade da sentença arbitral, obedecido o procedimento comum do CPC (art. 33).

1.5. Tipos de convenção.

Analiso os tipos de convenção de arbitragem.

A lei estipula duas formas pelas quais se consubstancia a convenção de arbitragem:

- (a) o compromisso arbitral; e
- (b) a cláusula compromissória.

SE 5.206-AgR / **

1.5.1. O Compromisso arbitral.

A lei define o compromisso arbitral como "... a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem ..." (art. 9º, caput).

O compromisso é definido por seu objeto: a solução de litígio atual.

Visa à solução de conflito de interesses existente ao tempo de sua lavratura.

A lei fixa dois elementos constitutivos necessários do instrumento do compromisso.

O **subjetivo**, que consiste na qualificação das partes e na identificação do(s) árbitro(s) ou da "... entidade à qual as partes delegarem a indicação de árbitros" (art. 10, I e II).

E o elemento **objetivo**, que se constitui na explicitação da "... matéria que será objeto da arbitragem" (art. 10, III).

1.5.2. A Cláusula Compromissória.

A segunda forma que pode tomar a convenção de arbitragem é a cláusula compromissória.

Essa cláusula é, nos termos da lei, a "... convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato" (art. 4º, caput).

SE 5.206-AgR / **

Diz a lei que a cláusula deverá "... ser estipulada por escrito ...", tanto "... no próprio contrato ou em documento apartado ..." (art. 4º, §1º).

A lei estabelece, tão somente, o objeto da cláusula:

"... os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato" (art. 4º, caput).

1.5.2.1. Classificação da Cláusula compromissória.

Com dados extraídos da lei, vou procurar esboçar uma classificação da cláusula compromissória.

(A) Quanto ao objeto.

Tomo como base, em primeiro lugar o objeto da cláusula compromissória.

Ela pode ser classificada em três tipos:

(a) a primeira, que chamo de "**universal**", dá-se quando o pacto submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos que, no futuro, decorram da relação jurídica nascida do contrato;

(b) a segunda, que denomino de "**parcial**", dá-se quando o pacto submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros que decorram de uma ou de alguma das cláusulas do contrato; e

(c) a terceira, que denomino de "**singular**", dá-se quando o pacto define e descreve, especificamente, um, ou mais de um, dos conflitos que possam decorrer da relação contratual (p. ex., a fixação dos danos decorrentes do inadimplemento da obrigação principal ou de alguma das obrigações acessórias).

Serão os pactos, em concreto, que fixarão a extensão objetiva da cláusula compromissória.

SE 5.206-AgR / **

Poderão ocorrer, em concreto, combinações entre esses tipos puros.

A definição, pelas partes, da extensão objetiva da cláusula - "universal", "parcial" ou "singular" -, como eventuais combinações, dependerá de duas condições concorrentes:

(a) da maior ou menor complexidade das relações contratuais; e

(b) do maior ou menor índice de risco da operação.

Tal risco pode decorrer tanto (b') do segmento de mercado em que a operação se insere - mercado de títulos, mercado de fornecimento de bens de capital, mercado de exportações de commodities, etc. - como, também, (b'') da tradição e respeitabilidade das partes, nesse mercado.

Há, ainda, dois outros elementos que influenciarão não só na definição da extensão objetiva da cláusula, como na utilização da própria arbitragem.

Refiro-me, em primeiro lugar, ao tratamento uniforme, ou não, que o Poder Judiciário esteja dando a certa matéria, ou seja, a disparidade, ou não, de tratamento e entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Essa variável judicial diz com o grau de previsibilidade de uma decisão judicial.

A controvérsia jurisprudencial sobre o tema específico, ajustado no contrato, induz os contratantes a definirem condições e formas de produção de decisões previsíveis.

SE 5.206-AgR / **

Quanto menor o coeficiente de previsibilidade, maior será a utilização de mecanismos que minimizem os efeitos dessa imprevisibilidade ou compensem os seus riscos (indenizações, multas, etc.).

Lembro, inclusive, que a maior, ou menor, previsibilidade da decisão judicial, é elemento para a fixação da taxa de juros da negociação.

Maior a imprevisibilidade do marco legal da operação, maior a taxa adicional de risco - "*spread*".

O tamanho, maior ou menor, da "*taxa adicional de risco cobrada no mercado ...*" decorre do maior, ou menor, grau de insegurança jurídica.

O outro dado importante diz com o tempo médio da demanda judicial.

Quanto maior for o tempo necessário para a produção de uma solução definitiva - seja quanto ao direito aplicável, seja quanto à sua realização em concreto (execução) -, tanto maior será a taxa de risco.

O mesmo se passa com o recurso às formas alternativas de solução de controvérsias.

Essas variáveis objetivas ou, mesmo, a sua mera percepção, induzem, ou não, conforme o caso, à utilização de cláusula compromissória.

SE 5.206-AgR / **

(B) Quanto às regras de instituição.

Dito isto, volto à tipologia da cláusula compromissória.

Examinei a classificação tendo em vista o seu objeto.

Examino, agora, a classificação tendo como critério as regras de instituição da arbitragem.

Nesse caso, teremos três tipos de cláusula compromissória.

(a) Cláusula com remissão às regras de órgão ou entidade.

A primeira, quando a cláusula se reportar "... às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada ..." (art. 5º, primeira parte²);

Para esse tipo, a lei é expressa:

"... a arbitragem será instituída ... de acordo com tais regras ..." (art. 5º, primeira parte).

Nessa hipótese, a instituição da arbitragem, ou seja, o compromisso do árbitro (art. 19³), obedecerá às regras praticadas pelo órgão ou entidade especializada.

² L. 9.307/96:

Art. 5º. Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

³ L. 9.307/96:

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

SE 5.206-AgR / **

O próprio processo de escolha dos árbitros obedecerá às regras referidas, se as partes as tiverem adotado. (art. 13, §3º⁴).

(b) Cláusula com pacto sobre a instituição.

O segundo tipo é aquele em que a própria cláusula, ou outro documento, estabelecer "... a forma ... para a instituição da arbitragem" (art. 5º, última parte).

A lei não dá tratamento específico, por desnecessário.

É evidente, que, nessa hipótese, obedecer-se-á o que na própria cláusula ou no documento autônomo se contiver (art. 5º, segunda parte), inclusive quanto ao processo de escolha dos árbitros (art. 13, §3º, primeira parte).

(c) Cláusula compromissória "em branco".

O terceiro tipo é aquele em que a cláusula não contenha "... acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem ..." (art. 6º, primeira parte).

Nesse caso, a cláusula não se reporta nem às regras de órgão ou entidade especializada, nem mesmo possui qualquer disciplina quanto à questão.

⁴ L. 9.307/96:

Art. 13.
.....

§3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

SE 5.206-AgR / **

Cláusula desta natureza chamo de "cláusula compromissória em branco", tudo porque não tem disposição alguma quanto à instituição da arbitragem.

O que ela contém é tão somente o pacto de submeter à arbitragem os conflitos que decorrerem da relação contratual, seja ela, quanto ao objeto, uma cláusula "universal", "parcial" ou "singular".

Para esse tipo "em branco", a lei tem norma específica.

Leio:

Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Está prevista uma notificação para se "dar início à arbitragem", ou seja, para instituir-se a arbitragem com a assinatura do compromisso arbitral.

Observo que tal manifestação dar-se-á após a ocorrência, em concreto, do conflito.

Não antes.

A lei vai mais longe.

Ela disciplina a hipótese de não comparecimento da parte convocada ou de sua negativa expressa.

Leio:

SE 5.206-AgR / **

".....

Art. 6º.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

....."

A lei criou uma ação judicial com procedimento especial.

Está no art. 7º⁽⁵⁾.

São condições específicas dessa ação:

(a) a existência de cláusula compromissória "em branco" (art. 7º, caput, combinado com o art. 6º); e

(b) a "... resistência quanto à instituição da arbitragem ..." (art. 7, caput).

⁵ L. 9.307/96:

Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§1º. O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§2º. Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§3º. Não concordando as partes sobre termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições de cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§4º. Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§5º. A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§6º. Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§7º. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

SE 5.206-AgR / **

A inicial deverá indicar "... o objeto da arbitragem ...", ou seja, o conflito sobre o qual recairá o juízo arbitral (art. 7º, §1º).

No início do processo realiza-se uma audiência especial, "... a fim de lavrar-se o compromisso" (art. 7º, caput).

Nessa audiência há um momento preliminar.

O juiz tentará conciliar as partes acerca do litígio definido na inicial.

".....
... não obtendo sucesso, ... tentará ... conduzir as partes à celebração, ..., do compromisso arbitral" (art. 7º, §2º).
....."

Não havendo concordância "... sobre os termos do compromisso ...", o juiz, após ouvido o réu, "... decidirá, ..., sobre seu conteúdo, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10⁽⁶⁾ e 21, §2º⁽⁷⁾ ..." (art. 7º, §3º).

⁶ L. 9.307/96:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

⁷ L. 9.307/96:

Art. 21.

§2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

SE 5.206-AgR / **

O objeto dessa ação é a obtenção, por sentença, da instituição da arbitragem, com a fixação dos seus termos.

Leio:

".....
Art. 7º.
....."

§7º. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

....."

A ação visa assegurar a execução específica da obrigação de instituir a arbitragem, com a produção, na sentença, do compromisso arbitral.

É uma sentença constitutiva positiva.

Ela tem como efeito a instituição da arbitragem, circunscrita ao litígio definido na ação.

É a ação o veículo para dar execução à convenção de arbitragem, ajustada pela forma de "cláusula compromissória em branco".

A ação do art. 7º nada tem com as demais cláusulas compromissórias, ou seja, aquelas que se remetem às regras de órgão ou entidade ou aquelas que possuem pacto sobre a instituição da arbitragem.

Estes tipos de cláusulas compromissórias dispensam a lavratura de um novo pacto, tudo porque já existe "acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem", como diz a lei (art. 6º).

SE 5.206-AgR / **

Os dados relativos à instituição da arbitragem, nas demais cláusulas, estão - todos - definidos ou definíveis por normas prévias:

- (a) as regras do órgão; ou
- (b) da entidade especializada; ou
- (c) aquelas fixadas pelo árbitro; ou
- (d) as regras ajustadas na própria cláusula.

Na verdade, nestes casos, a superveniência do litígio opera com condição para a eficácia dos dispositivos relativos à instituição da arbitragem.

O litígio é uma condição suspensiva.

Exatamente por isso que a ação do art. 7º é exclusiva da "cláusula compromissória em branco".

É esta a única que requer uma decisão sobre a instituição da arbitragem, tudo porque não há "acordo prévio sobre a forma de ..." instituí-la (art. 6º).

Nas demais, de uma forma ou de outra, há previsão e normas prévias para a instituição da arbitragem.

Há, no entanto, uma única hipótese em que a lei exige, em qualquer caso, a manifestação expressa sobre a instituição da arbitragem.

É o caso dos contratos de adesão.

SE 5.206-AgR / **

A cláusula compromissória, seja de que tipo for, "... só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição ...".

É o §2º do art. 4º⁸.

A exceção é relevante.

Evita-se a imposição unilateral da arbitragem em contratos em que, sabidamente, não há opção efetiva do aderente.

A lei é sábia.

Preserva a parte, neste tipo de contrato.

As cláusulas compromissórias em contrato de adesão não têm a mesma força que as demais.

(C) Processamento.

Duas palavras sobre o processamento da arbitragem.

Na hipótese da cláusula reportar-se às regras de órgão ou entidade, "... a arbitragem será ... processada de acordo com tais regras ..." (art. 5º, primeira parte⁹).

⁸ L. 9.307/96:

Art. 4º.

§2º. 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.

⁹ L. 9.307/96:

Art. 5º. Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes

SE 5.206-AgR / **

Por outro lado, o art. 21 faculta às partes a delegação "... ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento"¹⁰).

Se não houver delegação e a cláusula não contiver "... estipulação acerca do **procedimento** ...", a lei atribui ao próprio "... árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo" (art. 21, §1º).

Ou seja, não há lacuna quanto à disciplina do procedimento:

- será o estipulado pela cláusula, se esta o regradar;
ou
- será o do órgão ou entidade, se a cláusula a eles se reportar; ou
- será o fixado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, se houver delegação ou se a cláusula não contiver estipulação.

2. O VOTO DE PERTENCE.

Postas essas premissas, sintetizo o voto de PERTENCE.

estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

¹⁰ L. 9.307/96:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes **delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.**

§ 1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, **caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.**

§ 2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º. Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 desta Lei.

SE 5.206-AgR / **

PERTENCE demonstra que

".....
...a questão da constitucionalidade do juízo arbitral
é aventada sobretudo a partir de 1946, quando a Constituição
... erigiu em garantia constitucional expressa que nenhuma
lesão de direito pode ser subtraída pela lei à apreciação do
Poder Judiciário. (voto, p. 07).
....."

Relembra PERTENCE que o fundamento do juízo arbitral se
radica na

".....
... disponibilidade da pretensão, objeto da lide
(voto, p. 09).
....."

E diz, PERTENCE,

".....
... se a pretensão material mesma é disponível,
igualmente disponível se há de reputar a ação voltada⁽¹¹⁾ à sua
afirmação jurisdicional ... (fls. 12, do voto).
....."

O que, para PERTENCE, corretamente, na linha dos
princípios,

".....
... afrontaria a garantia da ubiqüidade da jurisdição
[seria] a revivescência da arbitragem compulsória ... [pois]
'repugna à própria natureza do instituto, lastreado
fundamentalmente na vontade das partes' (José Carlos Magalhães,
p. 13 do voto).
....."

A seguir, PERTENCE faz alusão a juízo, "quase unânime",
produzido no direito anterior, sobre a "... inadmissibilidade da

SE 5.206-AgR / **

chamada execução específica da cláusula compromissória" (voto, p. 17).

Nesse momento, PERTENCE reproduz os arts. 6º e 7º, que disciplina, pela tipologia que expus, a modalidade "em branco" de cláusula compromissória.

E afirma que,

".....
..., nesse tópico, a lei foi efetivamente além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito de validade da disciplina legal da arbitragem. (voto, p. 18/19).
....."

Identifico os passos do argumento de PERTENCE:

Leio a sua **primeira premissa**:

".....
A constitucionalidade do juízo arbitral ... deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação ... relativamente a uma pretensão material disponível. (voto, p. 19).
....."

Leio a sua **segunda premissa**:

".....
... a renunciabilidade da ação - porque de direito instrumental - não existe in abstracto: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade ... das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral (voto, p. 19).
....."

Com essas premissas, formula PERTENCE duas conclusões.

¹¹ No texto a expressão está lançada como "voltada", creio que por erro gráfico.

SE 5.206-AgR / **

Leio a **primeira conclusão**:

".....
Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral - onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação - não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. ... (voto, p. 19).
....."

Após, PERTENCE enuncia a **segunda conclusão**:

".....
A esse pressuposto de constitucionalidade ..., atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral ... (voto, p. 19).
....."

Cita LUIZ OLAVO BAPTISTA onde este afirma que a cláusula compromissória

".....
... 'é genérica, objetivando resolver número não definitivo ou não definido de controvérsias' ... (voto, p. 19).
....."

3. ANÁLISE DO VOTO DE PERTENCE.

Analiso o voto.

3.1. Primeira objeção.

Observo, desde logo, que o texto de LUIZ OLAVO BATISTA, base de PERTENCE, não atenta à circunstância de ser aplicável, unicamente, aos dois tipos de cláusulas que denominei de "universal" e "parcial".

SE 5.206-AgR / **

A afirmação de OLAVO BATISTA não é precisa ao pretender, ao que parece, ver nessas, as únicas hipóteses de cláusula.

Como demonstrei, nem sempre uma cláusula compromissória "é genérica, objetivando resolver número não definitivo ou não definido de controvérsias", como quer LUIZ OLAVO BATISTA.

Para o tipo "singular", onde a lide futura é definida na cláusula, não é consistente a afirmação.

Por outro lado, somente o exame, em concreto, de uma cláusula compromissória específica, é que poderá levar a um ou outro dos tipos.

O juízo será, sempre, a posteriori.

3.2. Segunda objeção. A estipulação de cláusula compromissória e a instituição da arbitragem.

Faço uma segunda objeção.

Relembro que PERTENCE faz duas afirmações iniciais:

(a) a renúncia à ação judicial pressupõe a disponibilidade da pretensão; e

(b) a disponibilidade da pretensão somente pode ser aferida em concreto, caso a caso, quando, diz ele, "se substantiva a lide", pela emergência "das pretensões materiais contrapostas";

E, daí, conclui:

(c) "...a instituição do juízo arbitral ... não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia ..." (voto, p. 19)

SE 5.206-AgR / **

Nada a opor quanto às premissas.

Efetivamente, a disponibilidade dos interesses é condição necessária para a adoção da arbitragem.

É, também, verdadeiro que o juízo sobre a disponibilidade dos interesses somente pode ser emitido diante da lide concreta.

Mas, daí não se segue a segunda conclusão de PERTENCE:

".....
A esse pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral ...
....."

A minha divergência está, no modelo da lei, a "instituição da arbitragem" só se dará após a ocorrência do conflito e, nunca, antes, como pressupõe PERTENCE .

No modelo da lei, há dois momentos distintos.

3.2.1. Estipulação da cláusula.

O primeiro, consiste na estipulação da cláusula compromissória (L. 9.307/96, art. 4º, §1º).

É contemporânea ao contrato e precedente ao conflito.

Nela se obrigam as partes a "...submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente ..." ao contrato (L. 9.307/96, art. 4º).

A consensualidade necessária se efetiva nesse momento.

SE 5.206-AgR / **

É na estipulação da cláusula que as partes decidem, de comum acordo, sobre a submissão dos conflitos decorrentes do pacto ao sistema de arbitragem.

As partes poderão estipular a cláusula dentre os nove tipos puros de combinações possíveis.

Poderão combinar os tipos puros da forma como bem entenderem, tendo em conta o objeto da cláusula e as regras de instituição da arbitragem¹²).

Serão as cláusulas, em concreto, que fixarão os seus contornos.

Tudo adequado ao negócio jurídico específico.

3.2.2. Instituição da arbitragem.

O segundo momento consiste na "instituição da arbitragem".

Diz a lei que se considera "instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro ..." (L. 9.307/96, art. 19).

¹² Combinações possíveis, tendo em vista o objeto da cláusula e as regras de instituição da arbitragem:

- 1) Universal, com remissão às regras de órgão ou entidade;
Universal, com pacto sobre a instituição da arbitragem;
Universal em branco.
- 2) Parcial, com remissão às regras de órgão ou entidade;
Parcial, com pacto sobre a instituição da arbitragem;
Parcial em branco.
- 3) Singular, com remissão às regras de órgão ou entidade;
Singular, com pacto sobre a instituição da arbitragem;
Singular em branco.

SE 5.206-AgR / **

A instituição da arbitragem é posterior ao conflito.

Ela sucede ao conflito em concreto.

É nesse momento que se verificará se o conflito é de natureza dispositiva.

Se o for, institui-se a arbitragem.

Observar-se-á, então, quanto às regras, os termos da cláusula compromissória.

A instituição da arbitragem obedecerá as regras do "órgão arbitral institucional ou entidade especializada" a que se reportar os termos da cláusula ou as regras estabelecidas na própria cláusula (L. 9.307/96, art. 6º).

Somente quando se tratar de "cláusula compromissória em branco"¹³, a lei abre o caminho da notificação do art. 6º e da ação do art. 7º.

Fica claro que uma coisa é o pacto relativo à cláusula compromissória.

Outra, é a instituição da arbitragem.

Estipula-se a cláusula antes do conflito.

Institui-se a arbitragem após o conflito e tão somente quando este ocorrer.

¹³ L. 9.307/96:

Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem ...

SE 5.206-AgR / **

Figuremos um exemplo.

As partes firmam contrato, de natureza civil ou comercial.

Pactum, p. ex., a compra e venda de bens ou serviços.

Tudo de direito privado.

O contrato atende os pressupostos de validade do ato jurídico (CC, art. 82).

As partes são capazes.

O objeto é lícito.

A forma é a prescrita em lei.

Em princípio, os conflitos que decorrerem dessa relação jurídica também serão disponíveis, tudo porque o objeto do contrato é disponível.

No entanto, podem ocorrer situações futuras que inviabilizem a arbitragem.

Lembro, por exemplo, a incapacidade superveniente de uma das partes - por doença - ou, mesmo, o seu falecimento tendo deixado herdeiros incapazes.

Nessa situação, fato posterior é causa de ineficácia da cláusula compromissória.

SE 5.206-AgR / **

Tenho como certo que a capacidade da parte, exigida pelo art. 1º, tem que ser contemporânea não só à estipulação da cláusula como à instituição da arbitragem.

É o que dispunha o CPC, no seu art. 1.077, IV⁽¹⁴⁾.

Imaginemos que no contrato uma das partes assuma, por um período de tempo, a obrigação de fornecer, mensalmente, quantidade específica de insumos para a produção de máquinas pela outra parte.

Este último, em ato próprio e paralelo, assume a obrigação de entregar uma quantidade de máquinas a um terceiro.

No contrato de fornecimento de insumos, as partes ajustam, expressamente, que o fornecedor responderá por todos os resultados decorrentes da mora no atendimento do cronograma de fornecimento dos insumos.

Ajustam, ainda, que, ocorrida essa específica hipótese, o litígio será objeto de arbitragem, que obedecerá as regras do Tribunal X.

Esta é uma hipótese de cláusula compromissória que denominei de "parcial", com remissão à regra de entidade especializada.

A cláusula submete à arbitragem o conflito que decorrer da inexecução de uma cláusula específica do contrato.

¹⁴ CPC:

Art. 1.077. Extingue-se o compromisso:

.....

IV - falecendo alguma das partes e deixando herdeiro incapaz.

SE 5.206-AgR / **

A cláusula, além do mais, se reporta às normas de um Tribunal de Arbitragem específico (Tipo 1).

Nesta hipótese, a disponibilidade dos interesses é aferível desde logo, sem a necessidade da ocorrência, em concreto, do litígio.

O mesmo se passa quando a cláusula for do tipo "*singular*".

Já a situação não seria a mesma se as partes tivessem ajustado cláusula do tipo "*universal*", em que submeteriam à arbitragem todos os conflitos que decorressem da relação jurídica nascida do contrato.

Aqui, sim, poderá, eventualmente, embora seja raro, ocorrer um litígio relacionado ao contrato que possa não ser de "*direito patrimonial disponível*".

Se tal ocorrer, faltarão uma das condições para a execução da cláusula compromissória.

Tão somente isto.

A cláusula compromissória só pode ter por objeto "*os litígios que possam vir a surgir, relativamente*" à relação jurídica instituída pelo contrato.

Não é o que se passa com o compromisso arbitral, cujo objeto pode ser litígio decorrente de qualquer fato jurídico, inclusive não contratual (a avulsão, CC, art. 541).

Na cláusula compromissória, o seu objeto será, sempre, um litígio decorrente de relação contratual específica.

