10/10/96 PLENÁRIO

AGRAVO REG. EM SENTENCA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHA

RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE
AGRAVANTE: M B V COMMERCIAL AND EXPORT MANAGEMENT ESTABLISMENT
ADVOGADO: EVANDRO CATUNDA DE CLODOALDO PINTO E OUTROS
AGRAVADO: RESIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
ADVOGADO: FERNANDA HESKETH E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR): Em 10.10.96, assim relatei o caso:

"*Esta, a decisão agravada (f. 65):*

M.B.V. Comercial and Export Management Establisment, 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

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.

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 chancelado, 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 chancelado, 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)."

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, 1°.7.83, Oscar Corrêa; 3.707, Plen. 21.9.88, Néri; SE 4.413, sent. 12.2.90, Néri, DJ 1°.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 inexcedível, o saudoso Amílcar de Castro, Direito Internacional Privado, 1956, II/ 174, n. 251) — "é doutrinariamente perfeito, dizendo: 'As sentenças dos Tribunais estrangeiros serão exeqüíveis 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, dessume-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 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, § 4°), 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.

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. 6° e 7°).

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 prossegui 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, § 2°) ou, havendo execução da sentença arbitral, argüida mediante embargos do devedor, **"conforme o art. 741 do C.Pr.Civil"** (art. 33, § 3°), 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.

Já Amilcar 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, 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.

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 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.

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 juizo 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 Establisment, mas também para a empresa nacional Resil Indústria e Comércio Ltda., 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.

10/10/96

PLENÁRIO

AGRAVO REG. EM SENTENCA ESTRANGEIRA N. 5.206-7 REINO DA ESPANHA

VOTO

I

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:

- 1°, 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. 6° e 7°).

- 2°, 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 so 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).

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 incidentemente 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 pretendera basear o ato presidencial.

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

Ao relator, contudo, pareceu dispensável o deslinde da questão constitucional proposta, pois bastante ao deferimento da 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 argüição 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 argüição de inconstitucionalidade* ***incidenter tantum*** *em qualquer processo que não o da representação de inconstitucionalidade (caso em que a argüição 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 juízos quando só dispúnhamos do controle difuso da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, surgiu nos Estados Unidos da 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 argüição **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 argüição. 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 conseqüência, 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.

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 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., EJEA, 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, Tits 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 juizo 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, § 1°); 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 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 Juizo Arbitral e o art. 150, § 4°, 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, § 4°, 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 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, § 4°, da Constituição Federal de 24.1.1967, reproduzindo qual norma da Carta de 1946, (art. 141, § 4°), 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 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, § 4°, 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**, 1958, II/936), "*non si crea infatti alcuna derroga al principio fundamentale per cui l'attivitá 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 addiriture 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.

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 juizo 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. cits., p. 900), "si attua (...) una espressa *rinunzia* alla cognizione di una o più controversie da parte del giudice, al quale le vertenze stesse vengono sottrate".

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

"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 excluirão da apreciação judicial sua 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 abdica do direito instrumental da ação"*.

Por tudo isso mesmo, parece inequívoco, em contraposição, que afrontaria a garantia da ubiqüidade 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 rinvenirse 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 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 § 4°, 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. 3°. 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, **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 claosola 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. 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 7° desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário 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 comproimisso 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 além das marcas impostas

pela Constituição ao âmbito de validez 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. 5°, 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. cits., 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. cits.).

Certo, ao seu tempo, para não admiti-la, bastou a Clóvis Bevilaqua 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."*

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, § 2°, 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 § 2°. 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*".

"*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. 6° e 7° 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. 5°, 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: 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. 5°, 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. 6° e do art. 7° 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*".

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."

Não há dúvida de que a completa equiparação de laudo arbitral - expressivamente rebatizado de "*sentença arbitral*" - à decisão judiciária, independentemente de sua homologação em juizo, 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 subseqüente 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 <u>imperfeito</u> de jurisdição a ser <u>integrado</u> 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 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 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 argüição 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, § 3°) ou, havendo execução de sentença arbitral, mediante embargos do

devedor, "*conforme o art. 741 do C. Pr. Civil*" (art. 33, § 3°), 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 **Juizo 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. 5°, 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.*"

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 argüição 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.

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 Amilcar 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"*.

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:

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.