

A CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Rodrigo Almeida Magalhães

Coordenador do curso de Direito da PUC/ MG – São Gabriel

1- INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo a análise da constitucionalidade da Lei 9.307/96. Para isso, faz-se necessário o estudo da arbitragem face ao direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (C.F.)), ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, da C.F.), à ampla defesa e dupla instância de julgamento (art. 5º, LV, da C.F.).

A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi objeto de julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal que teve, ainda, o parecer do Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro. Foi o Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7, oriundo do Reino da Espanha, em que foram partes MBV Commercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio Ltda.

A decisão final foi prolatada em dezembro de 2001 e a maioria dos ministros entenderam a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, inclusive no assunto atinente à possibilidade do juiz em emitir sentença substitutiva da vontade da parte contrária a firmar o compromisso arbitral (§ único do art. 6º e art. 7º).

Os Ministros Maurício Corrêa, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Ilmar Galvão manifestaram que a vontade da parte expressa na cláusula compromissória é suficiente para que o juiz substitua a declaração da parte recalcitrante em firmar o compromisso arbitral, não ofendendo, em nenhum sentido, o art. 5º, XXXV, da C.F., julgando com isso constitucional os arts. 6º, § único, 7º, 41 e 42, da Lei nº 9.307/96.

Eis a súmula, publicada na Ata 40, do Diário Oficial da União de 19/12/2001:

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 art. 6º; do art. 7º e seus parágrafos; no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, inc. VII; e ao art. 301, inc. IX do CPC e do art. 42, todos da Lei 9.307, de 23/09/1996. Votou o presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12/12/2001.

O ministro Maurício Corrêa, mesmo antes da decisão final do processo 5.206-7, já havia decidido pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem, na Sentença Estrangeira contestada nº 5847-1, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.

Diante do exposto e conforme dito, estudar-se-á, a constitucionalidade da arbitragem e da Lei 9.307/96, tendo como parâmetro as supra citadas decisões do Supremo Tribunal Federal que se constituíram num *leading case* para a arbitragem no Brasil.

2- A ARBITRAGEM FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1- A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (art. 5º, XXXV, da C.F.)

O direito de acesso ao Poder Judiciário já estava presente nas Constituições de 1946 (art. 141, § 4º) e de 1967 (art. 153, §4º). A Carta Magna de 1988 inovou em relação às anteriores na expressão “ameaça de lesão”, explicitando a possibilidade das tutelas judiciais preventivas.

O importante nesse assunto é conhecer os motivos que levaram os constituintes à inclusão desse dispositivo na Constituição. Em 1946, o Brasil

tinha acabado de sair da era ditatorial de Getúlio Vargas, período em que as comissões e inquéritos policiais e parlamentares não respeitavam o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal. Além disso, o judiciário não podia reexaminar essas questões decididas, que eram impositivas.

Com isso, o art. 5º, XXXV, da C.F. visa pôr fim à arbitrariedade dos processos administrativos e inquéritos policiais. Atribui ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos do executivo e do Legislativo, em defesa dos direitos individuais. Ela é endereçada aos governantes, mas, de modo algum, foi inserida na Constituição para limitar as pessoas. O cidadão pode livremente cumprir as obrigações que assumir.

Proibir as pessoas de buscarem meios, fora do Judiciário, para realizar justiça, afronta a dignidade e a liberdade humana. As partes podem, no âmbito de sua liberdade, renunciar ou não à jurisdição.

Como explica Celso Ribeiro Bastos, ao comentar a norma:

Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação.¹

O que a norma não permite é proibir as partes de ir ao Judiciário para resolver os seus conflitos, ou seja, é a arbitragem obrigatória que é proibida.²

Nesse sentido, A. J. da Costa e Silva:

[...] o juízo arbitral obrigatório viola uma das mais importantes garantias constitucionais – a que assiste a todo o cidadão de ter

¹ Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198.

² Pedro A. Batista Martins é um dos poucos juristas que não tem esse entendimento: *Nesse sentido é que ousamos concluir, inclusive, pela legalidade da arbitragem que venha a ser imposta à sociedade como meio de solução de determinadas questões.*

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.