SE 5.206-AgR / **

Ora, se o objeto do contrato se insere no campo das obrigações, os litígios serão, em princípio, regidos pelo princípio da disponibilidade.

Para as situações em que, embora o contrato trate de interesses disponíveis, o litígio dele decorrente seja indisponível, o que se terá é a ineficácia da cláusula compromissória quanto a esse litígio indisponível.

Aliás, a própria lei determina a suspensão do procedimento arbitral, na hipótese de superveniência de controvérsia acerca de direitos indisponíveis (art. 25¹⁵).

Esse dispositivo reproduziu o art. 1.094 do CPC¹⁶ de 1973.

A disponibilidade dos interesses, objeto do contrato, é condição de validade do contrato, como um todo, inclusive da cláusula compromissória.

A disponibilidade dos interesses litigiosos ou "*das pretensões materiais contrapostas*", para usar a expressão de PERTENCE, é condição de eficácia da cláusula compromissória.

¹⁵ L. 9.307/96:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que da sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

¹⁶ CPC de 1973:

Art. 1.094. Surgindo controvérsia acerca de direitos sobre os quais a lei não permite transação e verificando-se que da sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o juízo suspenderá o procedimento arbitral, remetendo as partes à autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. O prazo para proferir o laudo arbitral recomeça a correr, depois de juntada aos autos a sentença, passada em julgado, que resolveu a questão prejudicial. (artigo revogado pela L. 9.307/96, art. 44).

SE 5.206-AgR / **

Válido o contrato, válida a cláusula compromissória.

Ocorrido conflito com pretensões materiais indisponíveis, ineficaz, para essa lide específica, a cláusula compromissória.

Não poderá ser instituída a arbitragem.

É o que se passa, também, na hipótese de falecimento da parte deixando herdeiros incapazes - inviabiliza a solução do litígio pela arbitragem.

As condições para execução da cláusula compromissória são aferíveis no momento da instituição da arbitragem, que é posterior ao litígio.

A Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros.

Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem.

Não há renúncia abstrata à jurisdição.

Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis.

SE 5.206-AgR / **

Há renúncia relativa à jurisdição.

Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico.

Lá não se encontra essa proibição.

Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão.

É o reconhecimento da liberdade individual.

É esse o âmbito de validade da L. 9.307/96.

Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrentes de relação contratual específica.

Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta.

A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometam a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura.

A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial.

SE 5.206-AgR / **

É necessário o contrato e a relação jurídica dele decorrente.

PONTES DE MIRANDA já isso afirmava na vigência do CPC de 1939:

".....
O compromisso tem de referir-se à arbitragem sobre determinado litígio já pendente, ou a determinada controvérsia que surgiu, ou pode surgir de negócio jurídico. São essas as chamadas controvérsias compromissíveis. Se o conteúdo é indeterminado, como se os contraentes submetem todas as controvérsias que surjam entre eles, não vale o compromisso, porque falta a determinação, ou, pelo menos, a determinabilidade do objeto do litígio (CC. Art. 1.039: ...) (¹⁷)

....."

O conflito é que é futuro e deverá circunscrever-se ao âmbito do contrato.

A cláusula pressupõe a relação jurídica nascida do contrato e os litígios futuros decorrentes desse contrato.

Afasto, por essa forma, a primeira afirmação de inconstitucionalidade de PERTENCE, relativa a instituição da arbitragem.

A instituição da arbitragem, nos termos da lei, consiste na execução do pactuado na cláusula compromissória.

Terá, sempre, como objeto, controvérsia atual.

A cláusula compromissória é que é anterior ao conflito.

¹⁷ In Cmts. Ao CPC, tomo, XV, p. 162, n.º 23, Forense, 2º Ed, 1962.

SE 5.206-AgR / **

A instituição da arbitragem se viabilizará se, e somente se, a controvérsia disser com interesses disponíveis.

Não há, no sistema da lei, renúncia, in abstrato, da jurisdição estatal.

Essa renúncia, como demonstrei, não é autorizada.

Imaginemos que, no fluir de um relação contratual, em cujo instrumento estipulou-se cláusula compromissória, advém uma controvérsia relativa a interesses indisponíveis.

Imaginemos que, mesmo assim, seja instituída a arbitragem ajustada no contrato.

Nessa hipótese, a sentença arbitral será viciada, pois a arbitragem instituída conflitou com a lei autorizadora (L. 9.307/96, art. 1º).

Neste caso, a parte prejudicada poderá:

(a) ajuizar ação de anulação da sentença arbitral (L. 9.307/96, art. 33 combinado com o art. 1º); ou,

(b) suscitar a questão em Embargos à Execução, se a sentença arbitral for condenatória (L. 9.307/96, art. 32, §3º¹⁸; ou,

(c) suscitar a questão em qualquer processo onde se busque a produção de efeitos dessa sentença arbitral; ou, ainda,

¹⁸ L. 9.307/96:

Art. 31.

§3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo civil, se houver execução judicial.

SE 5.206-AgR / **

(d) deduzir a questão quando do procedimento homologatório perante o STF, na hipótese de sentença estrangeira (L. 9.307/99, art. 39, I¹⁹).

Enfim, há diversos meios e caminhos pelos quais a parte poderá se opor à sentença arbitral ilegalmente proferida.

Está tudo preservado.

3.3. Terceira objeção. A execução compulsória.

Examino, agora, a questão da ação do art. 7º da lei.

A questão é a da execução específica da cláusula compromissória "em branco", ou seja, aquela em que não há "... acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem" (L. 9.307/96, art. 6º).

PERTENCE discute o tema sob a vigência do CPC de 1939 (art. 1.006, §2º) e chega à atual disciplina.

Refere-se ao CPC de 1974:

".....
Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato firmado.
....."

E afirma PERTENCE que,

¹⁹ L. 9.307/96:

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

.....

SE 5.206-AgR / **

".....
... no ordenamento brasileiro, há obstáculo constitucional intransponível, no ponto à aplicação da nova lei nova. (voto, p. 23).
....."

Refere-se à

".....
... impossibilidade ... de o juiz substituir pela própria a vontade da parte recalcitrante, 'regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar' - qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem. (voto, p. 23).
....."

E afirma que

".....
... essa impossibilidade não a pode suprir a lei ordinária, sem ferir a garantia constitucional de que a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV) (voto, p. 23).
....."

Tudo isso, porque a cláusula compromissória⁽²⁰⁾, continua PERTENCE,

".....
... consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso a jurisdição, cuja validade os princípios repele. (voto, p. 24).
....."

E, aí conclui, que

".....
....."

²⁰ Restritas, digo eu, às modalidades "universal" e "particular".

SE 5.206-AgR / **

... permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes ... (voto, p. 24).
....."

Digo eu.

Não é o caso.

A ação do art. 7º tem por objeto a instituição da arbitragem em relação a litígio conhecido, decorrente de relação contratual.

Na inicial da ação, a lei determina que autor indique ", com precisão, o objeto da arbitragem ..." (art. 7º, §1º).

O Juiz nada cria quanto a conflito.

Está definido na inicial.

O juiz verificará se o conflito está, ou não, dentro do âmbito do contrato e da cláusula compromissória.

Verificará, também, se os interesses são disponíveis.

Há que se ter presente, como entendo ter demonstrado, a distinção entre cláusula compromissória e instituição da arbitragem.

A cláusula é anterior ao conflito concreto.

A instituição é posterior.



SE 5.206-AgR / **

Esta - a instituição - tem por objeto a lide que se configurou em concreto, para a qual as partes ajustaram, na cláusula, o juízo arbitral.

É sobre isso que a sentença do art. 7º disporá.

Faço minhas as observações de MAURÍCIO CORRÊA na SEC 5.847-1: .

".....
... a noção genérica de litígio, objeto da renúncia, contém tão-só as espécies decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações contratuais. Ocorre que o juiz estatal, quando acionado para compelir a parte recalcitrante ... não decidirá sem antes verificar se a demanda que se concretizou estava, ou não, abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória. Se concluir que a espécie de conflito que se concretizou se incluía no objeto da renúncia, deferirá o pedido. ...
....." (voto na SEC 5.847-1, p. 07).

Incorporo, ainda, MAURÍCIO quanto às suas considerações sobre a viabilidade da execução específica da cláusula compromissória.

É evidente que o juiz, em cada caso, verificará se a cláusula, tal como pactuada, preenche os requisitos para execução específica.

Mas, isso é tema para o juiz das ações específicas, caso a caso.

De resto, observo que a ação do art. 7º destina-se às cláusulas compromissórias "em branco", ou seja, aquelas em que não houve acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem" (L. 9.307/96, art. 6º).

SE 5.206-AgR / **

Nos demais tipos de cláusulas, ocorrido conflito decorrente do contrato e abrangido pela cláusula, passa-se à instituição da arbitragem nos termos das regras da instituição ou órgão a que as partes se reportaram ou nos termos do fixado na própria cláusula (L. 9.307/96, art. 5º).

Entender de forma diversa, é relegar, no Brasil, à inutilidade o sistema de arbitragem.

Divirjo de PERTENCE.

Entendo constitucional o parágrafo único do art. 6º e o art. 7º, bem assim os arts. 41 a 44 (L. 9.307/96).

Estes últimos promoveram alterações no CPC, para ajustá-lo ao novo tratamento da arbitragem.

Fico com MAURÍCIO (SEC 5.847-1).

Acompanho PERTENCE, quanto ao provimento ao agravo.

Com PERTENCE, "homologo o laudo arbitral, para que valha, no Brasil, como título executivo judicial" e como tal deverá ser tratado.

22/11/2000

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHA

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Moreira Alves,
Sepúlveda Pertence (Relator), Carlos Velloso (Presidente) e Marco
Aurélio.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros - aqui está o ponto fundamental, onde o voto do Ministro Sepúlveda Pertence está correto, embora não ajustado - só a admite quando decorrente de relação contratual específica. Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma, para a qual o argumento de Sepúlveda se aplica de forma correta. Ou seja, não é possível que alguém venha pactuar em que todos os conflitos que tenham um com o outro sejam submetidos à arbitragem. O que pode haver é um contrato entre as partes e submeter o litígio daquele contrato. Não pode haver uma renúncia absoluta e abstrata em relação ao Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas, aí, haverá renúncia ao direito de ação com relação àquele contrato. Por que não poderia haver renúncia universal aos direitos disponíveis?

SE 5.206-Agr / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A lei não autoriza.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O momento há de ser aquele que tem o objeto à disposição. Posso renunciar a esse litígio, ou objeto desse litígio, logo, com mais razão, renunciar a ação em favor da instituição.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - A ação, a priori, é indisponível.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - V.Exa. está antecedendo o momento de disposição do direito de ação para o da celebração da cláusula compromissória.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A lei estabelece a cláusula compromissória em que submeto a instituição de arbitragem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O direito pode ser, em tese, disponível, mas é preciso que já exista o litígio concreto para que o sujeito ativo disponha da ação a ele relativa.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Ministro, aqui se põe um problema semelhante ao do dolo, em que por um pacto de dolo **non prestando**, este é nulo. No momento em que há uma ação dolosa contra mim, posso renunciar ao direito de impugná-la. Agora, de antemão, eu posso renunciar a um direito fundamental, constitucional?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não estou renunciando de antemão. O que está sendo dito é que isso não pode.

SE 5.206-Agr / **

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Quando a cláusula é celebrada é que se abre mão.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Está-se abrindo mão de quê? De litígio que decorreu daquela relação contratual.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Tanto faz daquela, como de todas.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Cuja extensão, a parte ainda não pode conhecer.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro, não posso renunciar o direito material.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Pode, desde que já ocorrido o fato jurídico que o gera.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Posso mover ação contra atuação dolosa, mas não posso renunciar, de antemão, o atacar o direito de agir contra quem age dolosamente.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Pergunto a V.Exa., fizemos um contrato qualquer, estabelece-se, prevê-se que possamos ter problemas na entrega do cumprimento da obrigação e instituimos que se houver isso será submetido ao processo de arbitragem. A instituição de arbitragem só ocorrerá se ocorrer a hipótese prevista. Não posso estabelecer isso?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - V.Exa. citou três espécies de cláusula compromissória: universal, parcial e

SE 5.206-AgR / **

específica. Esse caso seria válido para a específica. E nas outras em que não há?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não vejo nenhum problema no sentido de que estarei admitindo, por esse contrato, que os litígios decorrentes desse contrato sejam submetidos à arbitragem. Agora, quando ocorrer o litígio, se ocorrer, vai se verificar se é disponível ou não, se for disponível submete-se à arbitragem das regras estabelecidas na própria cláusula. Caso contrário, não.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Só admito a disponibilidade, a renúncia ao direito da ação, quando já existir pretensão.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A renúncia só se dá com a instituição da arbitragem.

Onde está a inconstitucionalidade que a parte possa ter essa vontade? Onde está a indisponibilidade disto?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O direito de ação não pode ser renunciado em abstrato.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não é abstrato. São os litígios que decorreram desse contrato.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - A indisponibilidade é de um direito fundamental, que é o de livre acesso ao Judiciário. A premissa é esta: Posso renunciar de antemão a ação judicial? Ao acesso ao Judiciário?

SE 5.206-Agr / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Se posso abrir mão do direito, posso renunciar ao direito que é contratual.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Renunciar ao direito concreto.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Por quê o Estado é que tem de definir isto? Por que a vontade das partes não pode decidir isso? Eu não quero demandar. Sou obrigado a demandar. Não posso afirmar isso?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O que eu não admito que, por ato do juiz, o Estado se substitua à parte na relação jurídica para renunciar ao direito de ação que só pode existir em face de uma lide já concretizada.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não é nada disso. Está tudo definido.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): V.Exa. pode até achar que não é nada. V.Exa. criou aí até a mistura do art. 6º com o art. 7º. São duas hipóteses inteiramente diferentes.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não são.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - V.Exª parte do princípio de que a ação é direito disponível à semelhança de outros direitos afins.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não, estou dizendo o seguinte, além parte: se o interesse é disponível, eu disponho de

SE 5.206-AgR / **

tudo, inclusive das demandas. Eu não posso, de forma alguma, renunciar em abstrato, porque, senão, seria renúncia absoluta. Agora, se estou no campo contratual e eu estabeleço um pacto com V.Exa., de qualquer tipo, o que posso fazer? Não vejo nenhum problema nos conflitos que daqui decorrerem possam ser resolvidos por arbitragem, se forem eles disponíveis. Ocorrendo litígio, no futuro, verifica-se a ocorrência do litígio, é o litígio de natureza indisponível, o que acontecerá? Institui-se a arbitragem pelo modelo estabelecido e resolve-se o conflito.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - A nossa divergência é justamente esta: acho que não é possível renunciar ao direito de ação quanto a objeto específico antes de ele ocorrer.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Antes de ele ocorrer. Por que isso? Porque não existe. Que lei é essa?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas qual é o fundamento constitucional?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - É justamente o livre acesso ao Poder Judiciário, porque não posso abrir mão antes de avaliar as proporções do litígio.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas não. Na instituição, quando examinei isso, estava dando: contrato - cumpra-se o contrato. Qual é o problema?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Qual seria o problema de eu abrir mão de todas as ações que terei com relação a direitos disponíveis?

SE 5.206-Agr / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Essa é impossível, porque a lei não permite; o sistema não permite.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas se dissesse isso, qual seria a razão para se dizer que não pode? Não é o problema da lei.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Inclua-se no contrato de trabalho.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A diferença fundamental, portanto, é o valor que V.Exa. está atribuindo à manifestação de vontade das partes, ou seja, V.Exa. está entendendo que a Constituição proíbe que as partes, na estrita relação contratual que mantêm, resolvam submeter o seu conflito a uma solução extrajudicial.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não, conflito não. A eventualidade, a expectativa de um conflito, cujo objeto e extensão a parte ainda não pode conhecer.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Claro, mas ele pode definir o conflito.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Só eventualidade de um conflito, delimitado apenas pelo contrato de que possa vir a surgir. Da execução de um só contrato, podem surgir diferentes conflitos, diversas lides.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Conflitos que tenham o âmbito definido.

SE 5.206-Agr / **

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Como eu concebo a instituição do juízo arbitral como renúncia ao direito de ação, e o direito de ação só se concretiza quando nasce o conflito ...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Todo sistema arbitral no mundo é assim.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Data **venia**, eu trouxe opiniões de peso contra a possibilidade dessa execução compulsória da mera promessa de firmar compromisso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas isso é antes do sistema. V.Exa. trouxe matéria anterior quando se via a capacidade da definição do Estado brasileiro absolutamente intervencionista. Ninguém pode decidir se não for o juiz. E a parte diz: não, eu não quero que V.Exa. decida; quero submeter-me a fulano porque é mais rápido e mais eficaz.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Que quiserem em função daquela lide, e não de uma lide que ainda não existe.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - É um direito fundamental que decorre da Constituição do livre acesso ao Judiciário quando houver ameaça ou violação.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - O que a Constituição diz para o legislador não é para a parte. O legislador não pode criar condições. A parte pode. Não está dito aqui? Eles respeitam a individualidade do cidadão. A Constituição respeita.

SE 5.206-Agr / **

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Pelo raciocínio de V.Exa., nós caímos naquele primeiro ponto: de antemão, pode-se renunciar a todas as ações sobre direitos disponíveis.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não é o caso.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Por quê?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Aqui é um caso meramente contratual.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não, é um contrato de trato sucessivo, de dez, de vinte anos.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não tem importância. Trata-se de relação de emprego. Qual é o problema?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): A premissa de V.Exa. é que se possa renunciar ao direito de ação que ainda não existe. O direito da ação só existe quando, havendo resistência a uma pretensão, surge o interesse de agir.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Ele não renuncia a solução do conflito. Ele só estabelece que a solução do conflito será feita pela forma "a", e não pela forma "b". Ele não está renunciando ao conflito; ele está renunciando à possibilidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): - Exato, está renunciando ao direito de ação antes de ele existir.

SE 5.206-Agr / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Lembro-me do seguinte: a lei e o sistema - que a sentença arbitral equivale à sentença judicial. E V.Exa. concordou.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Sim.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - E qual é o problema? O que se está estabelecendo é um outro caminho.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O compromisso nasce de um acordo de vontades, já existente o conflito. Como as partes podem renunciar inclusive ao direito a que a ação está instrumentalmente vinculada, eles podem renunciar a ela e confiar sua pretensão ao árbitro. Agora, não podem é renunciar a uma ação quando ainda não existe, cuja equação jurídica a parte não conhece.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - O quê?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Quando ele assina o contrato que contém a cláusula compromissória...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Com aquilo que V.Exa. se preocupa está resolvido como contrato de adesão. Esse argumento não vale.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - E o contrato de trabalho?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas contrato de trabalho é contrato patrimonial disponível? É direito patrimonial disponível?

SE 5.206-Agr / ****O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES** - Sim.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro, esta Lei não se destina a contrato de trabalho. Ela trata de relações patrimoniais decorrentes de contratos patrimoniais disponíveis: patrimônio, negócio jurídico, patrimônio, e não contrato de trabalho, salvo se V.Exa. achar que o trabalho é um patrimônio. No sentido legal da expressão não é tratado como tal.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - São patrimoniais. E por que não posso estabelecer arbitragem com relação aos direitos patrimoniais?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Vou continuar o meu voto para ver se termino, mas dizer claramente que entendo estarmos diante de uma hipótese absolutamente razoável, necessária e igual em todo o mundo. Não há nenhuma novidade em relação a esta regra. Aliás, há um atraso do Brasil, de muitos anos, de ter instituído um sistema de arbitragem que nunca funcionou aqui.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Em geral, não existe, inclusive como cláusula pétrea, o livre acesso ao Poder Judiciário.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas, aqui, não é cláusula pétrea. Aqui, o que é cláusula pétrea é a proibição do legislador.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Estou dizendo que não é comum se encontrar em Constituição como direito fundamental, o livre acesso ...

SE 5.206-Agr / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas não posso dar uma interpretação à Constituição que seja meramente retrógrada. A interpretação que tem de ser dada é exclusivamente o que foi dito, ou seja, o legislador não pode dar regras que impeçam o acesso ao Judiciário.

Eu posso decidir o que quero fazer se o meu interesse for disponível. Qual é o problema?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - A lei não pode estabelecer que um particular possa fazer isso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - O particular pode. Como não pode? Prossigo, então:

"Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrentes de relação contratual específica."

Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ao qual o argumento de PERTENCE - repito - se aplicaria.

"A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometam a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura.

A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial.

É necessário o contrato e a relação jurídica dele decorrente.

PONTES DE MIRANDA já isso afirmava na vigência do CPC de 1939:

SE 5.206-AgrR / **

"O compromisso tem de referir-se à arbitragem sobre determinado litígio já pendente, ou a determinada controvérsia que surgiu, ou pode surgir de negócio jurídico. São essas as chamadas controvérsias compromissíveis. Se o conteúdo é indeterminado, como se os contraentes submetem todas as controvérsias que surjam entre eles, não vale o compromisso, porque falta a determinação, ou, pelo menos, a determinabilidade do objeto do litígio (CC. Art. 1.039: ...) "⁽¹⁾

O conflito é que é futuro e deverá circunscrever-se ao âmbito do contrato.

A cláusula pressupõe a relação jurídica nascida do contrato e os litígios futuros decorrentes desse contrato.

Afasto, por essa forma, a primeira afirmação de inconstitucionalidade de PERTENCE, relativa a instituição da arbitragem.

A instituição da arbitragem, nos termos da lei, consiste na execução do pactuado na cláusula compromissória.

Terá, sempre, como objeto, controvérsia atual.

.....". (fls. 29 e 30 do voto).

O juiz de direito, quando examinar a ação, estará examinando um pedido para instituição da arbitragem relativa a conflito que já ocorreu, porque só inicia-se a instituição a partir da ocorrência do conflito.

E a pedido da ação inicial, terá, como na petição inicial, a definição do conflito que ocorreu e não o que vai ocorrer. É aquele que ocorreu e só naquele vai recair a arbitragem.

"A instituição da arbitragem se viabilizará ... A instituição da arbitragem se viabilizará se, e somente se, a controvérsia disser com interesses disponíveis.

¹ In Cmts. Ao CPC, tomo, XV, p. 162, n.º 23, Forense, 2ª Ed, 1962.

SE 5.206-AgR / **

Não há, no sistema da lei, renúncia, in abstracto, da jurisdição estatal.

Essa renúncia, como demonstrei, não é autorizada.

Imaginemos que, no fluir de um relação contratual, em cujo instrumento estipulou-se cláusula compromissória, advém uma controvérsia relativa a interesses indisponíveis.

Imaginemos que, mesmo assim, seja instituída a arbitragem ajustada no contrato.

Nessa hipótese, a sentença arbitral será viciada, pois a arbitragem instituída conflitou com a lei autorizadora (L. 9.307/96, art. 1º).

Neste caso, a parte prejudicada poderá:

(a) ajuizar ação de anulação da sentença arbitral (L. 9.307/96, art. 33 combinado com o art. 1º); ou,

(b) suscitar a questão em Embargos à Execução, se a sentença arbitral for condenatória (L. 9.307/96, art. 32, §3º²; ou,

(c) suscitar a questão em qualquer processo onde se busque a produção de efeitos dessa sentença arbitral; ou, ainda,

(d) deduzir a questão quando do procedimento homologatório perante o STF, na hipótese de sentença estrangeira (L. 9.307/99, art. 39, I³). fls. 31 e 32 do voto).

² L. 9.307/96:

Art. 31.

§3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo civil, se houver execução judicial.

³ L. 9.307/96:

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

.....

SE 5.206-AgR / **

Ou seja, estão aqui vinculadas todas as hipóteses em que este assunto se mostre examinado.

"Enfim, há diversos meios e caminhos pelos quais a parte poderá se opor à sentença arbitral ilegalmente proferida".

Seja em embargos, seja em ação própria ou em todo o momento em que se pretender tirar efeitos disso.

"Examino, agora, a questão da ação do art. 7º da lei. A questão é a da execução específica da cláusula compromissória "em branco", ou seja, aquela em que não há "... acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem" (L. 9.307/96, art. 6º). (fls. 33 do voto).

Lembro-me bem que a arbitragem, neste caso, da ação do art. 7º se restringe exclusivamente àquilo que chamei de cláusula compromissória "em branco", que é aquela em que não se prevê nenhuma regra para a instituição da arbitragem (está no art. 6º).

"PERTEENCE discute o tema sob a vigência do CPC de 1939 (art. 1.006, §2º) e chega à atual disciplina.

Refere-se ao CPC de 1974:

".....
Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato firmado.
....."

E afirma PERTENCE que,

".....
... no ordenamento brasileiro, há obstáculo constitucional intransponível, no ponto à aplicação da nova lei nova. (voto, p. 23).

SE 5.206-Agr / **

....."

Refere-se à

".....
... impossibilidade ... de o juiz substituir pela própria a vontade da parte recalcitrante, 'regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar' - qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem. (fls. 34 do voto).
....."

Não é verdadeiro. O argumento, perdoem-me, não está de acordo com a lei, porque esta ação é depois do litígio, e na petição inicial quem menciona a natureza do litígio é o juiz.

Digo eu:

"Tudo isso, porque a cláusula compromissória⁴), continua PERTENCE,

".....
... consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso a jurisdição, cuja validade os princípios repele.
....." (fls. 35 do voto).

E, aí conclui, que

".....
... permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes ...
....." (fls. 35 do voto).

Digo eu.

⁴ Restritas, digo eu, às modalidades "universal" e "particular".

SE 5.206-Agr / **

Não é o caso.

A ação do art. 7º tem por objeto a instituição da arbitragem em relação a litígio conhecido, decorrente de relação contratual.

Na inicial da ação, a lei determina que autor indique ", com precisão, o objeto da arbitragem ..." (art. 7º, § 1º)". (fls. 37 do voto).

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Isso não há dúvida. Não se firma compromisso se não há litígio. Estou de acordo com V. Exª.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - V. Exª que disse isso e não eu:

"... impossibilidade ... de o juiz substituir pela própria a vontade da parte recalcitrante, 'regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar' - qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem.

.....". (fls. 34 do voto).

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Está, Excelência, mas a vontade da parte foi manifestada antes.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas a vontade da parte já foi manifestada previamente, o que (.....) na inicial.

Sustento que:

"O juiz verificará se o conflito está, ou não, dentro do âmbito do contrato e da cláusula compromissória.

SE 5.206-AgR / **

Verificará, também, se os interesses são disponíveis.

Há que se ter presente, como entendo ter demonstrado, a distinção entre cláusula compromissória e instituição da arbitragem.

A cláusula é anterior ao conflito concreto.

A instituição é posterior.

Esta - a instituição - tem por objeto a lide que se configurou em concreto, para a qual as partes ajustaram, na cláusula, o juízo arbitral.

É sobre isso que a sentença do art. 7º disporá.

Faço minhas as observações de MAURÍCIO CORRÊA na SEC 5.847-1: .

".....
... a noção genérica de litígio, objeto da renúncia, contém tão-só as espécies decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações contratuais. Ocorre que o juiz estatal, quando acionado para compelir a parte recalcitrante ... não decidirá sem antes verificar se a demanda que se concretizou estava, ou não, abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória. Se concluir que a espécie de conflito que se concretizou se incluía no objeto da renúncia, deferirá o pedido. ...
....." (voto na SEC 5.847-1, p. 07).

Incorporo, ainda, MAURÍCIO quanto às suas considerações sobre a viabilidade da execução específica da cláusula compromissória.

É evidente que o juiz, em cada caso, verificará se a cláusula, tal como pactuada, preenche os requisitos para execução específica.". (fls. 36 a 37)

Mas isso é tema que o juiz da ação específica vai examinar, ou seja, se há condições de lançar uma sentença, ou não,

SE 5.206-AgR / **

para a execução específica da cláusula, vai depender da natureza e das condições desta cláusula. Como verificará isso? Em contrato específico. De resto, é o acontece com o art. 639 do Código de Processo Civil.

"De resto, observo que a ação do art. 7º destina-se às cláusulas compromissórias "em branco", ou seja, aquelas em que não houve acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem" (L. 9.307/96, art. 6º).

Nos demais tipos de cláusulas, ocorrido conflito decorrente do contrato e abrangido pela cláusula, passa-se à instituição da arbitragem nos termos das regras da instituição ou órgão a que as partes se reportaram ou nos termos do fixado na própria cláusula (L. 9.307/96, art. 5º). De resto, observo que a ação do art. 7º ... (lê fl. 39 do voto) ... nos próprios termos fixados pela própria cláusula (L. 9.307/96, art. 5º)." (fls. 37).

Por isso, divirjo, nessa parte de PERTENCE.

"Entendo constitucional o parágrafo único do art. 6º e o art. 7º, bem assim os arts. 41 a 44 (L. 9.307/96)".

Porque em seu voto, embora tenha restringido a sua manifestação, PERTENCE declara inconstitucional todo o art. 41 e art. 44, o que viabilizou o impedimento, a suspensão ao indeferimento da petição inicial, quando houver a extinção de processo em julgamento de mérito, quando houver contrato de arbitragem.

"Estes últimos promoveram alterações no CPC, para ajustá-lo a novo tratamento da arbitragem.

Fico com MAURÍCIO. (SEC. 5.847-1)".

SE 5.206-AgR / **

No mais, acompanho Pertence. Tenho com ele como constitucional a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária, independentemente de homologação judicial, art. 31, como também a qualificação de sentença ou laudo arbitral estrangeiro, de modo a admitir a sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal Federal.

"Acompanho PERTENCE, quanto ao provimento do agravo".

"Com PERTENCE, "homologo o laudo arbitral, para que valha, no Brasil, como título executivo judicial" e como tal deverá ser tratado."

É como voto.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO (PRESIDENTE) - V.Ex^a entende constitucional os dispositivos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro Nelson Jobim, Vossa Excelência concorda com o Ministro Pertence quanto aos dispositivos da ficção jurídica que equiparam o laudo à sentença judicial, que apontam o laudo como um título executivo judicial?

Talvez isso ocorra pela incompatibilidade de sistema, já que, em se tratando de título extrajudicial, é possível alegar, nos embargos à execução, tudo que se poderia argüir no processo de conhecimento. Quem sabe este aspecto tenha conduzido à ficção jurídica, porque se tem um balizamento quanto à matéria de defesa e que não diz respeito ao processo de conhecimento, inexistente no caso.

SE 5.206-AgR / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Contra esse título ele mantém as ações específicas, as ações anulatórias, que seria o equivalente à ação rescisória, mas a ação anulatória não limitava as condições da rescisória.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A partir do momento em que Vossa Excelência não admite a equiparação do laudo arbitral à sentença, não vê o laudo em uma ficção jurídica, ultrapassados os demais óbices.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Acompanho Pertence nessa parte. A parte final do meu voto é exclusivamente em relação à questão específica da sentença. Concluo pela constitucionalidade da lei, na questão preliminar; na questão de ordem, concluo pela constitucionalidade da lei; e acompanho Pertence na homologação da sentença estrangeira.

É uma sentença estrangeira que não foi homologada, um laudo de sentença arbitral que não foi homologado, e ele conclui que não precisa homologar judicialmente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Se dispensamos a homologação quanto ao laudo celebrado no território brasileiro, por que não o fazer também no tocante ao laudo estrangeiro?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - O que aconteceu não foi propriamente a solução do caso. Levantei a inconstitucionalidade de alguns princípios, porque aqui, quase tudo, é constitucional. O que me parece inconstitucional são justamente esses artigos que permitem que o indivíduo, por um pacto, abra mão do direito de ação abstratamente.

SE 5.206-Agr / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - V.Ex.^a vai mais longe do que o Ministro Pertence, que só declara inconstitucional os artigos 6º e 7º, e V.Ex.^a só declara a inconstitucionalidade de toda e qualquer cláusula compromissória. Mas só a singular, porque a universal e a parcial, sim, porque V.Ex.^a destruirá a estrutura do sistema.

Estou chamando de universal aquela que diz que todos os litígios decorrentes desses contratos serão submetidos à arbitragem.

Acho constitucional porque a Constituição é que proíbe, a construção é o legislador proibir. Ou seja, estaríamos inviabilizando a possibilidade de alguém estabelecer a disciplina de seus próprios interesses, para submetê-los, sempre, a uma ação judicial.

Supremo Tribunal Federal

22/11/2000

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Sr. Presidente, passados três anos e meio do voto, gostaria de reler o ponto nuclear da minha divergência com o Ministro Nelson Jobim. Depois de recordar para estabelecer premissas, há o entendimento - hoje praticamente incontroverso - da constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral.

Leio o voto:

Como visto, vale sintetizar, a sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetê-la à decisão judicial, optam por entregar a um terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação.

A marca da consensualidade da instituição mediante compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição. É o que fica meridianamente claro no parecer do lúcido Castro Nunes, acolhido como razão de decidir no ponto pelo acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que o referido julgado do STF endossou - Ag. 52.181, cit, RTJ 68/382, 392:

"O caráter consensual do compromisso arbitral está mostrando que a ele não diz respeito a garantia do § 4º, que supõe, ao seu natural, o desacordo das partes, assegurando-



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

lhes o acesso aos tribunais. O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às Justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional.

No ponto, entretanto, a nova Lei de Arbitragem introduz alteração radical na legislação anterior, cuja significação no ponto não se pode eludir: a possibilidade de conversão, por sentença judiciária, da cláusula arbitral em compromisso.

A L. 9.307/96 distinguiu com precisão o **compromisso do pactum de compromittendo** ou **cláusula compromissória**, e a ambos tratou como espécies do gênero **convenção arbitral**.

"Art. 3º. As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
(...)

Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial."

 Nada de novo. A distinção segue as linhas da doutrina consolidada sob o regime anterior (e.g., Clóvis,

Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

Código Civil, art. 1.037, 4/134; José Carlos Magalhães, ob. cit., p. 21-25; Luiz Olavo Baptista, **Cláusula Compromissória e Compromisso**, ob. cit., p. 31; J. C. Barbosa Moreira, **Juizo Arbitral: Cláusula Compromissória: Efeitos**, parecer em **Temas de Direito Processual**, 2ª série, Saraiva, 1988, p. 192; na Itália, v.g., Carnelutti, **Sistema del Dir. Proc. Civile**, 1936, I/550; Biamonti, verb. cit., **Encicl. Diritto**, II/904; Sérgio Costa, **Manuale de Dir. Proc. Civile**, 1973, p. 93): "la differenza tra compromesso e clausola compromissoria" - já se lê em Carnelutti - "sta precisamente in ciò che col primo si nomina l'arbitro **post litem** e col secondo **ante litem natam**; la clausola compromissoria non è altro che un compromesso, col quale si deferisce agli arbitri anzichè una lite già sorta, um gruppo di liti, del quale si prevede il sorgere fra le parti ...".

Nessa diferença substancial de objeto, como logo se recordará, é que se assenta, no direito brasileiro anterior, a conclusão quase unânime da inadmissibilidade da chamada execução específica da cláusula compromissória.

E nesse ponto, para os especialistas, situou-se a causa primordial da pouquíssima utilização da arbitragem entre nós (José Carlos Magalhães, ob. cit., p. 8 e 25; Luiz Olavo Baptista, ob. loc. cit.; J. A. Tavares Guerreiro, ob. cit., p. 51).

Donde, a tentativa de lei nova de superar o obstáculo, ao prescrever:

"Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o artigo 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário

Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

Art. 7°. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto a instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1°. O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2°. Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

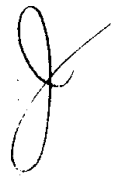
§ 3°. Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2°, desta Lei.

§ 4°. Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5°. A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6°. Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7°. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."

 Cheguei, porém - depois de longa reflexão - à conclusão de que, nesse tópico, a lei foi efetivamente

Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito de validade da disciplina legal da arbitragem.

A constitucionalidade do juízo arbitral - perdoe-se a insistência - deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação - que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental - relativamente a uma pretensão material disponível.

Mas, a renunciabilidade da ação - porque direito de caráter instrumental - não existe **in abstracto**: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral.

Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral - onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação - não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual.

A esse pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral: esta, no texto de Luiz Olavo Baptista (ob. loc. cit., p. 32), "é genérica, objetivando resolver número não definitivo ou não definido de controvérsias", ao passo que, no compromisso, o objeto é "específico, visando solução de controvérsia ou controvérsias já definidas. É o futuro condicional" - conclui - "por oposição ao presente".

Por isso mesmo é que a doutrina firmada antes da Lei de Arbitragem repeliu, quase à unanimidade, a possibilidade da execução judicial específica da cláusula compromissória, como demonstrado, de modo definitivo, por José Carlos Barbosa Moreira (ob. loc. cit.).

Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

Certo, ao seu tempo, para não admiti-la, bastou a Clóvis Bevilacqua ser o objeto da cláusula compromissória uma obrigação de fazer: "como obrigação de fazer" - anotou (Código Civil, art. 1.037, 4/154 - "desde que '**nemo potest precise cogi ad factum**'", não obriga às partes à celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil".

Seguiu-lhe o Tribunal a linha ortodoxa no RE 58.696, 2.6.67, conforme o voto do relator, o saudoso Ministro Luiz Gallotti - RTJ 42/312, 315:

"Trata-se de cláusula compromissória (pactum de compromittendo), que ainda não é o compromisso constitutivo do Juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar, como bem esclarece Clóvis. Trata-se de uma obrigação de fazer que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrerem."

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Eu não estou contra V.Ex^a.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Eu quero participar do debate. Isso eu já sei.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Se for adotada a posição de V.Ex^a, no sentido de que a cláusula compromissória tem que prever todas as hipóteses, vai haver um exercício imenso de imaginação dos contratantes para fixar todas as demandas possíveis.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Eu não aceito isso nunca. Não é imaginação, não. Deve constar: "eu tenho a pretensão de receber "X" de multa pelo atraso da entrega". E o



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

o futuro réu: "eu estou de acordo em submeter à arbitragem essa sua pretensão de me cobrar a multa de até 'X'".

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Para entender o seu pensamento, V.Ex^a admitiria uma cláusula dessa natureza: "se for entregue fora do prazo, esta demanda será decidida pela arbitragem?". V.Ex^a não admitiria nem isto?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Admito como cláusula compromissória, mas não admito a imposição dela pelo juiz.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - V.Ex^a sustenta: arbitragem em hipótese alguma.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Conversão de cláusula compromissória. Vamos discutir mais três anos e meio, porque V.Exa. disse: o litígio existe. Eu concordo. O litígio, necessariamente, já existe, pois institui o juízo arbitral. Agora, V.Ex^a acha que isso basta. Eu não. Penso que, depois do litígio existir, é preciso haver consenso e este não pode ser substituído por sentença.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - V.Exa. não dá à execução compulsória a obrigação de fazer, que é obrigação de destituir a arbitragem; V.Ex^a acha que isto é um valor superior e que as partes não podem denunciar.



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não, Excelência, estou lendo essa hipótese por um dever de fidelidade histórica: li Clóvis Beviláqua e acabei de ler Luiz Gallotti, ao tempo da prevalência absoluta da máxima recordada por Clóvis: **nemo potest precise cogi ad factum**.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Isso é o que está no Código.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Depois vem Luiz Gallotti: "Trata-se de uma obrigação de fazer que se resolve em perdas e danos". Mas vou chegar aonde V.Ex^a quer.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Excelência, hoje, "a execução compulsória" e "as obrigações de fazer", essas frases morreram. Estamos caminhando para a execução compulsória das obrigações de fazer e não a substituição. Isso é o caminho normal em detrimento às suas obrigações. Resolver em perdas e danos todas as obrigações.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Se V.Ex^a me permite, vou ler. Depois de citar Clóvis Beviláqua e Luiz Gallotti, não parei aí.

Digo no meu voto:

"No estágio atual do Direito, sabidamente, as coisas já não são tão simples: a regra é a execução específica das obrigações, incluídas as de fazer, salvo, quanto a estas, as de prestação personalíssima, infungível.

No que diz, em particular, com as obrigações de contratar, a evolução ficou consagrada no art. 1.006, §

Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

2º, do C. pr. Civil de 1.939, a teor do qual, "nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições do definitivo".

Mas essa cláusula final inviabilizou os ensaios da execução específica da cláusula compromissória.

"Podia pôr-se o problema do **pactum de compromittendo** - assimilável, ou pelo menos equiparável, a contrato preliminar - acentua Barbosa Moreira (ob. loc. cit., p. 200) - à luz do § 2º. Mas as "condições de validade" do compromisso, tais como as discriminava, então, o art. 1.039 do Código Civil, normalmente não se achavam satisfeitas na cláusula compromissória: para nos cingirmos a um ponto, nesta seria de todo em todo excepcional que já se designasse "o objeto do litígio", precisamente porque contemporânea a estipulação ao aperfeiçoamento do contrato, e por conseguinte anterior ao nascimento de qualquer desavença na respectiva execução. Em tal perspectiva, escreveu o maior dos comentadores do diploma de 1939:

"Não se pode, para se obter o compromisso, se o pacto **de compromittendo** não precisou cada ponto do compromisso prometido, invocar o art. 1.006 do Código de processo Civil, nem, tampouco, pretender que o juiz nomeie o árbitro" (Pontes de Miranda, ob. e t. cit., p. 399)."

O Código de 1973 - como elucida o jurista insigne - não alterou a equação do problema. Tendo avocado, do Código Civil, "a própria disciplina do compromisso - acrescentado à do juízo arbitral - não cuidou, porém (...), da cláusula compromissória (...) tudo indica que, ciente da tendência dominante, assentou, bem ou mal, ficar à margem dela".

Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

"Há no diploma em vigor, porém" - segue Barbosa Moreira (ob. loc. cit., p. 201) - , "o art. 639, cujo texto é a tradução quase literal do art. 2.932 do Código Civil italiano, antes referido:

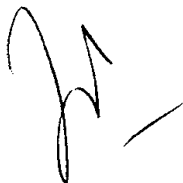
Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Admitida a natureza contratual do compromisso, poderia cogitar-se da aplicação desse dispositivo à hipótese de descumprimento da cláusula compromissória. A objeção que ocorre lança raízes na restrição posta pelas palavras "sendo isso possível": ela excluiria a viabilidade da solução todas as vezes que o pré-contrato deixasse de conter a regulamentação de pontos essenciais do contrato definitivo, pois, se ao juiz é dado suprir com a sentença a manifestação final de vontade da parte recalcitrante, em relação àquilo que já esteja previamente avençado, não lhe é lícito, contudo, substituir a vontade dela pela sua própria, regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar (vide BARBOSA MOREIRA, O novo processo civil brasileiro, v. II, Rio de Janeiro, 1976, p. 44)".

É verdade que, adiante, o autor parece admitir que, a exemplo do que sucedeu na Itália (art. 810 CPC), a lei poderia autorizar a execução **in natura** da cláusula compromissória: então, a lacuna estaria suprida pelos arts. 6º e 7º da nova Lei de Arbitragem.

Penso, entretanto, que, no ordenamento brasileiro, há obstáculo constitucional intransponível, no ponto, à aplicação da lei nova."

Chame-se de retrógrado ou não. A Constituição que temos é aquela em que votaram os eminentes Ministro Nelson Jobim e Maurício



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

Corrêa. Não a que hoje o Ministro Jobim gostaria de escrever diferentemente.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Isso é ser retrógrado?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não com essa interpretação que V.Ex^a está dando, de absoluto desrespeito à vontade das partes.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Isso é ser retrógrado?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não sei. Tudo que é de antes de 1994, para o Ministro Nelson Jobim é retrógrado.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Diz-se que o Código Civil é individualista porque dá grande liberdade à vontade das partes.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Então tira a liberdade das partes.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Ser é dar-se a liberdade até de renunciar de antemão à universalidade da jurisdição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Continuo a ler o voto:

"Viu-se, com efeito, que o empecilho à incidência, na hipótese, da regra geral do art. 639 C. Pr. Civ., é a impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria a vontade da parte recalcitrante, "regulando matéria estranha ao conteúdo do



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

negócio preliminar" - qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem."

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Perdão, V.Ex^a, mas peço um aparte para ler a Lei, em relação à petição inicial (lembro que o litígio já ocorreu).

Diz o § 1º do art. 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996:

"§ 1º. O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória."

Vejam: o que se passa é que o juiz vai verificar se aquele litígio está contido no âmbito do contrato. O juiz não define qual vai ser o objeto da arbitragem. Ministro, V.Ex^a afirmou algo que não está na Lei. O juiz não vai criar uma figura nova; ele vai decidir sobre litígio definido na inicial.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não: ele vai substituir a vontade da parte.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas em que momento se a parte já anuiu em submeter aqueles litígios a essa discussão.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Veja V.Ex^a o pressuposto da incidência do art. 7º "Existindo cláusula compromissória e havendo resistência à instituição". O que é isto? É o art. 639 do C. Pr. Civil, Resistindo uma das partes do



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

compromisso de celebrar o contrato, o juiz poderá, se for possível, emitir sentença que substitua a vontade da parte recalcitrante.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Por que não é possível? Está previsto na Constituição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não é possível porque entendo que a Constituição proíbe e V. Ex^a não.

Continuo, então, a leitura do meu voto:

"Viu-se, com efeito, que o empecilho à incidência, na hipótese, da regra geral do art. 639 C. Pr. Civ., é a impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria a vontade da parte recalcitrante, "regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar" - qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem.

Ora, essa impossibilidade não a pode suprir a lei ordinária, sem ferir a garantia constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CF, art. 5º, XXXV).

Só não a transgride o compromisso porque, por força dele, são os próprios titulares dos interesses objeto de uma lide já concretizada que, podendo submetê-la à jurisdição estatal, consentem em renunciar à via judicial e optar pela alternativa da arbitragem para solucioná-la. E só para isso.

Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso(...)"

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Quando a ação for ajuizada já existe essa possibilidade.



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Mas é claro! O litígio está tão determinado que uma das partes disse: eu não quero, eu não vou para o juízo arbitral. Vá cobrar em juízo.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - O que mostra que é o juiz quem decide é o § 6º do art. 7º:

"§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único".

Quer dizer, no caso de revelia, o juiz fixa o conteúdo do compromisso e nomeia o árbitro.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas isso não se passa na ação judicial comum, na velha tese de Chiovenda de que a sentença substitui a vontade da parte?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Não, na ação judicial comum, com a revelia se tem como verdadeiros apenas os fatos, e não o direito.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Quais são os fatos em que ele reconhece que houve um conflito que está vinculado ao contrato garantido na cláusula compromissória?

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Ele se arrependeu disso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - V.Ex^a está admitindo o direito de arrependimento, isso é outra coisa. A lei não o admite.



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Isso não é direito de arrependimento, pois, se o fosse, ele teria a opção.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Normas de processo não são normas de direito.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não, Excelência, normas sobre direito são constrição.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas V.Ex^a está-se referindo ao art. 639 como fundamento para afastar o art. 7º.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Excelência, eu estou mostrando que o Código de Processo Civil não resolvia. Eu o estou analisando antes da Lei de Arbitragem. Aí eu digo: a Lei de Arbitragem tem ...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - O Código de Processo não avançou na arbitragem, e é o regramento do Código de Processo o sepultamento da arbitragem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): "Na cláusula compromissória," não é no compromisso, "o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Carnelutti (ob. cit., p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir.



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem.

Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente - dada a indeterminação do seu objeto - e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. cit., XV/224) de que fere o princípio constitucional invocado - hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição - atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, "eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem".

Não posso fugir, desse modo, à declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei de Arbitragem e, em consequência, dos outros dispositivos que delas derivam, isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts., 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem - e, pois, à hipótese de simples cláusula compromissória - a força impeditiva da constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral), o art. 42, que acrescenta um novo inciso, n. VI, ao art. 520 C. Pr. Civil para incluir no rol dos casos de apelação

Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença "que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem".

Há apenas um ponto invencível de divergência entre a minha perspectiva e a exposta, com o brilho de sempre, pelo Sr. Ministro Nelson Jobim.

Para mim é indispensável se forme o consenso, em termos da renúncia ao exercício ao direito de ação ou de defesa, quando já **concretizado um litígio** determinado. Aceita S. Ex^a que esse consenso se manifesta no momento do contrato principal, na cláusula compromissória, e que, na recusa de uma das partes, o juiz, como se se tratasse de uma promessa de compra e venda, possa substituir, pela sentença, a vontade da parte que se recusa a manifestá-la. Isso é renúncia antecipada a um direito de ação que ainda não existe, porque ele só surge quando há lide, quando há um conflito já concretizado.

Por isso, data máxima vênia, persisto no meu voto.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Este caso é mais grave do que o relativo à promessa de compra e venda, porque, nesta, o juiz verifica se todos os elementos essenciais existem e apenas se substitui à parte com relação à formalidade final da celebração do contrato definitivo. Aqui não. O juiz substitui a parte até na delimitação dos contornos do litígio, pois, se uma das partes não quiser fazê-lo, o juiz determinará como será feito. Ele fixa o litígio e, conseqüentemente, acaba até com o compromisso.

Supreme Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, pelo voto de V.Exa. é inconstitucional, a seu juízo, não só o art. 6º, mas também o art. 4º. Leia o art. 4º. Ele define cláusula compromissória.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não Excelência, isso é válido desde Clóvis Beviláqua. Então, antes que se admitisse sequer na promessa de compra e venda, ou em qualquer promessa de contratar, a execução específica. É uma obrigação de contratar.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - A ação judicial do art. 7º só cabe quando a cláusula compromissória não definir as regras de instituição de arbitragem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Vejo, neste caso, duas hipóteses: uma no art. 6º e outra no art. 7º. O art. 7º diz que apenas existindo cláusula compromissória, seja ela qual for ...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não há necessidade.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Qualquer uma. Pode ser universal, parcial ou específica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): É qualquer uma. O art. 6º define a cláusula compromissória na



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

classificação da arbitragem. Sobre qualquer outra hipótese, incidirá o art. 7º

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não é esse o problema. O art. 7º só se aplica na hipótese das cláusulas compromissórias em branco, ou seja, aquelas que não definem a instituição da arbitragem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Eu não quis discutir, porque me pareceu irrelevante. Mas V. Exa. ligou os dois artigos como se tivessem um pressuposto único: a da cláusula compromissória que V. Exa. chamou "em branco". Eu entendo que o art. 7º é independente, existindo cláusula compromissória, seja ela qual for...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - De forma nenhuma. O art. 6º se explica pelo art. 7º.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Existindo cláusula compromissória, seja ela qual for, resistindo a parte...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Veja, Sr. Ministro Pertence, como as coisas funcionam. V.Exa. referiu, no início do voto, que retardei esse processo por três anos e pouco.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não é que retardou, porque ninguém é responsável pelo atraso.



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas eu registrei; fiz de propósito, para verificar como isto iria se dar nos três anos de vigência da lei, saber como estava funcionando.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Essa é uma questão complexa.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Passa-se o seguinte: uma cláusula compromissória mesmo universal, digamos, que se remete aos institutos de arbitragem que foram criados no Brasil, inclusive em Curitiba, no Rio de Janeiro, São Paulo etc. Ocorrido o conflito, a parte vai ao tribunal de arbitragem, menciona a existência do conflito, é chamada a outra parte e logo compromissado o árbitro, porque a forma de instituir a arbitragem é meramente a forma pela qual se compromissa o árbitro. O que pode acontecer, numa cláusula compromissória em branco - e aí é que vem o ponto -, é aquele em que não se refere nem como se instituir a arbitragem, nem a um órgão institucional qualquer cujas regras serão adotadas. A cláusula compromissória em branco não menciona a forma pela qual ocorrerá, não indica árbitros. Digamos, é o branco absoluto; vamos chamar "o branco OMO".

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Vamos ao preto absoluto, que V.Exa. disse: remete-se ao tribunal arbitral de Curitiba. E a parte, chamada, disse: eu não me submeto.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Mas ali só se compromete o árbitro, e acabou. O árbitro é comprometido e começa o procedimento. A parte não participa da discussão.



Supremo Tribunal Federal
SE 5.206-AgR / **

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Aí decide o art. 7º, independentemente do art. 6º. Aí incide como resolver, se a parte simplesmente se recusa a estabelecer o compromisso.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - V.Exa. está estabelecendo uma inutilidade à cláusula compromissória.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Aplica-se o art. 7º, independentemente do 6º.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ela não honra o ajuste inicial. Aí passa a arbitragem a ser algo lírico, sem uma eficácia maior.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Acontece que no compromisso arbitral pela sentença do art. 7º, o juiz vai definir a forma do procedimento da arbitragem e o compromisso do árbitro. Quem é o árbitro. É a única coisa a fazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, é o único objeto da sentença.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - É a única coisa a fazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Ministro, a vontade precede.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Mas qual é o conteúdo aludido no § 3º? Diz ele:



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

"Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas (...)"

Então, esse é o conteúdo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas o conteúdo não fixa os parâmetros do conflito. O conflito preexiste.

A lei que está sendo atacada já é consagrada no cenário internacional como decorrente de inspiração no próprio Código Civil. Eu indagaria: o que é mais, Presidente? A transação para - vou utilizar a expressão do Código Civil - prevenir litígio, com força de coisa julgada, ou a arbitragem? Ou a cláusula mediante a qual, diante de um contrato que tem parâmetros, as partes, imagino que estejam cientes desses parâmetros, se comprometem que qualquer conflito será solucionado mediante arbitragem? Está a lei ligada, apenas, aos direitos patrimoniais, direitos disponíveis, tal como a transação do Código Civil. E não vejo como se dizer, em termos de definitividade, que a transação é menos do que a arbitragem porque, pelo menos sob o ângulo da arbitragem, em si, se pode imaginar até uma solução favorável aos respectivos interesses.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - A transação é com relação a direitos concretos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E, na arbitragem, nós temos o contrato com balizas próprias.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Isso é prevenir litígio, é prevenir o processo.



Supremo Tribunal Federal

SE 5.206-AgR / **

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É possível prevenir a arbitragem e também o processo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Data venia, prevenir litígio, ali, é prevenir o processo. Alguém diz: eu vou cobrar mil, você chega a um acordo para pagar oitocentos e prevenimos o que o Código Civil...

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Se acho que pelo Código Civil vou receber de V. Exa. cem, mas V. Exa. acha que tem o dever de me pagar cinquenta, fazemos uma transação pela qual abro mão de vinte e cinco e V. Exa. de vinte e cinco, e só se paga setenta e cinco. Mas isso já existe. aqui, não; logo não há transação.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro Moreira Alves, gostaria de lembrar a V.Exa. que logo após o desaparecimento do Sistema Financeiro de Habitação, ou seja, logo no momento em que a lei de propriedade horizontal, de 1964, sobre condomínios e incorporações, em que o sistema de construção a preço de custo desapareceu - porque não funcionou, a inflação destruiu -, instituiu-se o Sistema Brasileiro de Habitação em que havia, por parte do industrial, do construtor, a compra e venda do terreno, com a promessa do pagamento do preço, em coisa futura e incerta, que era um apartamento no imóvel, e se estabelecia, por força de transação, prevenir os litígios daí decorrentes do próprio contrato. Estabelecia-se, no contrato, que na hipótese de não ocorrer entrega, dever-se-ia converter "da seguinte forma"; e toda esta obrigação era a garantia por hipoteca ou por fiança, ou seja, havia pactos. Eu, inclusive, trabalhei muito nesse tipo de negócio, no sentido de assessorar esse tipo de contratos que era a escritura pública de



Supremo Tribunal Federal
SE 5.206-AgR / **

compra e venda, com o pagamento do preço pela promessa de entrega de coisa futura eventual, com cláusulas estabelecendo, inclusive, transações sobre isso.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - E se ela não quisesse transacionar? Poderia vir ao juiz e dizer: substitua-me na transação?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Não; executava a transação, era o que se fazia, porque o imóvel, a essa altura, já estava hipotecado.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Então, não precisaria haver compromisso; executaria a cláusula compromissória. São institutos distintos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7

PROCED. : REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

AGTE. : M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT

ADV. : EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS

AGDO. : RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

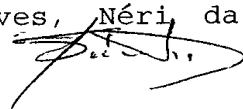
ADV. : FERNANDA HESKETH E OUTROS

Decisão : Após o voto do Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que dava provimento ao agravo regimental e homologava o laudo arbitral, converteu-se o julgamento em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e seus reflexos quanto à homologabilidade do laudo no caso concreto. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 10.10.96.

Decisão : Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, após o voto do Relator (Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, mas dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 08.05.97.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, que declarava a constitucionalidade, na Lei nº 9.307/96: 1) do parágrafo único do artigo 6º; 2) do artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; 4) do artigo 42; e, no mais, concordava com o Senhor Ministro-Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ilmar Galvão. Plenário, 22.11.2000.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri, da



Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

21/03/2001

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

(VISTA)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Trata-se de requerimento de homologação de laudo arbitral, elaborado na Espanha, pelo qual foi dirimido conflito que envolveu a requerente, empresa suíça, e a requerida, empresa brasileira, requerimento esse que, inicialmente, porque desacompanhado da decisão homologatória da referida peça, pela Justiça espanhola, foi indeferido por despacho do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, eminente Ministro Sepúlveda Pertence.

Diante, entretanto, de petição de agravo manifestado sob a alegação da impossibilidade jurídica de obtenção de ato da espécie reclamada, dado já não ser ele previsto na legislação do País de origem, houve por bem o eminente Min. - Sepúlveda Pertence reconsiderar o entendimento anterior, votando pelo deferimento da homologação, em face, principalmente, dos novos rumos que, a seu ver, haveriam de ser tomados pelo direito brasileiro, por decorrência da equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária, determinada pela Lei nº 9.307, de 23.09.96, cuja vigência era iminente.



Por sugestão, no entanto, do em. Ministro Moreira Alves, o julgamento foi suspenso, para colheita de pronunciamento da Procuradoria-Geral da República acerca da questão de saber se a lei em causa contraria, ou não, o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, providência que, não obstante irrelevante para a solução do caso sob exame, foi tomada com apoio em precedente jurisprudencial que amplia, para além do permitido no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, em que o conhecimento é demarcado pelo pedido, a competência do STF para o controle da constitucionalidade das leis, pelo sistema difuso.

Veio para os autos, em resposta, longo e erudito parecer do ilustre titular do Ministério Público Federal, que concluiu pela compatibilidade do novel diploma legal com a Carta da República, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Retomado o julgamento, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, sem alterar as conclusões de seu voto, aditou-o com a declaração de inconstitucionalidade, na referida Lei nº 9.307, de 23.09.96, do parágrafo único do art. 6º e dos artigos 7º, 41 e 42, que, ao possibilitarem a conversão, por sentença judiciária, da cláusula compromissória em compromisso, viabilizam, a seu juízo, a exclusão prévia, da jurisdição estatal, de "lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos", quando muito, "lides



determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir", situação que tem por caracterizadora de "renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem".

Para S.Ex^a, "a renunciabilidade da ação — porque direito de caráter instrumental — não existe **in abstracto**: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral".

Além do mais, tem o eminente Ministro por obstáculo intransponível à execução **in natura** da cláusula compromissória pela aplicação da regra do art. 639 do CPC "a impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria vontade da parte recalcitrante, 'regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar' — qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem", obstáculo que, a seu ver, não pode ser removido pela lei ordinária, sob pena de instituir-se juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, o que redundaria em ofensa à garantia constitucional sob enfoque.

Seguiu-se voto divergente, quanto à declaração, do em. Ministro Nelson Jobim, para quem a Constituição não proíbe que as



partes contratem formas extrajudiciais de solução de conflitos que possam surgir no âmbito de um determinado contrato, não havendo, aí, renúncia abstrata à jurisdição, mas reconhecimento da liberdade individual. A consensualidade necessária à instituição do compromisso se efetiva, aí, no momento da estipulação do pacto compromissório, que, no mínimo, deve coincidir com o da celebração do contrato nele referido, posto que terá por objeto, necessariamente, um litígio surgido no bojo deste.

Aduziu S.Ex^a que, na ação do art. 7º, é o autor, e não o Juiz, quem estabelece os contornos do conflito que será objeto do compromisso. O Juiz limita-se a verificar se se compreende ele nos limites do contrato, inexistindo óbice, portanto, à incidência do art. 639 do Código de Processo Civil.

Para melhor refletir sobre a importante questão objeto do debate, pedi vista dos autos.

Verifico, primeiramente, que não apenas no Brasil, mas em diversos países, o Juízo Arbitral vem passando por sensíveis aperfeiçoamentos técnicos, sem dúvida destinados a prestigiar a instituição, uma das alternativas mais importantes como mecanismo dirigido à composição das lides, a cada dia mais numerosas e, sobretudo, mais complexas, por efeito do desenvolvimento tecnológico sobre os meios de comunicação e de transporte verificado nos últimos anos.



Nestes autos, mesmo, dá-se testemunho desse fato, com a revelação de que recente lei espanhola equiparou o laudo arbitral à sentença judicial, dispensando-lhe a homologação, como acaba de proceder o legislador brasileiro.

Trata-se de instrumento, com efeito, que tem alcançado inegável sucesso nos países desenvolvidos, mercê das inúmeras virtudes que exhibe, como a informalidade, o sigilo, a possibilidade de julgamento por equidade e, sobretudo, a entrega da decisão a técnicos qualificados e especializados e a rapidez no encontro da solução perseguida.

Na verdade, a acolhida não poderia ser diferente, num mundo em que se acentuam, em ritmo vertiginoso, a complexidade e o vulto dos variados aperfeiçoamentos colocados pela técnica a serviço da sociedade, fatores que vêm pondo a desnudo, cada vez mais, a insuficiência das ciências sociais, como o direito, para lidarem com o problema representado pelas controvérsias decorrentes de sua utilização, mas também, principalmente, a impossibilidade de mais tolerância com o crônico arrastar, por anos a fio, e não raro por décadas, dos processos judiciais iniciados com vista à superação de tais dificuldades, com incalculáveis prejuízos decorrentes de retardamentos, não raro intermináveis, na prestação dos serviços visados, suscetíveis de inviabilizar o próprio empreendimento.



A nova Lei nº 9.307/96, sem dúvida, significa uma tentativa de inserir neste contexto o nosso País, até agora arredo ao instituto.

Começou por equiparar, como já observado, o laudo arbitral à sentença judicial, dispensando-o, portanto, da homologação a que o sujeitavam os arts. 1.097 e seguintes do Código de Processo Civil. Ademais, o que é mais importante, deu-lhe caráter de decisão final, ao torná-lo irrecorrível, embora não a cobro de controle judicial, conquanto **a posteriori**. Por isso mesmo, sendo de natureza condenatória, vale, por si só, como título executivo (art. 31).

Foi além, equiparou os efeitos da cláusula compromissória aos do compromisso arbitral, conferindo a ambas as figuras o caráter de convenção de arbitragem e instituindo mecanismos tendentes à efetivação da primeira, ainda que diante de recalcitrância de um dos contratantes (art. 3º).

No art. 4º, definiu a cláusula compromissória como "a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

Nessa cláusula, segundo o art. 5º, "reportando-se as partes... às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de



AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

acordo com tais regras...". Não o fazendo, poderão elas estabelecer "a forma convencionada para a instituição da arbitragem".

Na falta dessa convenção, "a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem..., convocando-a para... firmar o compromisso arbitral" (art. 6º). "Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte..." (art. 6º, parágrafo único) "...requerer — a sua citação — ... para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o Juiz audiência especial para tal fim" (art. 7º). "Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral" (art. 7º, § 2º). "Não concordando as partes... decidirá o juiz, após ouvir o réu..." (art. 7º, § 3º), "...podendo nomear árbitro único para a solução do litígio" (art. 7º, § 4º), valendo a sentença que julgar procedente o pedido como compromisso arbitral (art. 7º, § 7º).

O incidente de inconstitucionalidade tem por objeto as normas, transcritas, do parágrafo único do art. 6º; e do art. 7º e parágrafos, além dos dispositivos delas derivados, a saber, o art. 41, na parte em que deu nova redação ao inc. VII do art. 267 e ao IX do art. 301 do CPC e o art. 42, visto que nenhuma eiva foi apontada ao art. 5º, não obstante também cuide, como acima visto, da cláusula compromissória, no caso, da espécie que a doutrina costuma chamar de



cheia, porque dependente apenas da delimitação da futura lide, para instituição do compromisso.

Para deslinde da controvérsia, duas questões hão de ser aqui examinadas: primeiramente, a de saber se tem aplicação à cláusula compromissória, para fim de efetivação do compromisso, a regra do art. 639 do Código de Processo Civil, segundo a qual, "se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado"; e, ao depois, se a sentença, neste caso, será ofensiva ao princípio da irrecusabilidade da jurisdição.

A resposta à primeira indagação é insuscetível de ser dada sem um exame, em cada caso, do tipo de cláusula que se tem presente, em ordem a saber, mais precisamente, se foi ela omissa acerca de elementos em relação aos quais a vontade das partes se revele impossível de ser substituída pela sentença.

Na verdade, o art. 639 do CPC, diferentemente do que ocorria com o art. 1.003, § 2º, do Estatuto Processual de 1939, não condiciona, para que a sentença produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado, que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo, bastando-se com a possibilidade da substituição, circunstância que permite interpretação mais elástica do dispositivo, mais consentânea com o princípio da efetividade do



processo, prestigiado entre nós pelos mais renomados cultores da moderna processualística, entre outros, Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior e Cândido Dinamarco, cujas lições, reunidas por Celso Barbi Filho, em artigo intitulado "Execução Específica da Cláusula Arbitral", Revista Forense nº 331, fls. 97/104, vale a pena transcrever, pela ordem:

"Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas".

"Se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado".

"A idéia do ordenamento jurídico como um conjunto de normas obrigatórias e indispensáveis à convivência em sociedade, e a dos contratos como a lei das partes, protegida e assegurada pela lei do estado, tudo isto leva à conclusão de que, se o negócio jurídico é válido e eficaz, é a execução específica que oferecerá **la solución más sensata del problema jurídico creado por el incumplimiento**".

Diante desses novos ventos que vieãam arejar o Processo Civil brasileiro nos últimos anos, conquanto insuflados por Chiovenda desde princípios do século passado, parece já não haver espaço para aplicação, ao caso, de aforismas como o de que **nemo potest precise cogi ad factum**, preconizado por Clóvis, que tem influenciado até agora a nossa jurisprudência sobre o Juízo Arbitral.



Posto que houvesse o em. Ministro Sepúlveda Pertence sustentado o contrário, com a devida vênia entendo inexistir dificuldade intransponível à aplicação do art. 639 do CPC à cláusula compromissória, dado não ser fácil apontar elemento cuja falta seja capaz de impossibilitar sua execução específica, sendo certo que não produz tal efeito a ausência de determinação da lide pendente de solução, nem a indicação do árbitro ou dos árbitros.

No primeiro caso, pelo singelo motivo de que não haverá propriamente substituição da vontade das partes pela sentença, porquanto o litígio será determinado pelo Juiz com base na exposição feita pelo autor, depois de confrontada com eventuais alegações do réu, sendo fora de dúvida que o silêncio deste autorizará logicamente a presunção de que concordou com a delimitação feita por aquele, a exemplo do que acontece com a fixação, pelo Juiz, nos processos comuns, dos pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova (art. 451 do CPC).

No que concerne ao árbitro — cuja nomeação, a rigor, só pode verificar-se após a eclosão da controvérsia, momento em que se saberá qual a qualificação técnica exigida, requisito que está obviamente condicionado à natureza da matéria objeto do dissenso —, é de convir que se trata de hipótese que, praticamente, não difere da designação de perito, feita pelo Juiz, sem prejuízo da indicação, pelas partes, dos respectivos assistentes técnicos, nos processos



comuns, não parecendo, por isso, que o fato tenha relevância suficiente para inviabilizar a instituição do compromisso, especialmente diante da notória importância do laudo técnico no deslinde de ações decorrentes dos contratos que o avanço tecnológico torna a cada dia mais complexos.

Por fim, parece óbvio que a lide será julgada no Brasil mediante aplicação do nosso direito positivo, em sendo a cláusula compromissória silente a respeito desses pontos.

De concluir-se, em face do exposto, não haver óbice à execução específica da cláusula compromissória, pelo menos nas hipóteses acima assinaladas.