Dessarte, poderíamos questionar a verdadeira conceituação desse rito compulsório, já que não sujeito à vontade única dos envolvidos – mas nunca a sua validade e eficácia. Seria, com certeza, uma forma híbrida de arbitragem, por faltar-lhe o elemento relevante da manifestação espontânea dos interessados. Contudo, não podemos nos esquecer que, ainda assim, mantém o instituto suas vantagens características, como especialidade e celeridade. (Aspectos Fundamentais da lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 23.)

os seus direitos assegurados por um poder, independente e autônomo, especialmente criado com a missão de dirimir as controvérsias a que esses direitos derem lugar. O juízo arbitral obrigatório é a anulação, parcial embora, do poder judiciário. É a atribuição de funções judiciárias a pessoas que não fazem parte deste poder. É uma manifesta inconstitucionalidade.³

Logo, é correta a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal. Essa ação vai contra a Medida Provisória 2.221/01, que tornou obrigatória a arbitragem para a solução de questões decorrentes de contratos de incorporação imobiliária.

A ministra Ellen Gracie partilha dessa opinião ao emitir seu voto no processo 5206-7:

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.

Além disso, sendo a arbitragem utilizada somente para a resolução de conflitos em matéria de direitos disponíveis, sendo lícito então os titulares do direitos renunciarem ou transigirem sobre a matéria, nada impede que eles renunciem a seu exercício eventual por intermédio do Judiciário. Ou melhor, quem pode mais (renunciar ou transacionar o direito) pode menos (desistir de uma das formas de exercício de seu direito).

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar a questão (Agravo de Instrumento 52.181 e RE 56.851) e rejeitou a inconstitucionalidade, valendo ressaltar parte da decisão do Ministro Rodrigues Alckmin:

Os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, podem as partes transigir, como podem aceitar o compromisso

³ Revista dos Tribunais 36/185, *apud* VIANNA, Duval. Lei de Arbitragem: Comentários à Lei 9.307, de 23-9-96, DOU de 24-9-96. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1998, p. 19.

– tal como lhes é lícito, na compra e venda, deixar a fixação do preço ao arbítrio de terceiro. Em nenhuma dessas situações se pode pensar na criação de órgãos revestidos do poder de jurisdição. É que, como evidente esse poder não decorre do acordo de vontades dos titulares de interesses em conflito. A jurisdição é poder estatal e seu exercício não se 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 – ressalvados os casos na Constituição previstos – ao judiciário se reconhece.

O Ministro Sepúlveda Pertence também se manifestou sobre o assunto no agravo regimental em sentença estrangeira 5206-7:

[...] Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda 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 Editora, 4ª ed., p. 364).

O Estado também se faz presente na arbitragem em diversas oportunidades, como:

- a) na declaração de nulidade da sentença arbitral (art. 33);
- b) na execução coativa da sentença arbitral;
- c) na possibilidade de argüição de nulidade da arbitragem nos embargos à execução (art. 33, § 3º);
- d) na efetivação das medidas de urgências e em sua concessão antes da instalação da arbitragem;
- e) no reconhecimento e execução de laudo arbitral estrangeiro (art. 35);

f) no surgimento na arbitragem de controvérsias acerca de direitos indisponíveis (art. 25);

g) na existência de cláusula compromissória e resistência de uma das partes em instituir a arbitragem (art. 7º).

Como salienta Pedro Antônio Baptista Martins:

[...] na arbitragem, as regras e a solução da pendência são concluídas em caráter privado, contudo, sob o manto do próprio Estado, legislador primário do instituto. O procedimento arbitral não é processo estatal, mas processo estatalmente disciplinado, ordenado. Apesar do aparente distanciamento do órgão convencional, na realidade, a longa manus estatal sempre alcançará a sentença arbitral que violar postulados essenciais ou, enfim, que venha a causar lesão a direito individual.⁴

Tanto a Constituição espanhola de 1978, art. 24.1⁵, quanto a Constituição italiana de 1948, art. 24⁶, possuem dispositivo semelhante ao art. 5º, XXXV, da C.F.. Sendo que, na Itália, a Corte Constitucional chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade da arbitragem, entendeu ilegítima a arbitragem obrigatória e admissível a arbitragem facultativa.⁷

Na Espanha, ocorreu o mesmo. O Tribunal Supremo, em 09/10/89, decidiu que a arbitragem não viola o art. 24.1 da Constituição espanhola:

1. O ordenamento jurídico espanhol concede aos particulares a possibilidade de optar para a solução de seus problemas sócio-jurídicos entre o procedimento ou via jurisdicional ou extrajudicial (arts. 1.809 e seguintes e especialmente a estes efeitos o art. 1.814 de Código Civil). 2. Fazendo uso dessa faculdade, e do disposto no art. 1.255 do citado corpo legal, os aqui contendentes pactuaram valer-se do procedimento

⁴ MARTINS, Pedro Antônio Baptista. A Arbitragem e o Art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República de 1988. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Rio de Janeiro, Vol. 77, pp. 117-118, jul./set. 1996.

⁵ Art. 24.1- Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juizes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que em nenhum caso possa produzir-se falta de defesa.

⁶ Art. 24- Todos podem agir em juízo pela tutela do próprio direito e interesse legítimo.

⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 38.

extrajudicial – arbitragem – para resolver as questões que do cumprimento do contrato entre eles celebrado poderiam surgir.

3. O art. 24.1 da Constituição espanhola, que se estima infringido pelos recorrentes, se limita a assinalar o direito que todo cidadão tem em obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, mas não impede a igualdade facultade constitucional de optar pela mencionada tutela, o procedimento extrajudicial – arbitragem nesse caso – como aqui foi feito.⁸

2.2- A ARBITRAGEM E O JUÍZO OU TRIBUNAL DE EXCEÇÃO (art. 5º, XXXVII, da C.F.)

A Constituição da República, no art. 5º, XXXVII, estabelece que *não haverá juízo ou tribunal de exceção*.

Essa norma constitucional significa que os órgãos do Poder Judiciário são somente aqueles que estão estabelecidos na Constituição. Ela tem por objetivo garantir a imparcialidade e independência do julgador, constituindo uma garantia para os cidadãos que terão a garantia de serem julgados pelos órgãos estabelecidos na Constituição e com as garantias nela previstas.

[...] De fato, o juízo ou tribunal de exceção é justamente a negação do juízo legal. Vale dizer, o juízo ou tribunal de exceção é aquele criado para julgamento de um determinado caso, seja diretamente, seja através de manipulações legais, o que supõe sua criação posterior ao fato e, assim, a violação do princípio do juízo legal.⁹

A arbitragem não constitui um tribunal de exceção. Ela está regulamentada em lei, constituindo uma forma de solução de conflitos baseado

⁸ CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma M. Ferreira. Aspectos Fundamentais da lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42.

⁹ ROCHA, José de Albuquerque. A Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996) uma Avaliação Crítica. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31.

na vontade das partes, ou seja, dependente apenas da intenção das partes, elas não forçadas a utilizá-la. Não sendo obrigatória, está afastada a possibilidade de ser um juízo de exceção.

Outro argumento é que os órgãos previstos na Constituição são uma garantia para os cidadãos e não uma imposição, dever, nada impedindo, como previsto no próprio preâmbulo da Constituição, a adoção de outras formas de *solução pacífica das controvérsias*, principalmente tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis. Podendo as partes renunciar ao direito, nada mais justo renunciar a eventual intermédio do Poder Judiciário.

Além disso, a norma constitucional somente se aplicada aos órgãos do Poder Judiciário e ao juízo arbitral, não é integrante de nenhum dos poderes do Estado, constituindo uma opção para as partes de resolução de conflitos.

2.3- ARBITRAGEM, AMPLA DEFESA E DUPLA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO (art. 5º, LV, da C.F.)

A ampla defesa é a possibilidade de utilização de todas as defesas previstas na legislação.