Veja-se, agora, se iniciativa dessa ordem encontra óbice no princípio da garantia do acesso ao judiciário, assim enunciado no inc. XXXV do art. 5º da Constituição: "*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Registre-se, por primeiro, ser opinião pacífica na doutrina que a norma — surgida, entre nós, na Carta de 1946 (art. 141, § 3º) —, constituiu verdadeiro escudo contra eventual reiteração de práticas do *Governo Vargas*, quando inquéritos policiais e de outra natureza eram instaurados contra pessoas a quem, de ordinário, não se propiciava garantias comezinhas como a do contraditório e a da ampla defesa, pronunciando-se, a final, contra



elas, decisões sumárias, finais e impositivas, insuscetíveis de reexame pelo Judiciário.

A intenção do constituinte de 1946, portanto, teria sido a de proibir que a lei, e não as partes contratantes, pudesse determinar que alguma questão ficasse excluída de apreciação pelo Poder Judiciário.

A norma, assim, não é de ser vista como impositiva do ingresso de pessoas físicas em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados, constituindo antes uma garantia do que uma imposição, consoante ressalta o parecer da d. Procuradoria-Geral da República.

A desvalia do pacto compromissório diante do texto constitucional residiria, conforme proclamado, na circunstância de referir-se ele a lides futuras, de contornos obviamente indefinidos, caracterizando-se, por isso, como renúncia genérica à garantia constitucional do acesso à justiça.

Não se cuida, entretanto, de ato por meio do qual alguém declara haver renunciado, de forma absoluta, a todo direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial de natureza disponível, deliberam, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por



elas próprias dissipadas de comum acordo; e, com certeza, se não lograrem êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatoriamente por eles acatada.

Cláusula inserida no contrato, com tal objetivo, está longe de caracterizar Juízo Arbitral necessário análogo ao previsto no art. 294 do Código Comercial, que, segundo J. X. Carvalho de Mendonça (*in* "Tratado de Direito Commercial Brasileiro", 6ª ed.), "*mandava que fossem decididas em juízo arbitral todas as questões sociais que se suscitassem entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha*" e que, para o grande comercialista, "*desapareceu sem deixar saudades*", derogado pelo art. 3º da Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866.

A renúncia que a inserção de tal cláusula poderá implicar, ao direito público de ação, quanto às lides suscetíveis de eclosão no âmbito restrito de contrato determinado, não pode ser tachada de genérica, visto que insuscetível de alcançar atos ou fatos diversos. Corresponde, mais ou menos, "*à renúncia a todo direito e ação sobre o bem alienado*", que o adquirente faz constar dos contratos de compra e venda.

Já o próprio J. X. Carvalho de Mendonça assinalava, em 1928, ao rebater a pecha de inconstitucionalidade do juízo arbitral



criado por lei estadual paulista, para solução de questões oriundas das operações realizadas na Bolsa de Mercadorias, que "a justiça constitucional distribuída pelos tribunais judiciários não é rápida, não é econômica, não é prática. A decisão daqueles casos reclama conhecimentos técnicos, não dispensa a consulta aos usos, estilos e costumes da bolsa, e esses tribunais não se acham nas condições de bem julgá-las" (*op. cit.*, vol. VI, 3ª parte, p. 333).

Causas da mesma natureza inspiraram as alterações introduzidas no vetusto instituto do Juízo Arbitral pela novel lei sob enfoque: as dificuldades do deslinde das novas controvérsias engendradas em face do desenvolvimento tecnológico, principalmente no campo dos transportes e das comunicações, mais do que nunca estão a exigir conhecimentos especializados aos quais os juízes, sem qualquer desdouro para eles, dificilmente poderão ter acesso. De outra parte, o Poder Judiciário passa, atualmente, por crise muito mais aguda do que aquela que assustou o renomado tratadista transcrito, e que se exprime por uma incapacidade que já se tornou crônica de enfrentar a cada vez mais volumosa avalanche de causas que lhe são apresentadas, decorrendo desse impasse o agravamento sempre crescente de uma morosidade que já extravasa os limites máximos do tolerável.

Trata-se de fator que, sem dúvida nenhuma, pode constituir sério desestímulo aos negócios, justamente no momento em



que se prognostica um acentuado incremento nas atividades empresariais entre nós, sobretudo em decorrência de festejado fluxo de capitais alienígenas com vista à exploração de novos empreendimentos de natureza econômica.

Não surpreende, portanto, que, diante de tal conjuntura, houvesse o legislador brasileiro acenado com a alternativa do *Juízo Arbitral* como solução para o grave problema, buscando assegurar o desenvolvimento econômico do País.

Para isso, obviamente, havia mister equiparar o pacto compromissório ao compromisso, atribuindo-lhe a eficácia necessária para assegurar ao contratante a certeza da execução do contrato celebrado sem o risco de intermináveis lides judiciais, suscetíveis de inviabilizar o empreendimento iniciado e, certamente, de tornar incerto o retorno de vultosos capitais nele investidos.

A cláusula compromissória, em face dessa garantia que oferece às partes contratantes, passou a ser elemento obrigatório do contrato, constituindo, não raro, pressuposto de sua celebração, conforme observa Carlos Alberto Carmona ("Arbitragem no Brasil no Terceiro Ano de Vigência da Lei 9.307/96", *in* Revista de Processo, 99, pg. 96).

O julgador brasileiro não pode, portanto, interpretar a nova lei no sentido de tornar inócuo o dispositivo que equipara a cláusula ao compromisso, atribuindo-lhe eficácia ainda que mediante



recurso à sentença judicial, sob pena de mostrar-se insensível às mudanças que, no mesmo sentido, ocorrem em outros países, como revelado pelo mesmo Carlos Alberto Carmona e por Selma Ferreira Lemes, em alentado estudo sobre o assunto, reunido na obra "*Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*" (Forense, 1999, pgs. 36/51), relativamente a **Portugal** (art. 1.231 da Lei nº 31, de 29.08.86), à **Holanda** (art. 1.020 do Código de Processo Civil) e à **Espanha** (Lei nº 36, de 07.12.88, II), relação a que se podem acrescentar, ainda, a **Itália** (arts. 809 e 810 do Código de Processo, redação da Lei nº 25, de 05.01.44) e a **Alemanha** (Lei de Arbitragem, de 22.12.97 que alterou a redação dos arts. 1.035.3 e 1.035, II, da ZPO), conforme demonstrou o Prof. Arnold Wald no memorial oferecido.

Releva salientar a existência, na Espanha e na Itália, de dispositivos constitucionais similares ao do inc. XXXV do art. 5º da CF/88.

Na Espanha, art. 24, I, da Constituição de 1978, desse teor: "*Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que em nenhum caso possa produzir-se falta de defesa*", dispositivo que não tem sido considerado, pela Justiça espanhola, como embaraço à efetivação da cláusula compromissória, via judicial, como revela este trecho da decisão de 09.10.89 do



Tribunal Supremo (cf. Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1990, pgs. 159/160):

"Sexto. En la motivación cuarta y bajo el número 5 del mismo precepto procesal que las anteriores, se alega que 'la sentencia recurrida, ha infringido el artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos', sin ninguna alegación que justifique dicha argumentación; motivo que lógicamente ha de sucumbir, por cuanto: 1) El ordenamiento jurídico español concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (artículos 1809 y ss. y especialmente a estos efectos el 1814 del Código Civil); 2) Haciendo uso de esta facultad, y de lo dispuesto en el artículo 1255 del citado Cuerpo Legal, los aquí contendientes concertaron acudir al cauce extrajudicial - arbitraje - para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieren surgir; 3) El artículo 24.I C.E., que se estima infringido por los recurrentes, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial - arbitraje en este caso - como aquí han hecho".

Na Itália, art. 24 da Constituição de 1948 ("*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*"), cuja interpretação nunca levou à declaração de inconstitucionalidade dos arts. 809 e 810 do Código de Processo Italiano, com a redação que lhes deu a Lei nº 25, de 05.01.94, segundo os quais:



"Art. 809 - (...) Il compromesso o la clausola compromissoria deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli. In caso di indicazione di un numero pari di arbitri, l'ulteriore arbitro, se le parti non hanno diversamente convenuto, è nominato dal presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810. Qualora manchi l'indicazione del numero degli arbitri e le parti non si accordino a riguardo, gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, se le parti non hanno diversamente convenuto, provvede il presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810.

Art. 810. (...) Quando a norma del compromesso o della clausola compromissoria gli arbitri debbono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, può rendere noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati. In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale si riferisce la clausola compromissoria oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma. Il presidente, sentita, quando occorre, l'altra parte, provvede con ordinanza non impugnabile. La stessa disposizione si applica se la nomina di uno o più arbitri sia dal compromesso o dalla clausola compromissoria demandata all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi abbia provveduto."

O reconhecimento da validade de cláusula que preveja a arbitragem para litígios futuros, embora perfeitamente determináveis, porque circunscritos a contrato certo, de resto, é postura que se acha em consonância com convenções internacionais



subscritas pelo Brasil, como o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 1923 (em vigor no Brasil por força do Decreto nº 21.187, de 22.03.32), cujo artigo 1º dispõe que “cada um dos Estados Contratantes reconhece a validade de um acordo relativo a diferenças atuais ou futuras entre partes sujeitas, respectivamente, à jurisdição de diferentes Estados contratantes, pelo qual as partes em um contrato convêm em submeter a arbitragem todas ou quaisquer diferenças que possa suscitar tal contrato, relativo a assuntos comerciais ou qualquer outro...”

Do mesmo modo, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional (promulgada pelo Decreto nº 1.902/96), que declara “válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil” (art. 1º).

De mencionar-se, ainda, a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional — UNCITRAL sobre a Arbitragem Internacional, editada pela ONU em 1985, que define Convenção de arbitragem como “uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual”, acrescentando que “uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula



compromissória num contrato ou a de uma convenção autônoma" (art. 7º, 1).

À impossibilidade de execução específica, no Brasil, da cláusula compromissória e, bem assim, à existência de recurso contra a sentença arbitral, — inconvenientes que a nova lei veio obviar — se deveu o fato de as empresas brasileiras, nos contratos internacionais, terem sido compelidas a concordar, sistematicamente, com estipulações no sentido da realização da arbitragem no exterior, com base em direito estrangeiro, como no caso sob exame.

Diga-se, por fim, que, conforme lembrado pelo em. Ministro Maurício Corrêa, ao votar na SE 5.847-1, a nova Lei de Arbitragem prestigia a autonomia da vontade, ao prever a possibilidade de fazer-se valer judicialmente cláusula que, muitas vezes, foi decisiva para a celebração do contrato, como já afirmado.

De realçar-se, por fim, que a cláusula, nesse caso, não pode ser vista como incompatível com o princípio do livre acesso à jurisdição estatal, pelo singelo motivo de que a sua eficácia, em caso de resistência de uma das partes, justamente só poderá ser alcançada por via judicial, sendo certo que a sentença proferida pelo árbitro ou pelos árbitros, além de só poder ser executada na via judicial, quando condenatória, não escapa ao controle judicial que, na forma do art. 33 da lei sob exame, poderá ser acionado pela



parte interessada, em procedimento comum, com alegação de qualquer das nulidades enumeradas no art. 32.

Não há, porém, supressão do controle judicial.

Estabeleceu-se, apenas, a deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.

No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se comete, em sua inteireza, o processo de conhecimento, dentro do qual se exaure a defesa.

No procedimento previsto na lei, a defesa judicial do réu sucede ao julgamento na esfera arbitral, no qual tem ele, também, o direito de expor as suas razões.

Inverteu-se a ordem. Deu-se prevalência ao que foi pactuado pelas partes, conferindo-se à defesa do réu caráter equivalente ao da rescisão, pois, se prosperarem as suas alegações no processo judicial do art. 33, desconstituir-se-á a sentença arbitral.

Antes da lei, portanto, a precedência das razões do réu; com a lei, a precedência da cláusula contratual, conseqüentemente, da autonomia da vontade.

Trata-se de mudança que, em termos de política legislativa, pode ser feita, na espécie, sem inflição de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este à sua disposição a via do controle judicial da sentença arbitral.

Essa a essência do voto do saudoso Ministro Décio Miranda em precedente jurisprudencial cujo fundamento tem sido acolhido pela Primeira Turma para afastar as alegações de inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66, e que, aqui, decididamente, também tem aplicação.

Escusando-me por haver-me alongado em demasia nas considerações que acabo de expor, peço vênias ao eminente Ministro Sepúlveda Pertence para concluir meu voto no sentido da constitucionalidade dos dispositivos legais que S. Ex^a teve por incompatíveis com o princípio da irrecusabilidade da jurisdição estatal. Acompanho S. Ex^a, no entanto, no ponto em que homologou a sentença arbitral.



* * * * *

dfm

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7

PROCED. : REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

AGTE. : M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT

ADV. : EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS

AGDO. : RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

ADV. : MARCIA SERRA NEGRA E OUTROS

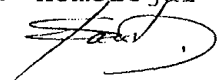
ADV. : ANDRÉ CARMELINGO ALVES

Decisão : Após o voto do Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que dava provimento ao agravo regimental e homologava o laudo arbitral, converteu-se o julgamento em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e seus reflexos quanto à homologabilidade do laudo no caso concreto. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 10.10.96.

Decisão : Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, após o voto do Relator (Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, mas dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 08.05.97.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, que declarava a constitucionalidade, na Lei nº 9.307/96: 1) do parágrafo único do artigo 6º; 2) do artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; 4) do artigo 42; e, no mais, concordava com o Senhor Ministro-Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ilmar Galvão. Plenário, 22.11.2000.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do artigo 6º; 2) o artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, as novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e o artigo 42; e dava provimento ao agravo para homologar a



sentença arbitral, e dos votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão, que declaravam a constitucionalidade dos citados dispositivos legais e acompanhavam o Senhor Ministro-Relator, para dar provimento ao agravo e homologar a sentença arbitral, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 21.3.2001.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHA

V O T O V I S T A

A Senhora Ministra Ellen Gracie - :

Em requerimento de homologação de sentença estrangeira, discute-se incidentemente a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) mais precisamente, avalia-se a compatibilidade, ou não, da adoção de cláusula compromissória (de utilização do sistema arbitral) para a solução de eventuais futuros litígios decorrentes da execução do contrato, em face da garantia constitucional da universalidade do juízo, (Constituição Federal, art. 5º, XXXV).

O pedido, firmado por empresa estrangeira, submete a esta Corte laudo arbitral produzido na Espanha e que resultou na condenação de empresa brasileira ao pagamento de uma comissão de intermediação correspondente a 15% calculados sobre o valor da proposta de fornecimento de um milhão de extintores de incêndio para automóveis à Polônia. Tal fornecimento deixou de se realizar em razão de alegadas dificuldades econômicas e de produção da empresa brasileira. As partes divergiam quanto à subsistência da obrigação de pagar a corretagem e quanto ao valor básico unitário sobre o qual se devia calculá-la, se fosse devida.

Citada, a empresa brasileira não se opõe à homologação do laudo que resultou em sua condenação ao ressarcimento à corretora do valor de US\$ 332.000,00 a título de lucros cessantes; US\$ 700.000,00 por danos ao prestígio comercial e US\$ 200.000,00 correspondente a despesas efetuadas por conta do negócio falhado. A tais valores acrescentam-se as custas da arbitragem e juros à taxa de 5,5% ao ano.

Embora não haja necessidade de enfrentar o problema de constitucionalidade para a solução do caso concreto e que todos – e expressamente a requerida – nada tenham a opor à homologação, a jurisprudência da Corte é firme no sentido de que, mesmo no controle incidental, o que de fato

SE 5.206-AgR / REINO DA ESPANHA

compõe a tarefa essencial do Supremo Tribunal Federal é a definição de constitucionalidade. Referiu o eminente Ministro Relator Sepúlveda Pertence, evocando Calamandrei que *‘o interesse particular dos litigantes (...) é usado como elemento propulsor posto a serviço do interesse público’*, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe.” O precedente em que a questão foi explicitada (Mandado de Segurança 20.505, Rel. Min. José Néri da Silveira) afirmou que suscitada incidentalmente a questão de inconstitucionalidade, *“a Corte não se poderá furtar a decidi-la, ainda que não seja ela essencial à solução do caso concreto”*.

Resumiu, o eminente Ministro Relator, que a “sustentação da constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submete-la à decisão judicial, optam por entregar a terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta por transação”.

Tanto sob a legislação anterior, quanto sob a atual, não há dúvidas relativamente à constitucionalidade do instituto da arbitragem.

Diversa é a posição do eminente Ministro Relator no que diz respeito à compulsoriedade da cláusula compromissória e da possibilidade de sua execução específica. Isso porque entende que *“a renunciabilidade da ação não existe in abstracto: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral.”*

Embora reconhecendo que no estágio atual do direito a regra é a execução específica das obrigações, incluídas as de fazer, S.Exa. vê *“empecilho à incidência, na hipótese, da regra geral do art. 639 do CPC [diante da] impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria, a vontade da parte recalcitrante, regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar – qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem.”*

Declara, por isso, a inconstitucionalidade do § único do art. 6º e do art. 7º da Lei de Arbitragem e, em consequência, dos dispositivos que delas derivam.

SE 5.206-AgR / REINO DA ESPANHA

Divergindo, manifestou-se o eminente Min. Nélson Jobim, para quem “a Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros”.

Também na divergência, assim se manifestou o eminente Min. Ilmar Galvão: “Não se cuida, entretanto, de ato [refere-se ao pacto comissório] por meio do qual alguém declara haver renunciado, de forma absoluta, a todo e qualquer direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial de natureza disponível, deliberem, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por elas próprias dissipadas de comum acordo; e, com certeza, se não lograrem êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatoriamente por eles acatada. (...) A renúncia que a inserção de tal cláusula poderá implicar, ao direito público de ação, quanto às lides suscetíveis de eclosão no âmbito restrito de contrato determinado, não pode ser tachada de genérica, posto que insuscetível de alcançar atos ou fatos diversos.”

Tanto o Min. Nelson Jobim quanto o Min. Ilmar Galvão concluíram, em oposição parcial ao eminente Ministro Relator Sepúlveda Pertence, reconhecendo compatibilidade constitucional aos dispositivos que S. Exa. afastava do ordenamento jurídico, acompanhando-o, porém, na homologação do laudo arbitral.

Faço essa rememoração para definir que o cerne da controvérsia, tal como manifestada até aqui, está em saber se, e até que ponto, podem os contratantes de cláusula compromissória restringir de antemão, o seu direito de acesso ao judiciário para a solução dos litígios que exsurjam das relações civis ou comerciais decorrentes da avença que firmaram. Ou se, ao revés, tal limitação – quando diga respeito a litígio futuro, de contornos ainda não determinados – entraria em confronto com a cláusula constitucional que remete ao judiciário o conhecimento das lesões ou ameaças de lesão a direito.

2. Ao instituir a execução específica da cláusula compromissória, a Lei nº 9.307/96 afastou o obstáculo que, até então, tornava praticamente

SE 5.206-AgR / REINO DA ESPANHA

inexistente a arbitragem em nosso país. Toda vez que se quisesse furtar a uma solução célere da controvérsia – ou mesmo, ao simples reconhecimento de sua responsabilidade pela quebra de contrato – à parte inadimplente bastava recusar-se a firmar o compromisso arbitral. Ao juízo era vedado substituir-se a esta sua manifestação – ainda que a controvérsia, perfeitamente delimitada, decorresse exatamente do desenvolvimento natural do contrato e versasse sobre direitos de natureza disponível.

Por isso, especialmente nas relações de comércio internacional, o país destoava da maior parte das jurisdições, a ponto de dificultar-se a conclusão de transações, ante a inexistência de mecanismos capazes de promover as soluções céleres e especializadas que a atualidade do comércio impõe. E a levar, na grande maioria das oportunidades a que as empresas brasileiras se vissem compelidas a aceitar a arbitragem em países estrangeiros e consoante suas normas.

Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença. É inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes.

A instabilidade econômica dos mercados internacionais e a volatilidade de capitais e preços de mercadorias podem tornar mais onerosa às partes a manutenção de uma longa pendência que, até mesmo, uma solução desfavorável, pois o conteúdo de incerteza relativamente às posições devedoras e credoras se torna entrave ao planejamento e desenvolvimento empresarial.

Não vejo que se afaste do conhecimento judicial a solução de pendências entre os contratantes. O que se dá é mudança no foco e na ocasião em que será possível um apelo ao judiciário. Sem cláusula compromissória, as partes podem, ou não, submeter a controvérsia surgida, ao longo da execução de um contrato, à arbitragem (tanto quanto poderiam, desde logo, transacionar sobre os

SE 5.206-AgR / REINO DA ESPANHA

respectivos direitos). Com a presença de uma cláusula compromissória, as partes podem, ainda assim, remeter ao juiz a decisão sobre sua obrigatoriedade no caso em que uma delas resista à concretização do compromisso arbitral. Neste momento, e já diante da lide definida (a qual, se antes, era indeterminada, pressupunha-se necessariamente decorrente da execução do contrato), o juiz apreciará a consistência das eventuais objeções do recalcitrante em adimplir a obrigação pela qual se obrigara: vale dizer, a obrigação de submeter as controvérsias exsurgentes do contrato ao juízo arbitral.

A solução desta lide levará a uma de duas soluções: ou considerará o julgador insubsistentes as objeções do réu, determinando, então, que se proceda ao laudo arbitral ou, verificará que efetivamente o conflito – agora delimitado – não se subsume na previsão genérica da cláusula contratual que instituiu o *pactum de compromittendo* e, conseqüentemente, lhe negará aplicação.

Isso já foi dito, com absoluta clareza, na SEC 5.847-1, pelo eminente Ministro Relator Maurício Corrêa: “o juiz estatal, quando acionado para compelir a parte recalcitrante a assinar o compromisso, não decidirá sem antes verificar se a demanda que se concretizou estava, ou não, abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória. Se concluir que a espécie de conflito que se concretizou se incluía no objeto da renúncia, deferirá o pedido. Caso contrário, a arbitragem não terá êxito.” Por isso, conclui S. Exa. que o juiz, a rigor, “não substitui a vontade das partes, mas a concretiza”.

A leitura que faço da garantia enfocada no art. 5º, XXXV, é de que a inserção da cláusula assecuratória de acesso ao judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Creio que essa leitura é coerente com as anteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal, pois verifico que a Corte já se posicionou no sentido de inadmitir que barreiras econômicas se antepõem ao exercício do direito de acesso ao judiciário, quando, por exemplo, eliminou a obrigatoriedade de depósito preparatório nas ações que tenham por objeto discutir o débito para com o INSS, suspendendo a vigência do artigo 19, *caput*, da Lei nº 8.807/94 (ADIN 1.074-

SE 5.206-AgR / REINO DA ESPANHA

3/DF, Medida Cautelar, Rel. Min. Francisco Rezek, *in* D.J.U. de 23/9/94, p. 25.314). Da mesma forma, quando, ao suspender a eficácia de lei estadual, considerou que “*a exigência de taxa judiciária ilimitada (incidente sobre o valor da causa ou da condenação), pode inviabilizar, em certos casos, o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que não é permitido pela Constituição (art. 5º, XXXV).*” (ADIN 1.651-2/Paraíba, Medida Cautelar, Rel. Min. Sydney Sanches, *in* D.J.U. de 11/09/1988, p. 2).