A irrecorribilidade da sentença arbitral não viola o princípio constitucional de ampla defesa. A arbitragem, diz Cretella Júnior, “é o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão”. A sentença arbitral tem efeito, força de coisa julgada entre as partes. A arbitragem é instituto de natureza contratual e as partes, que livremente e de comum acordo instituíram o juízo arbitral, não podem romper o que foi pactuado. Não se veda o

acesso à justiça, mas, apenas, a recorribilidade da sentença arbitral ganha força executória e eficácia no Poder Judiciário nos casos expressos na lei projetada, em ação própria ou em embargos à execução, na hipótese de execução forçada.
(Trecho do parecer do senado no Projeto da lei de arbitragem, relator: senador Antônio Mariz)

Cabe salientar que as partes podem estabelecer recursos para a sentença arbitral e, mesmo não estabelecendo, qualquer delas poderá propor a ação de nulidade e alegar a nulidade, também, nos embargos à execução.

E, por fim, o duplo grau de jurisdição, que não é princípio absoluto e para alguns nem chega a ser princípio, por não estar expresso na Constituição; há, ainda, ações constitucionais a que não cabem recursos.

2.4- ARBITRAGEM NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Não prosperam as argumentações a propósito da inconstitucionalidade da arbitragem, até mesmo porque ela está prevista na Constituição.

O preâmbulo da Constituição prevê a solução pacífica das controvérsias e a arbitragem é uma das formas de resolução pacífica dos conflitos.

O art. 114, §§ 1º e 2º, prescreve a utilização da arbitragem na questão do dissídio coletivo.

O art. 12, § 2º, do ato das disposições constitucionais transitórias, antevê o uso da arbitragem na demarcação das linha divisórias entre Estados e Municípios.

Além disso, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais sobre arbitragem, como a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova Iorque, 1958), a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1957) e Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional (Buenos Aires, 1998).

3- A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 6º, § ÚNICO, 7º, 41 E 42 DA LEI DE ARBITRAGEM

Conforme explicitado, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi objeto de julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal que contou, ainda, com o parecer do Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro. Foi o Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7, oriundo do Reino da Espanha, em que foram partes a MBV Commercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio Ltda.

O ministro Maurício Corrêa, mesmo anteriormente à decisão final do processo 5.206-7, já havia decidido pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem, na Sentença Estrangeira contestada nº 5847-1, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.

Os Ministros Maurício Corrêa, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Ilmar Galvão julgaram constitucionais os arts. 6º, § único, 7º, 41 e 42, da Lei nº 9.307/96. Com isso, vale a pena analisar os votos dos ministros, pois esclarecem bem as questões sobre a constitucionalidade.

Inicia-se com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence que foi relator do processo e que entendeu pela inconstitucionalidade dos arts. 6º, § único, 7º, 41 e 42, da Lei nº 9.307/96. Após relatório, assim ele se manifestou:

A constitucionalidade do juízo arbitral – perde-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”. [...]

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”.

[...]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 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. [...]

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) 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 ao art. 7º da Lei de Arbitragem e, em conseqüência, 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 com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença “que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem”.

Logo, o Ministro entendeu que é constitucional o compromisso arbitral, pois os titulares dos interesses em conflito, embora podendo submetê-lo à apreciação do Poder Judiciário Estatal, escolhem a Arbitragem como forma de resolução de seus conflitos.

Porém, entendeu ser insuficiente a vontade manifestada na cláusula compromissória, dada a indeterminação de seu objeto. A permissão conferida ao juiz de substituir a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso, afronta a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, razão pela qual declarou inconstitucional o parágrafo único do art. 6º, o art. 7º e seus parágrafos, assim como as novas redações atribuídas no art. 41 aos arts. 267, VII, e 301, IX, do Código de Processo Civil, e ao art. 42, todos da Lei de Arbitragem.

O Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, chamado a se manifestar, proferiu parecer dando provimento ao agravo regimental, considerando que o controle jurisdicional estatal não havia sido afastado no novo regime.

Com relação à constitucionalidade dos referidos artigos, assim se manifestou o Procurador-Geral da República em seu parecer:

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.