A Corte, porém, não reconheceu inconstitucionalidade quanto à execução extrajudicial de contrato de compra-e-venda, regido pelo Sistema Financeiro da Habitação (Decreto-lei nº 70/66), que configura típica avença entre particulares, que expressamente aderem a esse tipo de solução expedita, prevista para os casos de inadimplência. Essa tem sido a posição adotada até agora. A 2ª Turma, todavia, afetou ao pleno a questão na sessão do último dia 17/04/2001, quando do julgamento do RE nº 250.545/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Entendo que a garantia de acesso ao judiciário é daqueles direitos fundamentais nos quais se reconhece maior peso ao que Canotilho (“*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, Coimbra, Livraria Almedina, 4ª ed., p. 401 e seguintes) denomina de função de ***direitos de defesa*** dos cidadãos. Ou seja, no plano jurídico-objetivo, representa a impossibilidade, para o Estado-legislador, de excluir da apreciação judicial determinadas matérias e, no plano jurídico-subjetivo, “*o poder de exercer positivamente o direito de ação*”.

A mesma garantia, em sua função de ***prestação social***, corresponde à obrigação estatal de instituir e manter mecanismos judiciários equipados e suficientes ao atendimento dos litígios judicializáveis.

E, por último, em sua função de ***não discriminação***, obriga o Estado a prestar jurisdição a todos, assegurando a gratuidade a quem não possa enfrentar as custas do processo, garantindo o concurso de defensor dativo ao criminoso pobre e, mesmo, os serviços de consultoria e advocacia gratuita no cível, como forma de equalizar os cidadãos em suas condições de efetivo acesso à Justiça.

Como se vê, o cidadão ***pode*** invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas, ***não está proibido*** de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, ***não pode*** afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.

SE 5.206-AgR / REINO DA ESPANHA

3. Por essas razões, rogando vênias ao eminente Relator, alinho-me à divergência, para afastar a pecha de inconstitucionalidade do § único, do artigo 6º e do art. 7º, da Lei de Arbitragem e, dos dispositivos que deles derivam. Acompanho S.Exa., todavia, para homologar *“o laudo arbitral a fim de que valha no Brasil, como título executivo judicial”*.



03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator) - Sr. Presidente, apenas uma palavra: eu não vou cansar o Tribunal depois do voto preciso da Ministra Ellen Gracie, que rememorou com absoluta precisão o ponto da discussão.

Comento apenas um precedente jurisprudencial invocado por S.Exa.: quando se legitimou o sistema de execução extrajudicial do Sistema Financeiro da Habitação, o que se levou em conta não foi a existência de uma relação contratual — porque, no ponto, a fórmula de execução extrajudicial se impõe às partes. O que pesou, a meu ver, pelo menos da decisão de que participei no RE 223.075, Relator o Ministro Ilmar Galvão, foi que a validade, seja da obrigação, seja da própria execução, pode ser submetida, embora **a posteriori**, a amplo exame judicial. Não é o que sucede na lei de arbitragem, que deu valor de sentença ao laudo, ao qual prescreveu a irrecorribilidade, quanto ao mérito.

Apenas essa observação; no mais, com as vênias de S.Exa., mas reconhecendo a precisão da fundamentação de seu voto, eu reitero o que proferi, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos aventados.

CR/



03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: Já tive oportunidade de manifestar-me sobre a matéria no julgamento da SEC 5847-1. Embora não haja necessidade de reler meu voto na íntegra, peço vênica para rememorar os argumentos que firmaram a minha convicção acerca da constitucionalidade dos artigos 6º, parágrafo único, 7º, 41 e 42, da Lei 9307/96, tidos como inconstitucionais pelo Ministro Pertence.

2. A cláusula compromissória, conforme define o artigo 4º da Lei 9307/96, é opção convencionada pelas partes contratantes para dirimir, mediante arbitragem, possível litígio oriundo de descumprimento contratual. Por isso mesmo, **na hipótese de sobrevir litígio**, caso um dos interessados se recuse a comparecer perante o juízo arbitral, **poderá o outro recorrer ao Poder Judiciário para obrigar a parte inadimplente a cumprir o avençado**, consoante dispõe o parágrafo único do artigo 6º e o artigo 7º.

3. Essa **submissão compulsória** teve-a o Ministro Pertence como **inconstitucional**, por lhe parecer incompatível com o primado consagrado nas garantias fundamentais, segundo o qual **"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"** (CF, artigo 5º, inciso XXXV).

4. Afirmou Sua Excelência que, nessa hipótese, o Poder Judiciário estaria impondo opção em nome da parte que se recusa



a cumprir o contrato e, por isso mesmo, regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar.

5. Em última análise, o voto verbera a execução específica da **cláusula compromissória**, porque não expressaria ela a vontade bilateral das partes, implicando "renúncia genérica de objeto indefinido". Entende-a **inconstitucional** por subtrair de um dos contratantes o direito de valer-se da jurisdição estatal, objetivando a apreciação de possível lesão ou ameaça a direito (CF, artigo 5º, XXXV).

6. Por oportuno, relembro que o Ministro Jobim salientou, com propriedade, que a Constituição se dirige ao legislador e não veda que duas pessoas celebrem contrato e disponham em cláusula **compromissória** que, na hipótese de advir algum litígio, a solução será dada por juiz arbitral de sua escolha e não por juiz estatal - possibilidade fundada na estrutura racional do homem, que é dotado de livre arbítrio.

7. Após longa reflexão sobre o tema, cheguei à conclusão de que a tese da inconstitucionalidade dos dispositivos em questão **afasta da parte interessada o direito** de requerer ao juiz estatal que decida se o litígio deve, ou não, ser resolvido no juízo arbitral. A propósito, escreveu JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, verbis:

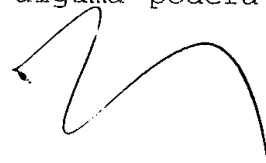
"Não vemos qualquer inconstitucionalidade ou o mínimo fumus de afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no inciso XXXV do art. 5º da CF (v. n. 15, *supra*), sobretudo porque a manifestação favorável do Estado-juiz em instituir compulsoriamente o juízo arbitral dependerá sempre da comprovação cabal de prévia existência de cláusula arbitral firmada pelas partes contratantes.

Note-se que a redação da primeira parte do caput do art. 7º e seu § 1º da Lei 9.307/96 não deixa qualquer dúvida a esse respeito, no qual a exigência de demonstração de cláusula contratual aparece como verdadeiro **pressuposto processual de existência** da relação jurídica que o interessado pretende instaurar a fim de obter sentença substitutiva do compromisso" ("Arbitragem, Jurisdição e Execução, Análise Crítica da Lei 9307, de 23/09/96, 2ª edição", RT, SP, p. 167).

8. Com todas as vênias, parece-me que a eleição do foro particular, como quer a lei, não obstante referir-se a litígio de forma genérica, circunscreve-se **aos limites do contrato**, sendo irrelevante que no momento da assinatura da cláusula compromissória não exista controvérsia a ser dirimida. É que a noção genérica de litígio, objeto da renúncia, contém tão-só as espécies decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações contratuais.

9. Ocorre que o juiz estatal, quando acionado para compelir a parte recalcitrante a assinar o compromisso, não decidirá sem antes verificar se a demanda estava, ou não, abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória. Se concluir que a espécie de conflito **que se concretizou** se incluía no objeto da renúncia, deferirá o pedido. Caso contrário, a arbitragem não terá êxito. É o que determina o § 7º do artigo 7º da lei em apreço, ao prescrever que **"a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."**

10. Como se vê, o artigo 7º não obriga o juiz a deferir o pedido da parte interessada, impingindo a arbitragem à parte recalcitrante. Pelo contrário, quis o legislador enfatizar que qualquer lesão ou ameaça a direitos, em hipótese alguma poderá



escapar ao controle jurisdicional, como bem observou o Procurador-Geral da República no parecer de fls. 91/92.

11. Ademais, estou admitindo que a tese da inexecutibilidade da cláusula compromissória põe-se em confronto com o Código Civil, que prevê situações em que o objeto do contrato não é **determinado**, mas **determinável**, sendo necessário **concretizar** a vontade das partes e não **substituí-la**, como também entende ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*"A Arbitragem e o Direito do Consumidor"*, apud *"Temas Atuais de Direito"*, Editora LTr, SP, pp. 153/154).

12. É por essa razão que volto a insistir em que negar à parte interessada acesso ao Judiciário para pedir proteção a seu direito seria ofensivo ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV).

13. CARLOS ALBERTO CARMONA, ao comentar os artigos 6º e 7º da lei em questão, aponta o fundamento de sua constitucionalidade na vontade das partes de "afastar a competência do juiz togado para solucionar **qualquer** pendência que as envolva, decorrente de certa relação jurídica" (*"Arbitragem e Processo, Um Comentário à Lei 9.307/96"*, Malheiros Editores, p.103).

14. Caminha nesta mesma direção HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que, ao comentar a Lei 9307/96, entende que este novo diploma legal deu à cláusula compromissória o mesmo tratamento que, de longa data, se dispensava ao compromisso de compra e venda irretratável e outras promessas similares (CPC, artigos 639 e 641) (*"Curso de Direito Processual Civil"*, 17ª edição, RJ, Forense, 1998, vol. III, p. 362).



15. Por fim, vale transcrever breve trecho do comentário do jurista ARNOLD WALD sobre a constitucionalidade da Lei 9307/96:

"As mesmas razões em virtude das quais se admitiu que as partes possam sujeitar o preço de um bem a um terceiro (artigo 1.123 do CC) ou submeter o conflito de interesse a uma entidade especializada (artigo 5º da Lei de Arbitragem) justificam o recurso ao Juiz para complementar a manifestação das partes, conforme decisão do legislador, ao caso da cláusula em branco" ("Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem" - 7 -, pp. 323/334)

16. Quanto aos artigos 41 e 42 do CPC, não remanesce dúvida de que se trata de adaptação das inovações trazidas pelas disposições que passaram a disciplinar o novel instituto. É por isso que improcede o entendimento de que seriam eles inconstitucionais em virtude da alegada inconstitucionalidade dos artigos 6º e 7º, antes examinados, porque, como ficou dito, na execução da cláusula compromissória o juiz não **substitui** a vontade das partes, mas a **concretiza**.

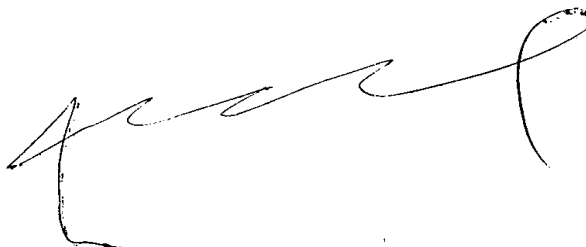
17. Feitas essas considerações, não vejo como possa prosperar a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos impugnados. Ao contrário, considero-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis ao aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento alternativo, eficaz e célere para a composição de litígios. O emperramento da máquina judiciária no Brasil, pela obsolescência de regras, culturas e práticas, poderá ter no sistêmico aparelho da arbitragem parcela do que falta para



AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHA

colocá-lo em sintonia com o que realiza o outro lado do mundo, sem que, com isso, seja atropelada a ordem constitucional vigente. Se se entender inconstitucional a execução forçada da cláusula compromissória, o Brasil ficará isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem.

Ante essas circunstâncias, coerente com o voto que proferi na SEC 5847, de que fui relator, com a vênia do Ministro Pertence, acompanho os votos dos Ministros Jobim e Ilmar Galvão.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A. A. S.', written in a cursive style.

03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE
AGRAVANTE: M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT
ADVOGADO: EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS
AGRAVADO: RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
ADVOGADO: MARCIA SERRA NEGRA E OUTROS
ADVOGADO: ANDRÉ CARMELINGO ALVES

V O T O

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator) - Sr. Presidente, contra as minhas intenções e o meu cansaço, hoje, faço duas brevíssimas observações a um comentário do Professor Humberto Teodoro Júnior e outro do Dr. Arnaldo Wald, esse último, aliás, substancialmente, na linha do voto do Ministro Ilmar Galvão neste caso.

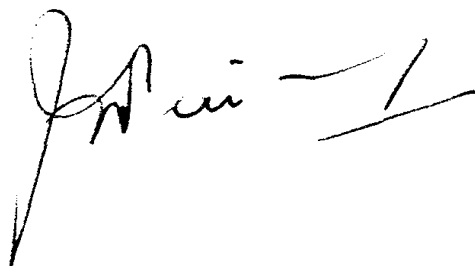
O argumento extraído da execução compulsória do compromisso de compra e venda foi, por mim, longamente analisado. Trata-se de um contrato em que todos os elementos essenciais hão de estar predeterminados. Vou lembrar - para que o eminente Ministro Moreira Alves não o tenha que fazer - o seu voto em caso - para mim inesquecível, eu não só como seu admirador, mas, também, como advogado na causa - a verdadeira monografia em que se constituiu o voto do Ministro Moreira Alves no RE "x", quando S.Exa. mostrou a absoluta impropriedade de pretensão de execução compulsória de tratativas de uma compra e venda complexa de um grupo de supermercados, com vários pontos essenciais a serem definidos, na qual as instâncias ordinárias haviam determinado que o juiz fixasse o preço do negócio.



Já o art. 1.123 do Código Civil é norma expressa que, na compra e venda, permite seja a fixação do preço confiada ao árbitro que as partes escolham, mas, já aí, precisamente determinada a coisa e as demais condições do contrato. Por isso, nada tem a ver, **data venia**, com a cláusula compromissória genericamente atada a um determinado contrato e a todos os litígios, previsíveis ou não, que dele possam surgir.

Peço vênia ao eminente Ministro Maurício Corrêa, para reiterar o voto.

CR/

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Maurício Corrêa' with a stylized flourish at the end.

Supremo Tribunal Federal

03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, na edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, seguiu-se uma tendência mundial no sentido de, tanto quanto possível, evitar-se a sobrecarga do Judiciário, de modo a chegar-se, no menor espaço de tempo, à solução de um conflito de interesses, no que este abala a paz social. A mencionada lei foi elaborada com o notável zelo, tendo-se presente a supremacia da própria Carta da República e a autonomia da manifestação da vontade. Previu-se a arbitragem que, na maioria das vezes, cortaria o processo judicial, porquanto é possível caminhar-se para a arbitragem quando, na celebração do contrato, na formalização da relação jurídica que aproxime as partes, não houver sido firmado o compromisso de que trata a Lei nº 9.307/96, se, no curso do processo, as partes resolverem, acionando o instituto da manifestação da vontade, dirimir a controvérsia mediante arbitragem. É o que está previsto no artigo 267 do Código de Processo Civil: "Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito", e, no inciso VII, "pela convenção de arbitragem". Trata-se, aqui, de compromisso que não conflita com a Carta da República, pois ninguém está compelido a ingressar em juízo; ninguém está compelido

*Supremo Tribunal Federal*AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

a interpor sistematicamente recursos; ninguém está compelido a dar sequência a uma causa. É desejável que se tenha o entendimento que pode estar voltado à submissão de conflitos de interesses não ao Judiciário, mas à arbitragem, mesmo que esta não esteja profundamente arraigada na cultura brasileira, em face de uma desconfiança maior. O brasileiro reclama do Judiciário - isto é, aqueles que não apostam na morosidade do Judiciário, porque há os que nesta se fiam -, mas praticamente só acredita nessa forma de solução. A Lei nº 9.307/96, um diploma moderno, a abranger dispositivos que acautelam certos direitos das partes, viabiliza - e isso interessa muito àqueles que investem, principalmente os estrangeiros, em espaço de tempo razoável, curto - o afastamento de situações ambíguas do cenário jurídico. Alguém está obrigado a simplesmente adotar, sempre e sempre, a arbitragem? Não.

O artigo 1º da lei é pedagógico ao revelar que:

"Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

E, aí, tem-se uma cláusula, nessa lei, que considero, repito, das mais modernas:

"Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado", - quanto ao conflito a envolver direito indisponível - "terá normal seguimento a arbitragem."

Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

É de salientar que tal arbitragem não surge por milagre ou por imposição, mas porque prevê a lei a necessidade de as partes, quando da formalização do contrato, que poderá gerar um conflito, inserirem, no âmbito da manifestação espontânea da vontade, essa espécie de solução de conflitos. Qual é a condição primeira para a incidência da Lei nº 9.307? Partes capazes, já da tradição do Direito, e, conforme disposto no artigo 3º, a existência de uma cláusula no contrato prevendo a arbitragem:

"Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral" - ou ao juízo *stricto sensu*, ao Estado, para que exerça atividade jurisdicional e verdadeiro monopólio com solução final, sabe quem, quando - "mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral" - são coisas diversas, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

E dispõe, Senhor Presidente, o artigo 4º:

"A cláusula compromissória é a convenção" - ajuste, acordo entre as partes - "através da qual as partes em um contrato comprometem-se" - e não podem, se capazes, se envolvidos direitos patrimoniais, se comprometer a isso - "a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

Prevê a mencionada lei duas hipóteses: a primeira não sofre as consequências da pecha atribuída pelo Ministro-Relator Sepúlveda Pertence, que é o caso em que, como está no artigo 5º:

"Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem".

Todavia, na dinâmica dos negócios jurídicos, nem sempre há espaço, dada a escassez de tempo, para estabelecer essas

Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

regras. Mesmo porque, a partir do princípio da razoabilidade, imagina-se que não surgirá, no cumprimento do contrato, um litígio, uma desavença entre as partes. Então, de acordo com a legislação em comento, não constando os parâmetros da atuação da árbitro na cláusula compromissória, dar-se-á o acesso, ante a resistência da parte contrária, da parte prejudicada ao Juízo. E este, depois de tentar a conciliação, como fixado no artigo 7º, mas sempre pressupondo a cláusula compromissória, que é o ajuste de solução mediante arbitragem, decidirá a respeito. Onde há violência ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, dispositivo que está dirigido, realmente, ao legislador e não às partes? Não leio, no inciso XXXV, que as partes, necessariamente, devem resolver as pendências mediante o acesso ao Judiciário.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator) - Não me faça a injúria de supor que eu tenha dito isto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, apenas estou comungando com o Ministro Nelson Jobim. Não imagino qual seja a premissa para não se chegar à estipulação das regras da arbitragem, mediante atuação jurisdicional. Diante do impasse, para se conferir eficácia à cláusula compromissória, já que é crime a realização da justiça pelas próprias mãos, ainda que procedente o pleito, tem-se o acesso ao Judiciário assegurado constitucionalmente.



Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

Senhor Presidente, o legislador foi cuidadoso e só merece, aqui, encômios, porque, prevendo a hipótese de haver uma sentença arbitral nula, fez constar do artigo 32 que:

"Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
 I - for nulo o compromisso;
 II - emanou de quem não podia ser árbitro;
 III - não contiver" - quanto à forma da sentença arbitral - "os requisitos do art. 26 desta Lei;
 IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem".

Dir-se-á: mas não se conhecem, quando da formalização da cláusula ou do compromisso, os limites do litígio. Ora, será que esses limites podem estar fora das balizas do contrato firmado? A resposta é desenganadamente negativa. O árbitro atuará a partir do contrato, por vontade, independente, sem vícios, das partes contratantes. E prossegue o preceito:

"V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
 VI - comprovado que foi" - o laudo ou a sentença arbitral - "proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
 VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e"

O aspecto de maior valia, dada a necessidade de restabelecimento da paz social, está no tempo para se chegar ao afastamento definitivo das incertezas, porquanto a sentença arbitral tem força de título executivo, como se fosse título executivo judicial. E, por último, no inciso VIII, dispõe-se que também é nula a sentença arbitral quando "forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º", desta Lei. Quais são esses princípios? São aqueles próprios ao devido processo legal, tão caros a uma sociedade que se diga democrática, na qual não se pode compelir

Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

ninguém a ingressar em juízo, por mais confiança que mereça o Judiciário.

"§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e" - vamos deixar a maledicência de lado, a presunção do extraordinário, do extravagante, da má-fé - "de seu livre convencimento".

Senhor Presidente, vejo na garantia constitucional do inciso XXXV do artigo 5º a consagração da liberdade. Por isso, não posso proceder a uma leitura que a afaste, e o estarei fazendo se caminhar, na contramão da prática internacional, para a declaração de inconstitucionalidade relativamente aos preceitos evocados e ao voto proferido pelo nobre Relator, voto que Theotônio Negrão, muito atualizado - e também registrado no Informativo, a melhor criação do Tribunal nos últimos tempos, criação que teve origem no mandato de Sua Excelência, o Ministro Sepúlveda Pertence -, já fez consignar no Código de Processo Civil, de janeiro de 2001, em nota de rodapé, até com o voto divergente do Ministro Nelson Jobim. Apontou-se que o Relator declara a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º e seus parágrafos, e no artigo 41, as redações atribuídas aos artigos 267, inciso VII. Quer dizer que, em curso um processo, não podem as partes chegar a um acordo para submeter o caso à arbitragem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator) - Se já há um processo, a demanda está identificada. Por isso, o Código

Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

de Processo Civil -- coerente com o sistema legal brasileiro anterior -- previa a extinção do processo pelo compromisso, não pela cláusula compromissória.

Respeito muito as convicções de V.Exa., mas não me atribua enormidades desse jaez.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, Senhor Presidente, a premissa de meu voto é única. Não vejo conflito no cotejo da Lei nº 9.307/96 com a Lei Maior da nossa República. Vejo a harmonia, a homenagem a esse Diploma Básico, no que a Lei de Arbitragem consagra o princípio da manifestação da vontade, e o faz, repito, quanto a direitos patrimoniais disponíveis, com o cuidado de afastar do crivo do árbitro os indisponíveis.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator) - Voltaremos, brevemente, às convicções de V.Exª a respeito, quando continuar o julgamento a respeito das comissões de conciliação prévia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Aí não, Excelência, porque há uma diferença profunda, substancial.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator) - Voltaremos a rever o tema. V.Exª está falando tanto em autonomia da vontade ...

Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, e votei naquele caso a partir dessa mesma autonomia, porque, enquanto aqui, relativamente à arbitragem, tem-se como pressuposto uma cláusula inserta no contrato formalizado, lá não se exige, quanto à atuação das comissões - e há a imposição de juntar-se à inicial da reclamação trabalhista a prova de que se acionou a comissão -, para se chegar a isso, que tomador e prestador de serviços tenham ajustado essa via de solução de conflito - aí é que está o problema.

Não vejo, Senhor Presidente, o trabalhador como um tutelado do sindicato. Ao contrário, porque potencializo, a mais não poder, a manifestação de vontade, afasto esse tipo de tutela, que seria conflitante com os ares democráticos que imaginamos viver nesta quadra. Em síntese, na arbitragem, parte-se do ajuste informado, enquanto, relativamente às comissões de conciliação, prescinde-se desse ajuste. Logo, as situações não se embasam em premissas idênticas.