O Ministro Nelson Jobim rebate a argumentação do Ministro Sepúlveda Pertence:

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.

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 BAPTISTA, base de PERTENCE, não atenta à circunstância de ser aplicável, unicamente, aos dois tipos de cláusulas que denominei de “universal” e “parcial”¹⁰.

A afirmação de OLAVO BAPTISTA 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 BAPTISTA.

Para o tipo “singular”, na qual a lide futura seja 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”;

¹⁰ 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).

E, daí, conclui:

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

Nada a opor quanto às premissas.

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

É, também, verdadeiro que o juízo sobre a disponibilidade dos interesses somente possa 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 acha-se, no modelo da lei, que 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.

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

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).

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. [...]

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.

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.

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

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

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. [...]

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 relação jurídica dele decorrente.

PONTES DE MIRANDA já afirmava isso 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: ...)”

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 à 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.

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

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

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, “... 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, continua PERTENCE, “... consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repele” (voto, p. 24).

E, aí conclui, que “... 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. [...]

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). [...]

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).

O Ministro Ilmar Galvão tem o mesmo entendimento do Ministro Nelson Jobim:

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).[...]

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. [...]

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. [...]

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...”

Escusando-me por haver-me alongado em demasia nas considerações que acabo de expor, peço vênua 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.

A Ministra Ellen Gracie reforça o voto dos dois Ministros:

Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica, importa 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 inserira 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.

Após estes argumentos, a maioria dos ministros entendeu constitucional toda a lei 9307/96.

4- CONCLUSÃO

A maioria dos Ministros do STF e os que defendem a constitucionalidade dos artigos da Lei de Arbitragem, começam alegando que o Brasil é signatário da Convenção de Nova Iorque e da Convenção do Panamá, as quais estabelecem a validade dos acordos para submeter à Arbitragem, litígios existentes ou futuros, ou seja, a cláusula compromissória é apta a instituir a Arbitragem.

As partes, ao firmarem a cláusula arbitral, fixaram-na espontaneamente, estando expressa num contrato. O compromisso arbitral serve apenas como instrumento destinado a precisar os termos da convenção, definir o objeto da Arbitragem e o árbitro ou o tribunal arbitral (art. 10), se já não estiverem previstos na cláusula arbitral. Tanto é assim que, o art. 3º coloca a cláusula arbitral e o compromisso arbitral como espécie da Convenção Arbitral, configurando instrumentos hábeis para a instituição da Arbitragem.

Apesar do objeto da Arbitragem, na cláusula arbitral, na maioria dos casos, não estar determinado, ele é determinável, pois a cláusula arbitral está expressamente prevista e ligada a determinada relação jurídica estabelecida entre as partes.

Mesmo que declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º, ela não causaria a invalidade das alterações dos arts. 267, VII, 301, IX e 520, VI, todos do Código de Processo Civil, previstos nos art. 41 e 42 da Lei de Arbitragem, porque, pode-se ter cláusula compromissória com todos os requisitos do art. 10 ou a cláusula compromissória apresentar o árbitro e o objeto do conflito, conferindo a ele poderes para completar a cláusula arbitral e instituir a arbitragem. Nesses casos, não haverá compromisso arbitral e, mesmo assim, a arbitragem se desenvolverá regularmente. Logo, é equivocada qualquer discussão sobre a validade dos arts. 41 e 42.

Com a declaração da constitucionalidade da Lei de arbitragem, o Brasil inseri-se entre as nações com as legislações mais modernas, possibilitando a sua utilização, apesar de esforços em contrário para inviabilizar a sua aplicação.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma M. Ferreira. Aspectos Fundamentais da lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Aspectos Fundamentais da lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARTINS, Pedro Antônio Baptista. A Arbitragem e o Art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República de 1988. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Rio de Janeiro, Vol. 77, pp. 117-118, jul./set. 1996.
- ROCHA, José de Albuquerque. A Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996) uma Avaliação Crítica. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VIANNA, Duval. Lei de Arbitragem: Comentários à Lei 9.307, de 23-9-96, DOU de 24-9-96. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1998.