Chego ao último item de minhas anotações. O artigo 31 revela que:

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Fulminar esse dispositivo é voltar-se à época anterior à atual Lei de Arbitragem, porque, tratando-se de título executivo judicial, ou, por ficção jurídica, de título a ele equiparado,

Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

incide o disposto no artigo 741 do Código de Processo Civil, inciso I:

"Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

I - falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia" - única hipótese em que se fulmina o título por um defeito do processo de conhecimento, no qual prolatada a sentença;

"II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

VI - cumulação indevida de execuções;

V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora;

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz".

O que ocorre, Senhor Presidente, à luz do disposto no artigo 745 do Código de Processo Civil, se, ao invés de, por equiparação, ter-se a sentença arbitral como título executivo judicial, emprestar-se-lhe contornos de título extrajudicial?

Nos embargos à execução, a teor do artigo 745, a que me referi, o embargante poderá deduzir qualquer outra matéria, além daquelas do artigo 741, relativas aos títulos executivos judiciais, que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. Com os sucessivos recursos, perder-se-á o elemento que disse possuidor de valia maior, que é o elemento tempo. A solução final da pendenga não se verificará em um prazo razoável.

Senhor Presidente, creio que estamos aqui em um dos julgamentos mais importantes do Tribunal. Peço vênica ao nobre Relator para concluir que a Lei de Arbitragem, ao contrário do

Supremo Tribunal Federal
AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

vislumbrado e asseverado por Sua Excelência, consagra a liberdade. E esta - a liberdade - é valor maior a ser preservado.

Acompanho, portanto, o Ministro Nelson Jobim.



03/05/2001

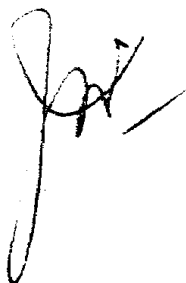
TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator) - Sr. Presidente, reitero o meu voto, nos termos em que o proferi, ainda hoje recordados com precisão pela eminente Ministra Ellen Gracie - e não nos termos atribuídos a mim em várias passagens do voto do Ministro Marco Aurélio, porque, se tivesse proferido o voto que S.Exa. me atribui, até eu estaria de acordo com S.Exa.

CR/



03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7REINO DA ESPANHA

VOTO



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - Sr.

Presidente, convenceram-me todos os votos proferidos, até aqui, da alta conveniência de uma Lei que cuide de instituir e regular a arbitragem no Brasil. Na verdade, antes disso, já, de longa data, firmara convicção a respeito.

A Corte, porém, está decidindo não sobre essa conveniência, mas, sim, se a Lei, que a regula, é, ou não, constitucional.

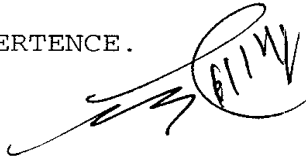
Quanto ao ponto, o voto proferido pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE parece-me irrespondível, "data vênia".

Na verdade, a Lei permite que, em abstrato, ou seja, sem a definição ou indicação de lides determinadas ou determináveis, ainda que meramente possíveis e eventuais, se abra mão ao direito de ação, enfim, à jurisdição estatal, o que não é tolerado pelo nosso ordenamento constitucional, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da C.F.).

SE 5.206-AgrR / **

Nada impede que outra Lei, preservando a atual, na parte válida, acrescente os textos necessários, que não contenham o mesmo vício.

Lamento, pois, divergir da douta Maioria, que se vem formando, para acompanhar integralmente o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.



03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHA

V I S T A

O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente. A matéria é, realmente, da maior importância. Confesso que estou com alguma dúvida a respeito, precisamente desse ponto que focalizou, amplamente, o Ministro Sepúlveda Pertence, quanto à renunciabilidade da ação **in abstracto**. Vou me permitir pedir vista dos autos, prometendo que trarei o quanto antes, para sequência do julgamento. Parece-me que essa é a questão central; quanto aos outros aspectos, não há dúvida nenhuma.

J. Néri

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7

PROCED. : REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE

AGTE. : M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT

ADV. : EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS

AGDO. : RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

ADV. : MARCIA SERRA NEGRA E OUTROS

ADV. : ANDRÉ CARMELINGO ALVES

Decisão : Após o voto do Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que dava provimento ao agravo regimental e homologava o laudo arbitral, converteu-se o julgamento em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e seus reflexos quanto à homologabilidade do laudo no caso concreto. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 10.10.96.

Decisão : Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, após o voto do Relator (Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, mas dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 08.05.97.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, que declarava a constitucionalidade, na Lei nº 9.307/96: 1) do parágrafo único do artigo 6º; 2) do artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; 4) do artigo 42; e, no mais, concordava com o Senhor Ministro-Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ilmar Galvão. Plenário, 22.11.2000.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do artigo 6º; 2) o artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, as novas redações atribuídas ao artigo

267, inciso VII e artigo 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e o artigo 42; e dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral, e dos votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão, que declaravam a constitucionalidade dos citados dispositivos legais e acompanhavam o Senhor Ministro-Relator, para dar provimento ao agravo e homologar a sentença arbitral, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 21.3.2001.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do artigo 6º; 2) o artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, as novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e o artigo 42; e dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral, e dos votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Celso de Mello, que declaravam a constitucionalidade dos citados dispositivos legais e acompanhavam o Senhor Ministro-Relator, para dar provimento ao agravo e homologar a sentença arbitral, e do voto do Senhor Ministro Sydney Sanches, acompanhando o voto do Senhor Ministro-Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Néri da Silveira. Plenário, 03.5.2001.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

12/12/2001

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA Nº 5.206-7 - REINO DA ESPANHA

V O T O (VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: -

M. B. V. Comercial and Export Management Establishment, com sede em Genebra, Suíça requer homologação de laudo arbitral proferido pelo Advogado Juan Escudero Claramunt, em Barcelona, Reino da Espanha, em litígio entre a requerente e a empresa Resil Indústria e Comércio Ltda., com sede no Brasil. A requerida concorda com o pedido.

A Procuradoria-Geral da República, entretanto, pronunciou-se pelo indeferimento da súplica, sendo de registrar este passo do parecer, que é de 24.10.1995 (fls. 62/63):

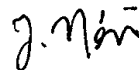
"A requerente pretende a homologação de laudo arbitral, proferido em Barcelona, na Espanha, na forma da lei espanhola nº 36, de 5 de dezembro de 1988.

Esclarece que o referido diploma confere força de sentença judicial aos laudos arbitrais, sendo desnecessária, e até vedada, a sua homologação perante as cortes espanholas para que surta efeito.

A requerida compareceu espontaneamente a este processo, dando-se por citada e concordando inteiramente com o pedido.

Sucedê, todavia, que a jurisprudência iterativa do Pretório Excelso, reafirmada no julgamento da S.E. 4724-2, em 27.04.94, sob a relatoria do ilustrado Ministro, ora Presidente dessa Alta Corte, orientou-se no sentido da impossibilidade de homologação de laudo arbitral, não chancelado na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente."

Na decisão monocrática, em que indeferido o pedido, datada de 6.12.1995, ora objeto do presente agravo regimental, anotou o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence (fls. 65):



"Com efeito, ao julgar a SE 4724-2, de que fui relator, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 27.04.94, reafirmou a firme jurisprudência da Corte no sentido de que 'sentença estrangeira', susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham cancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado (cf. SE 1.982-USA, Plen. 3.6.70, Thompson, RTJ 54/714; SE 2.006, Plen. 18.11.71, Inglaterra, Trigueiro, RTJ 60/28; SE 2.178, Alemanha, sentença, 30.6.79, Neder, RTJ 91/48; SE 2.476, Plen., 9.4.80, Inglaterra, Neder, RTJ 95/23; SE 2.766, Inglaterra, 1.7.83; SE 2.768, França, sent. 19.1.81, Neder, D.J. 9.3.81; SE 3.236, França, Plen., 10.5.84, Buzaid, RTJ 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen. 21.9.88, Néri, RTJ 137/132).

Decidiu-se, nessa assentada, que 'o que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no fórum, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão questionada."

O agravo regimental, ora em julgamento, protocolizou-se a 18.12.1995 (fls. 77), tendo sua fundamentação assim resumida no Relatório de 10.10.1996, do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence: "sustenta a agravante, em síntese - invocando o que lhe parece ser doutrina da decisão do STF na SE 2.468 e as opiniões doutrinárias de Hermes Marcelo Huck (Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria, Saraiva, 1994, p. 74), de José Carlos Magalhães e Luiz Olavo Baptista (Arbitragem Comercial, p. 109); Jacob Delinger e ainda Luiz Gastão de Barros Leães (Juízo Arbitral: homologação de decisão estrangeira, RT 547/257) que, 'na hipótese de ficar demonstrado - como no caso pretende - que a legislação do país estrangeiro não prevê ou mesmo veda a homologação, o requisito será dispensado pelo Pretório Excelso brasileiro".

Anota-se, a seguir, no parecer da Procuradoria-Geral da República, às fls. 89:

"3. O Eminentíssimo Ministro-Presidente Sepúlveda Pertence levou a julgamento o agravo ao Plenário da Corte e, no seu voto, revia sua posição anterior, dando provimento ao agravo regimental em face da entrada em

vigor da Lei n° 9.307, de 23 de dezembro (leia-se, setembro) de 1996.

O julgamento, no entanto, foi suspenso, a pedido do Ministro Moreira Alves, para manifestação desta Procuradoria-Geral da República tendo em vista a vigência da nova lei sobre arbitragem e o exame de sua constitucionalidade."

Pois bem, o ilustre Procurador-Geral da República, chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da Lei n° 9.307, de 1996 (RISTF, art. 176), entendeu ser válido o diploma em referência, concluindo, então, seu novo parecer, de 17.3.1997, pelo provimento do agravo regimental, tendo em conta, também, a manifestação da requerida no sentido da homologação pleiteada na inicial. Do longo pronunciamento do Professor Geraldo Brindeiro, sobre a constitucionalidade da Lei n° 9.307/1996, destaco estes passos (fls. 89/96), verbis:

"5. A jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema até a vigência da nova lei tinha por fundamento a circunstância de não existir no ordenamento jurídico pátrio equiparação para efeito de homologação por este Excelso Pretório entre laudo de juízo arbitral - agora denominado sentença arbitral - e sentença judicial. Todavia, já se admitia, conforme destacou o Eminentíssimo Ministro-Presidente no seu voto, a possibilidade de tal entendimento se modificar caso fosse realizada a equiparação legal entre a decisão do árbitro e aquela outra proferida pelo Poder Judiciário.

6. O fato é que o legislador ordinário nacional, com a edição da Lei n° 9.307/96, abriu o caminho para que as pessoas físicas ou jurídicas capazes se valessem da arbitragem como forma de solucionar as suas controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, sem a intervenção do Estado e por meio de decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. Vale dizer: equiparou os efeitos da sentença arbitral aos da decisão judicial em processo de conhecimento e o fez expressamente, **verbis**:

"Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."

7. E como se isso não bastasse para viabilizar a homologação pelo Supremo Tribunal Federal de laudo em juízo arbitral proferido em País estrangeiro denominado "sentença arbitral estrangeira" - sem a chancela do órgão jurisdicional do País de origem, a nova lei, também de forma expressa, estabeleceu que, **verbis**:

"Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal."

8. Conclui-se, diante dessas considerações, que não mais existe qualquer obstáculo legal ou processual a impedir a homologação que ora se pleiteia.

9. Penso ainda que a Lei nº 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, inciso XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda a vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma "faculdade inerente à própria personalidade", não um dever (vide CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *in* Execução Civil. Malheiros Editores, 4º ed., p. 364).

10. O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito". Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também

recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais - abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

11. E quanto ao controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direitos, é de se observar que a Lei n° 9.307/96, na verdade, o prestigia nos seus arts. 6°, 7°, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional. O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário àqueles que tiverem direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem.

12. A propósito da matéria, já observava o saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES (*in* Instituições de Direito Processual Civil, Vol. V, Ed. Forense, Rio, 1960, pág. 423), **verbis**:

"Assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através de transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize, esses mesmos interessados, a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura da ação, a juízes e tribunais.

Nem há, com isso, transgressão do art. 141, § 4°, da Constituição Federal, ou infringência do princípio do juiz natural (retro, § 16). O direito individual, no caso, passa a ser, tal como na transação, aquele que, em virtude de acordo consubstanciado no compromisso, foi definido no laudo arbitral."

13. O direito de ação não é, assim, dever de ação judicial e não se confunde, como na visão civilista tradicional, com direito subjetivo material. Não é o próprio direito "armado para a guerra" ou "em atitude

defensiva", conforme o grande civilista pátrio Clóvis Beviláqua (*in* Código Civil Comentado, Vol. I, pág. 309). É claro que logo após a queda do **ancien régime** no Século XVIII enfatiza-se o princípio do acesso ao Judiciário como garantia contra os abusos e violações de direitos e liberdades fundamentais pelos agentes do Estado. A denominada "tradição judiciarista" muitas vezes citada diz respeito, a nosso ver, muito mais às limitações do Poder Estatal garantidas pelo **due process of law** nos conflitos entre particulares e o Estado. Tal garantia liberal de "tradição judiciarista" no Estado Democrático de Direito, todavia, especialmente na versão do Direito Constitucional Anglo-Americano (pois na França há o **Conseil d'État** e o contencioso administrativo), nada tem a ver com direitos patrimoniais disponíveis entre partes privadas.

14. Sobre a moderna doutrina relativa ao direito de ação e ao caráter instrumental do processo, observa com extrema lucidez CÂNDIDO R. DINAMARCO (*in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, págs. 45 e 62), **verbis**:

"A mais expressiva das tendências, entre nós, é aquela consistente em considerar a ação como 'o direito subjetivo sobre o qual é construído todo o sistema do processo'. Essas palavras ditas por Liebman em escrito recente, revelam a postura tradicional entre os juristas latinos e ligada às origens romanas do seu saber.... Nós negamos formalmente que o processo se faça ou a jurisdição seja exercida para a tutela do autor que vem a juízo; e o próprio Chiovenda fazia afirmações publicísticas dessa ordem, como aquela, muito conhecida, de que constitui escopo do processo a atuação da vontade concreta da lei.

.....

O nosso sistema jurídico não é um sistema de actiones, como o romano. E o próprio sistema jurídico processual moderno gira em torno de uma série de valores primordiais e não, com exclusividade, da ação... Essa visão dos institutos processuais

está superada há muito, eles são hoje invariavelmente incluídos entre os institutos de direito público e o escopo com que instituídos diz respeito à atuação estatal. O processo não é um instrumento do autor, mas do Estado, que através dele exerce típica função que é só sua (jurisdição) com vistas a certos objetivos que se relacionam muito mais de perto com valores sociais políticos e jurídicos da sociedade, do que com o interesse daquele que vem a juízo e pode ter razão ou deixar de tê-la."

15. Por outro lado, o Professor CARLOS ALBERTO CARMONA, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade Mackenzie, faz as seguintes ponderações sobre o sistema de "dupla homologação" de laudos arbitrais estrangeiros, **verbis**:

"Como já se viu acima, o Supremo Tribunal Federal somente homologa sentenças estrangeiras que tenham, por sua vez, homologado laudos arbitrais nos seus respectivos países de origem. Desta forma, mesmo que o laudo arbitral estrangeiro não esteja sujeito a homologação em seu país de origem, o Supremo Tribunal Federal tem ignorado o fato e exigido a homologação local prévia.

Este sistema penoso da dupla homologação tem levado os juristas a procurar uma via alternativa àquela da homologação do laudo junto ao Supremo Tribunal Federal para a obtenção da efetividade do laudo no Brasil. E a solução que vem sendo cada vez mais discutida - mas que ainda não foi, ao que consta, experimentada nos tribunais - é a de submeter o laudo estrangeiro ao mesmo regime homologatório dos laudos nacionais. Em outras palavras: a Constituição Federal determina ser competente o Supremo Tribunal Federal apenas para a homologação das sentenças estrangeiras. Ora, uma vez que o tribunal em questão já deixou claro, em diversas oportunidades, que o laudo arbitral não é uma sentença (mesmo que a lei local diga o

contrário!)), nada obsta que a parte interessada pretenda aplicar o artigo 1.098 do Cód. Proc. Civil, que determina ser competente para homologar o laudo (e a lei não discrimina se nacional ou estrangeiro) o juiz a que originariamente tocara o julgamento da causa. Então, bastaria verificar, pelas regras de competência internacional inseridas no próprio Código, se o juiz brasileiro seria competente para julgar a causa que acabou sendo submetida aos árbitros (32); em caso positivo, com a aplicação das regras gerais de competência, chegar-se-ia ao juiz brasileiro competente para homologar o laudo..." (*in* Relatório sobre Arbitragem Internacional - Relatório Nacional: Brasil, 1996).

16. Finalmente, o Eminentíssimo Ministro CÉLIO BORJA, Ministro aposentado deste Colendo Supremo Tribunal Federal e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ao observar que os direitos civis declarados na Constituição, ao lado dos direitos políticos, são invioláveis, demonstra que os primeiros "visam a assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos e das associações, corporações e sociedades por eles formadas e a disciplinar as relações que nascem do exercício dessa liberdade" (vide *O Juízo Arbitral*, *in* Revista de Informação Legislativa, nº 125, janeiro/março 1995, págs. 97/102). E, sobre a homologação de decisão arbitral sem violação do princípio do acesso ao Judiciário, acrescenta com exatidão e clareza, **verbis**:

"A homologação da decisão dos árbitros teria justificação na dupla necessidade de assegurar, não só o monopólio da função jurisdicional do Estado, como o direito de toda pessoa de 'submeter ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito' (art. 5º, XXXV, Constituição Federal).

Começo pela última e reporto-me ao que disse, antes, acerca da natureza estritamente voluntária e negocial do recurso à arbitragem que resulta do exercício do direito civilmente assegurado a todos que são capazes de transigir e de pôr fim ao litígio

com a anuência da outra parte. Trata-se, na verdade, de uma forma consensual de dispor sobre a interpretação e execução dos contratos.

Nessa hipótese, só haveria que falar em lesão se o direito transacionado fosse indisponível. E se houver causa de nulidade, o recurso ao Judiciário permanece válido e possível."

17. A questão, aliás, foi examinada por este Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n° 56.851, de que foi Relator o saudoso Ministro AMARAL SANTOS (*in* D.J. de 26.9.69), e do Agravo de Instrumento n° 52.181, relatado pelo saudoso Ministro BILAC PINTO (*in* RTJ 68/382-397). Em ambos os casos este Excelso Pretório decidiu pela aceitação do laudo arbitral, distinguindo nitidamente a composição negociada de conflitos e o exercício da jurisdição. Em seu voto, o Ministro BILAC PINTO, tendo 'como incensurável a decisão recorrida, quer no que concerne à constitucionalidade e à legalidade do Juízo Arbitral', cita CASTRO NUNES ao dizer, **verbis**:

"O caráter consensual do compromisso arbitral está mostrando que a ele não diz respeito a garantia do § 4º, que supõe, ao seu natural, o desacordo das partes, assegurando-lhes o acesso aos tribunais. O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às Justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional."

18. E, quando se trata de arbitragem comercial internacional, campo no qual há longa tradição da **lex mercatoria**, reveladora dos costumes no comércio internacional, e dos contratos internacionais nela fundados mediante cláusula compromissória de juízo

arbitral para evitar as diferenças na legislação e as jurisdições nacionais, a possibilidade de homologação, à luz da nova lei brasileira, torna-se ainda mais clara e certa.

19. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América enfrentou questão análoga no caso **Scherk v. Alberto-Culver Company**, em 1974, quando decidiu homologar sentença arbitral internacional, com base em normas explícitas de lei do Congresso daquele País, **The Arbitration Act of 1925**, que veio para reverter as hostilidades à arbitragem e permitir às partes evitar as despesas e a demora nas demandas judiciais (Supreme Court of the United States, 1974. 417 U.S. 506, 94 S.Ct. 2449, 41 L.Ed.2d 270)."

Retomando o julgamento do agravo regimental, o Ministro Sepúlveda Pertence invocou, preliminarmente a orientação adotada, em 30.10.1985, por este Tribunal, no Mandado de Segurança nº 20.505 (*Lex* 59/90), de que fui relator, quanto à Questão de Ordem proposta pelo eminente Ministro Moreira Alves, em cuja solução, o Plenário assentou, por maioria, contra meu voto e o do Ministro Octavio Gallotti, que, "uma vez suscitada incidentalmente a questão da constitucionalidade de lei pertinente à espécie em julgamento, a Corte não se poderá furtar a decidi-la, ainda que não seja ela essencial à solução do caso concreto", seguindo-se idêntica solução no RE 172.058, a 30.6.1995, relator o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Nessa linha, concluiu, que "devemos enfrentar integralmente os problemas constitucionais sugeridos pela nova Lei da Arbitragem", embora registrando que "a constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro: a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35)".

Após minucioso e erudito estudo, quanto à execução específica da obrigação de firmar o compromisso arbitral objeto de cláusula compromissória, se necessário, mediante provimento judicial substitutivo da manifestação da vontade da parte recalcitrante, *ut* arts. 6º e 7º, da Lei nº 9.307/96, o ilustre Relator concluiu pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º e seus parágrafos da Lei de Arbitragem "e, em consequência, dos outros dispositivos que delas derivam, isto é, no art. 41, as novas

redações dadas aos arts. 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem - e, pois, à hipótese de simples cláusula compromissória - a força impeditiva da constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral), do art. 42, que acrescenta um novo inciso, n. VI, ao art. 520, C. Pr. Civil, para incluir, no rol dos casos de apelação com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem".

No que concerne às significativas alterações resultantes dos arts. 18 e 31, da Lei nº 9.307/96, quanto à dispensa da homologação pelo Poder Judiciário da decisão arbitral, bem assim à irrecurribilidade da denominada sentença arbitral, registrou o Ministro Sepúlveda Pertence:

"Uma vez fundada a validade do juízo arbitral na disponibilidade da pretensão material questionada e no consenso das partes ao subtrair a decisão da lide ao Poder Judiciário, renunciando quanto a ela ao exercício do direito de ação, nenhum princípio impõe nem que a exequibilidade da sentença arbitral se condicione à homologação judicial prévia, nem que seja ela susceptível de recurso.

Certo, a instituição consensual da arbitragem obviamente não implica abdicação do direito à observância das normas que a lei mesma prescreve ao desenvolvimento do processo arbitral: por isso mesmo, o art. 21 da L. 9307, depois de outorgar autonomia às partes ou, no silêncio delas aos árbitros, para disciplinar o procedimento arbitral, estabelece, no entanto, que nele 'serão, sempre, respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento'.

No direito anterior, a observância de tais princípios e das regras particulares que os desenvolvem era objeto do exame judicial, quando da homologação do laudo arbitral, agora extinto.

Mas a lei nova não subtrai do controle judiciário a controvérsia que a respeito surja entre as partes nem a conseqüente arguição de nulidade da sentença arbitral; apenas se dá que a verificação da invalidade, cominada expressamente nas hipóteses do art. 32, ao invés de ser objeto do juízo de homologação prévia, haverá de ser demandada em procedimento ordinário (art. 33, § 3º) ou, havendo execução de sentença arbitral, mediante embargos do devedor, 'conforme o art. 741 do C. Pr. Civil' (art.

33, § 3º), ou seja, nos mesmos termos prescritos para os embargos à execução fundada em sentença judicial."

Examinando, a seguir, o caso concreto, após pronunciamento sobre o incidente de inconstitucionalidade, o ilustre Relator anotou: "A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à sentença judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem". Depois de examinar o disposto nos arts. 35, 38 e 39, da Lei n° 9.307/1996, conclui o voto do Relator:

"O laudo arbitral estrangeiro decidiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis: a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior.

A requerida firmou o compromisso e, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação.

Desse modo - não obstante a declaração incidente da inconstitucionalidade dos dispositivos da L. 9307/96 antes enumerados - dou provimento ao agravo - que trouxe ao Plenário à vista da novidade da questão - e homologo o laudo arbitral, para que valha, no Brasil, como título executivo judicial."

Em fase da divergência estabelecida na Corte, relativamente à validade de dispositivos da Lei n° 9.307/1996, pedi vista dos autos.

2. De acordo com o art. 1º da Lei n° 9.307/96, a arbitragem para dirimir litígios, por ser de natureza convencional, pressupõe "pessoas capazes de contratar" e litígio relativo a "direitos patrimoniais disponíveis".

A convenção de arbitragem é o meio pelo qual as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao Juízo arbitral, subtraindo-os do âmbito do Poder Judiciário, compreendendo-se, a teor do art. 3º do mesmo diploma, como modalidades de convenção de arbitragem, a "cláusula compromissória" e o "compromisso arbitral". A "cláusula compromissória" é a convenção mediante a qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (Lei n° 9307/96, art. 4º), cabendo estipular-se essa cláusula por escrito quer no próprio contrato, quer em documento apartado que a ele se refira, sendo que, 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 (Lei nº 9307, art. 4º, §§ 1º e 2º).

O "compromisso arbitral" é, nos termos do art. 9º da Lei em exame, "a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial". O compromisso arbitral judicial será celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda (Lei nº 9307, art. 9º, § 1º). Em se tratando de compromisso arbitral extrajudicial, ajustar-se-á por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público (Lei 9307, art. 9º, § 2º). Do instrumento do "compromisso arbitral" hão de constar, obrigatoriamente, de acordo com o disposto no art. 10 da aludida Lei: "I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral". O "compromisso arbitral" poderá, ainda, conter, a teor do art. 11 da Lei nº 9307, verbis: "I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros".

Desse modo, o "compromisso arbitral" é um prius a instaurar-se juízo arbitral, objetivando a solução de litígio, para a qual as partes interessadas hajam convencionado arbitragem. Pela "cláusula compromissória", as partes, em um contrato, comprometem-se a submeter à arbitragem "os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato". Firma-se, pela cláusula compromissória, uma obrigação de fazer, qual seja, sujeitar à arbitragem litígios futuros que venham a ocorrer, quanto ao contrato.

Pedro A. Batista Martins, in "Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem", ed. Forense, 1999, p. 214, depois de anotar dificuldades do regime anterior quanto à arbitragem, referindo-se à Lei nº 9307/1996, escreve:

J. Henri

"Essa lei, no que tange ao pacto preliminar, eliminou as incertezas anteriores, conferindo-lhe eficácia positiva, com efeitos jurídicos próprios e capazes de per se, afastar a jurisdição estatal.

Superou-se o entendimento da grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais, que considerava o pacto prévio como um facere personalíssimo cujo descumprimento redundava em perdas e danos.

Foi incorporada a teoria mais moderna, de vanguarda, de dotar a cláusula arbitral de caráter imperativo e soberano, ao qual as partes se sujeitam.

Seus efeitos jurídicos são, agora, claros e concretos; derroga a jurisdição estatal, podendo o interessado buscar o resultado prático dela pretendido através da execução específica da obrigação.

Essa cláusula espelha uma condição suspensiva para sua eficácia, qual seja, o aparecimento do conflito. Existindo esse, obrigam-se os interessados a instituir a arbitragem; havendo resistência, pode o contratante exercer o direito de exigir, forçadamente, o cumprimento da obrigação."

3. Pois bem, diante do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, parece fora de dúvida que nem a cláusula compromissória, nem o compromisso arbitral, enquanto modalidades de convenção de arbitragem, podem ser impostos pela lei, eis que conduzem a soluções de litígios subtraídas ao Poder Judiciário, o que, para tanto, há de resultar da expressa vontade das partes e jamais de imposição da lei.

Com efeito, não caberá instaurar-se juízo arbitral senão com o consenso das partes no sentido de sujeitar o litígio à decisão definitiva de um juízo particular, extrajudicial, constituído pela vontade das partes interessadas e segundo a convenção celebrada. O instituto da arbitragem está, assim, baseado, fundamentalmente, na vontade das partes.

Da cláusula compromissória, ut art. 4º da Lei nº 9307/1996, inserida em um contrato, resulta, tão-só, a obrigação de submeter à arbitragem "os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato". O art. 4º refere-se, portanto, a eventuais litígios que resultem de contrato em que essa convenção se estipulou. Quando se ajusta a cláusula compromissória, na conformidade do art. 4º em referência, não se cuida, pois, de litígio específico existente, já conhecido e definido em seu objeto, mas de eventuais e futuras divergências entre as partes contratantes oriundas do contrato.

J. M. F.

Na hipótese do art. 9° do mesmo diploma, as partes ao convencionar o compromisso arbitral, estão diante de um litígio, já definido e específico, judicial ou extrajudicial, cuja solução acordam submetê-la à arbitragem de uma ou mais pessoas. Por consenso, aí, as partes, post litem, -já presente, pois, em concreto, a controvérsia, -resolvem, de comum acordo, sujeitá-la à solução de juízo arbitral e não ao Poder Judiciário. Decerto, essa opção, que se efetiva na convenção de arbitragem, que é, no caso, o compromisso arbitral, não se põe em conflito com a regra do inciso XXXV do art. 5° da Constituição, tal qual se tem entendido, desde o advento do art. 141, § 4°, da Carta Política de 1946, que estabelecia: "§ 4°) A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual", o mesmo sucedendo nos regimes da Constituição de 1967 (art. 150, § 4°) e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, § 4°).

Acerca desse tema, observou o Ministro Rodrigues Alckmin, a 14.11.1973, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181 - GB, pelo Plenário (RTJ 68/396):

"A jurisdição é poder estatal e seu exercício se não submete à concordância dos litigantes. Ora, quando se estipula o compromisso, não é possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional, ou com ofensa ao monopólio da jurisdição que - ressaltados os casos na Constituição previstos - ao Judiciário se reconhece."

4. Melindrosa faz-se, todavia, a indagação da validade do sistema definido na Lei nº 9307, de 1996, quanto à execução específica da obrigação proveniente da cláusula compromissória, prevista no art. 4°, cuja disciplina se define nos arts. 6° e 7°, à vista do art. 5°, XXXV, da Lei Maior.

De fato, preceituam os arts. 6° e 7° aludidos:

"Art. 6° - Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral."

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o

artigo 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa."

"Art. 7º - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto a instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º - O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º - Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º - Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º - Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º - A ausência do autor sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento do mérito.

§ 6º - Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º - A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."

Em realidade, ante litem natam, dá-se na hipótese do art. 4º da Lei nº 9.307/96, de forma geral e abstrata, renúncia, mediante a cláusula compromissória, ao acesso ao Poder Judiciário, relativamente a futuros e eventuais litígios que resultem do contrato onde inserida essa cláusula. Anotou o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu douto voto, que "a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral - onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação - não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de

um litígio atual". E acrescenta: "A esse pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral: esta, no texto de Luiz Olavo Baptista (*op. loc. cit.*, p. 32), 'é genérica, objetivando resolver número não definitivo ou não definido de controvérsias', ao passo que, no compromisso, o objeto é específico, visando solução de controvérsia ou controvérsias já definidas. É o 'futuro condicional' - conclui - 'por oposição ao presente'".

Discordando dessa posição do Ministro Sepúlveda Pertence, sustenta o Senhor Ministro Nelson Jobim, em seu ilustrado voto-vista, verbis:

"A Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros.

Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem.

Não há renúncia abstrata à jurisdição.

Há, isto sim, convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis.

Há renúncia relativa à jurisdição.

Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

Não há que se ler, na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico.

Lá não se encontra essa proibição.

Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão. É o reconhecimento da liberdade individual.

É esse o âmbito de validade da L. 9307/96.

Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrentes de relação contratual específica.

Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta.

A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometam a submeter à arbitragem todos e quaisquer

conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura.

A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial.

É necessário o contrato e a situação jurídica dele decorrente."

Noutro passo, de seu minucioso voto, o Ministro Nelson Jobim acrescenta:

"A instituição da arbitragem, nos termos da lei, consiste na execução do pactuado na cláusula compromissória.

Terá, sempre, como objeto, controvérsia atual.

A cláusula compromissória é que é anterior ao conflito.

A instituição da arbitragem se viabilizará se, e somente se, a controvérsia disser com interesses disponíveis.

Não há, no sistema da lei, renúncia, in abstrato, da jurisdição estatal.

Essa renúncia, como demonstrei, não é autorizada.

Imaginemos que, no fluir de uma relação contratual, em cujo instrumento estipulou-se cláusula compromissória, advém uma controvérsia relativa a interesses indisponíveis.

Imaginemos que, mesmo assim, seja instituída a arbitragem ajustada no contrato.

Nessa hipótese, a sentença arbitral será viciada, pois a arbitragem instituída conflitou com a lei autorizadora (L. 9307/96, art. 1º)."

5. Se é efetivamente relevante o debate acerca do conteúdo da cláusula compromissória, qual se depreende dos longos e brilhantes votos que se proferiram e dos debates registrados, cumpre observar, todavia, que, em nenhum deles, se afirma a inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 9307/96, ao definir a cláusula compromissória como "a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato".

É que, em realidade, a quaestio juris fundamental que se propõe no exame da Lei nº 9307/96 concerne à viabilidade, ou não, diante do art. 5º, XXXV, da Constituição, da execução específica da obrigação resultante da cláusula compromissória, quanto a submeter à arbitragem litígios "que possam vir a surgir", acerca do contrato, a teor do que prevê o art. 7º da Lei em exame, onde se disciplina procedimento em virtude do qual, existindo "cláusula compromissória" e presente certo conflito oriundo do contrato em que ela se inseriu, diante da resistência de uma das partes a firmar o "compromisso arbitral", poderá a parte interessada requerer a citação da outra

parte "para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim". Estipula o § 7º do art. 7º em exame que a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. É bem de ver, assim, que a vontade de uma das partes é substituída pela sentença do magistrado, com o que se terá juízo arbitral instituído sem acordo das partes em torno do objeto do litígio e a designação de árbitro. Subtrai-se o litígio, não existente à data do contrato, mas dele oriundo, contra a vontade de um dos contratantes, ao controle do Poder Judiciário. Impõe-se, por força da sentença, obstáculo a dirimir-se a controvérsia, não existente à data do contrato, pelo juiz competente, ao fundamento de que houve renúncia ao direito de ação, por eficácia da cláusula compromissória de que cuida o art. 4º da Lei em análise.

Se é certo que a instituição de juízo arbitral pressupõe prévio "compromisso arbitral", revestido das formalidades obrigatórias do art. 10, da Lei nº 9307/96; se é exato, de outra parte, que a "cláusula compromissória", enquanto consiste em obrigação de submeter litígio à arbitragem, não dispensa o posterior "compromisso arbitral", sem o qual não se institui o "juízo arbitral", para o caso concreto, compreendo que não será possível substituir a vontade de uma das partes contratantes pela decisão do juiz, sem ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição, pois, em situação tal, interdita-se o acesso ao Judiciário para o desate de litígio, resultante de contrato, e, assim, a ele posterior, sujeitando-se, a juízo extrajudicial, a parte, que a ele não quer se submeter para a solução de litígio, cujo objeto e limites somente surgiram após o contrato onde inserida cláusula compromissória.

Com efeito, como anota Pontes de Miranda, chama-se "compromisso o contrato pelo qual os figurantes se submetem, a respeito de direito, pretensão ação ou exceção sobre que há controvérsia, a decisão de árbitro" (*in* Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 2ª ed., 1959, p. 317). Noutro passo, acrescenta: "O compromisso tem de ser para determinada causa ou para determinadas causas. Não vale o em geral. É preciso que a respeito delas possam transigir as partes. É contrário à moral e aos bons costumes se uma das partes foi constrangida a fazê-lo devido à superioridade econômica ou política da outra" (*op. cit.*, p. 332). Acerca da cláusula compromissória, Clóvis Beviláqua escreveu: "A cláusula compromissória, no direito pátrio, cria, apenas, uma obrigação de fazer. É um pacto preliminar, cujo objeto é a realização de um compromisso, em dada emergência. Como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se, porventura, a ele recorrem, não obstante a cláusula de compromittendo. E como obrigação de fazer, desde que nemo potest

precise cogi ad factum, não obriga às partes à celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil". Referindo-se, adiante, a dispositivo do direito italiano que autoriza o juiz a nomear árbitros, se as partes, desprezando a cláusula compromissória, deixam de fazê-lo, registra Clóvis Beviláqua: "Esta solução tem sido criticada, por desnaturar o compromisso", embora acentue, no mesmo passo, que "a tendência do direito moderno é dar validade e eficácia à cláusula compromissória" (*in* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 10ª ed., 1955, vol. IV, p. 156). Relevante é, aqui, ter presente, em realidade, o sentido do juízo arbitral, que retira da apreciação do Poder Judiciário determinado litígio; o que não se há de fazer, senão pelo concurso das partes interessadas. Não cabe, em face da proteção do art. 5º, XXXV, da Lei Magna de 1988, nem à lei, nem ao juiz subtrair, contra a vontade das partes ou de uma delas, qualquer causa ou demanda, à decisão do Poder Judiciário, máxime se ainda não existente ou definida em seu objeto, à data da inserção da cláusula compromissória no contrato de que resultou certo litígio, cuja solução não quer uma das partes seja subtraída ao juiz natural para a ação.

Bem anotou, no particular, o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto: "Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Carnelutti (*ob. cit.*, p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir. A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial, já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem". Adiante, aduz: "Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente - dada a indeterminação do seu objeto - e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de uma juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (*op. cit.*, XV/224) de que fere o princípio constitucional invocado, hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição - atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem".

J. Néri

Afirma, nesse debate, Pedro A. Batista Martins (*op. cit.*, p. 213), que a arbitragem necessária ou compulsória "*não infringirá o ordenamento constitucional, desde que ressalvada a possibilidade do controle da decisão arbitral pelo Poder Judiciário, nos casos clássicos de nulidade, necessariamente quando viole princípios como o due process of law*".

Compreendo, entretanto, que, pela natureza do juízo arbitral, não cabe, a ele, sujeitá-lo, quem, no caso concreto, quer ver o litígio dirimido pelo Poder Judiciário, sobranceiro a qualquer forma de pressão ou a interesses de diversificada natureza. A universalidade da jurisdição põe-se, na ordem jurídica, entre as garantias fundamentais dos cidadãos. Assim, ninguém poderá ser excluído da proteção do Poder Judiciário, contra sua vontade, diante de litígio de que for parte, concretamente, delineado. Não cabe, destarte, emprestar-se eficácia à cláusula compromissória, per se, em ordem a servir de base a determinação judicial para alguém sujeitar-se a decisão de juízo arbitral, contra sua vontade, a teor do que resultaria da incidência do art. 7º e seus parágrafos, da Lei nº 9307/1996.

De outra parte, nessa mesma linha de compreensão, não é de ter-se, aqui, por adequada a invocação do art. 639 do Código de Processo Civil, quanto à execução de obrigações de fazer e de não fazer. Reza o dispositivo em foco:

"Art. 639 - Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado."

Como decidiu esta Corte (RTJ 92/250), só se aplica o art. 639 em apreço se o contrato preliminar contém todos os elementos necessários para que se converta em definitivo. Está, efetivamente, na ementa do acórdão no RE 88.716 - RJ, relator o Senhor Ministro Moreira Alves, este passo (RTJ 92/250): "O art. 639 do Código de Processo Civil pressupõe a existência de contrato preliminar que tenha o mesmo conteúdo (elementos essenciais e acidentais encarados objetivamente) que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar".

Observa, em seu douto voto, o Ministro Moreira Alves (RTJ 92/250): "Não se admite, em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito suíço e no direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo". E adiante acrescenta (RTJ 92/293):

"8. Por outro lado, para que possa ser julgada a ação a que alude o artigo 639 do Código de Processo Civil, é mister que, não apenas se trate de contrato preliminar, mas também que esse contrato preliminar contenha todos os elementos do contrato definitivo.

Como bem observa Amílcar de Castro (Comentários do Código de Processo Civil, vol. VIII, pág. 181), 'o artigo 1006, § 2º, do Código anterior exigia que o contrato preliminar preenchesse as condições de validade do definitivo, ao passo que o art. 639 fala: 'sendo isso possível e não excluído pelo título', mas esta cláusula equivale àquela exigência, e o direito continua a ser o mesmo' (os grifos são meus)."

Releva, nesse sentido, ter presente a dificuldade de a cláusula compromissória preencher todos os requisitos e conter todos os elementos e exigências do compromisso, enquanto contrato definitivo, com vistas à instauração válida do juízo arbitral. Daí a dificuldade de considerá-la, aos efeitos do art. 639 do CPC, como contrato preliminar. Não é, na mesma linha, de admitir-se que a lei possa suprimir a vontade do contratante aos efeitos do art. 639 do CPC.

Na espécie, cumpre ressaltar, ainda uma vez, que a renúncia ao direito de ação há de ter presente a existência de pretensão atual de direito material a ser satisfeita, podendo, então, as partes optar por submetê-la, concretamente, a juízo arbitral que elejam e não ao Poder Judiciário. O que não pode admitir-se é o direito de ação ser renunciado, em abstrato, em face de litígios não conhecidos, embora vinculados a uma certa relação jurídica de direito material.

De todo o exposto, meu voto acompanha o do ilustre Ministro Relator, para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º e seus parágrafos, bem assim do parágrafo único do art. 6º, da Lei nº 9307/1996, e dos demais dispositivos que dessas normas derivam, bem indicados no voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: "isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts. 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem - e, pois, à hipótese de simples cláusula compromissória - a força impeditiva de constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral), o art. 42, que acrescenta um novo inciso, n. VI, ao art. 520, C. Pr. Civil para incluir no rol dos casos de apelação com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem".

J. Néri
22

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N° 5.206-7 - REINO DA ESPANHA

Também como o Relator, solvido o incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 9307/1996, dou provimento ao agravo regimental, para homologar o laudo arbitral, eis que dispensada a prova de sua homologação por sentença judicial para ter eficácia no país (Lei nº 9307/1996, arts. 18 e 31).

J. Neri

12/12/2001

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Sr. Presidente, dou pela constitucionalidade dos preceitos impugnados na Lei nº 9.307/96.

Com efeito, a Constituição estabelece o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). Dirige-se o ordenamento constitucional ao legislador. É dizer: este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, **data venia**, a afirmativa de ser atentatório à Constituição, art. 5º, XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis.

Posta assim a questão, parece-me correta a afirmativa, contida no parecer do Procurador-Geral da República, no sentido de que "direito de ação" não quer dizer "dever de ação judicial". Nada



*Supremo Tribunal Federal*AGRSE 5.206-7 Reino da Espanha

impede exercer a pessoa, física ou jurídica, o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional. O art. 33 assegura aos interessados o acesso ao Judiciário, no caso de alegação de nulidade da sentença arbitral e também prevê a possibilidade de ser argüida a nulidade em embargos do devedor (art. 33, § 3º, da Lei nº 9.307/96, c/c o art. 741 do Código de Processo Civil), conforme registra, aliás, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em trabalho de doutrina, "A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro" (Revista dos Tribunais nº 735, pág. 46).

Em suma, Sr. Presidente, a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante a arbitragem.

Com essas breves considerações, peço vênias ao eminente Ministro-Relator, e aos que o seguiram, para acompanhar o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, que inaugurou a divergência. *juom*

12/12/2001

TRIBUNAL PLENO

AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA 5.206-7 REINO DA ESPANHAV O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, desde o início, não tive dúvida alguma de que não é possível - em face do texto constitucional que estabelece regra absoluta de livre acesso ao Poder Judiciário - haver, neste caso, livre acesso ao Poder Judiciário.

Nesta Corte, muito se discutiu quando se sustentava que o INSS, para ver proposta ação contra ele, não podia exigir que se lhe comunicasse um acidente para efeito de pagamento de seguro. Alegava-se que isso feria o livre acesso. Aqui, o problema é muito pior, pois, na realidade, se abre mão em abstrato - não se discute que se possa abrir mão em concreto - do livre acesso ao Poder Judiciário.

Com todas as vênias, acompanho o eminente Ministro-Relator.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA**

AGRAVO REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA N. 5.206-7

PROCED. : REINO DA ESPANHA

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

AGTE. : M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISHMENT

ADV. : EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS

AGDO. : RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

ADV. : MARCIA SERRA NEGRA E OUTROS

ADV. : ANDRÉ CARMELINGO ALVES

Decisão : Após o voto do Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que dava provimento ao agravo regimental e homologava o laudo arbitral, converteu-se o julgamento em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e seus reflexos quanto à homologabilidade do laudo no caso concreto. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 10.10.96.

Decisão : Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, após o voto do Relator (Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, mas dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Plenário, 08.05.97.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, que declarava a constitucionalidade, na Lei nº 9.307/96: 1) do parágrafo único do artigo 6º; 2) do artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; 4) do artigo 42; e, no mais, concordava com o Senhor Ministro-Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ilmar Galvão. Plenário, 22.11.2000.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do artigo 6º; 2) o artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, as novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX do Código de Processo Civil;



4) e o artigo 42; e dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral, e dos votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão, que declaravam a constitucionalidade dos citados dispositivos legais e acompanhavam o Senhor Ministro-Relator, para dar provimento ao agravo e homologar a sentença arbitral, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 21.3.2001.

Decisão : Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que declarava inconstitucionais, na Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do artigo 6º; 2) o artigo 7º e seus parágrafos; 3) no artigo 41, as novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII e artigo 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e o artigo 42; e dava provimento ao agravo para homologar a sentença arbitral, e dos votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Celso de Mello, que declaravam a constitucionalidade dos citados dispositivos legais e acompanhavam o Senhor Ministro-Relator, para dar provimento ao agravo e homologar a sentença arbitral, e do voto do Senhor Ministro Sydney Sanches, acompanhando o voto do Senhor Ministro-Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Néri da Silveira. Plenário, 03.5.2001.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2001.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

71 
Luiz Tomimatsu
Coordenador