03/05/2001

TRIBUNAL PLENO

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

VOTO VISTA

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora):

Em requerimento de homologação de sentença estrangeira, discute-se incidentemente a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) mais precisamente, avalia-se a compatibilidade, ou não, da adoção de cláusula compromissória (de utilização do sistema arbitral) para a solução de eventuais futuros litígios decorrentes da execução do contrato, em face da garantia constitucional da universalidade do juízo, (Constituição Federal, art. 5°, XXXV).

O pedido, firmado por empresa estrangeira, submete a esta Corte laudo arbitral produzido na Espanha e que resultou na condenação de empresa brasileira ao pagamento de uma comissão de intermediação correspondente a 15% calculados sobre o valor da proposta de fornecimento de um milhão de extintores de incêndio para automóveis à Polônia. Tal fornecimento deixou de se realizar em razão de alegadas dificuldades econômicas e de produção da empresa brasileira. As partes divergiam quanto à subsistência da obrigação de pagar a corretagem e quanto ao valor básico unitário sobre o qual se devia calculá-la, se fosse devida.

Citada, a empresa brasileira não se opõe à homologação do laudo que resultou em sua condenação ao ressarcimento à corretora do valor de US\$ 332.000,00 a título de lucros cessantes; US\$ 700.000,00 por danos ao prestígio comercial e US\$ 200.000,00 correspondente a despesas efetuadas por conta do negócio falhado. A tais valores acrescentam-se as custas da arbitragem e juros à taxa de 5,5% ao ano.

Embora não haja necessidade de enfrentar o problema de constitucionalidade para a solução do caso concreto e que todos - e expressamente a requerida - nada tenham a opor à homologação, a jurisprudência da Corte é firme no sentido de que, mesmo no controle incidental, o que de fato compõe a tarefa essencial do Supremo Tribunal Federal é a definição de constitucionalidade. Referiu o eminente Ministro Relator Sepúlveda Pertence, evocando Calamandrei que 'o interesse particular dos litigantes (...) é usado como elemento propulsor posto a serviço do interesse público', que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe." O precedente em que a questão foi explicitada

Supremo Tribanal Todoral AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

(Mandado de Segurança 20.505 Rel. Min. José Néri da Silveira) afirmou que suscitada incidentemente a questão de inconstitucionalidade, "a Corte não se poderá furtar a decidi-la, ainda que não seja ela essencial à solução do caso concreto".

Resumiu. eminente Ministro O Relator, que "sustentação da constitucionalidade da arbitragem essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral mediante o qual as partes de determinada controvérsia, embora podendo submetela à decisão judicial, optam por entregar a terceiro, particular, a solução da lide, desde que esta, girando em torno de direitos privados disponíveis, pudesse igualmente ser composta transação".

Tanto sob a legislação anterior, quanto sob a atual, não há dúvidas relativamente à constitucionalidade do instituto da arbitragem.

Diversa é a posição do eminente Ministro Relator no que diz respeito à compulsoriedade da cláusula compromissória e da possibilidade de sua execução específica. Isso porque entende que "a renunciabilidade da ação não existe in abstracto: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral."

Embora reconhecendo que no estágio atual do direito a regra é a execução específica das obrigações, incluídas as de fazer, S.Exa. vê "empecilho à incidência, na hipótese, da regra geral do art. 639 do CPC [diante da] impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria, a vontade da parte recalcitrante, regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar - qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem."

Declara, por isso, a inconstitucionalidade do § único do art. 6° e do art. 7° da Lei de Arbitragem e, em conseqüência, dos dispositivos que delas derivam.

Divergindo, manifestou-se o eminente Min. Nélson Jobim, para quem "a Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5°, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros".

Também na divergência, assim se manifestou o eminente Min. Ilmar Galvão: "Não se cuida, entretanto, de ato [refere-se ao pacto comissório] por meio do qual alguém declara haver renunciado,

AGRSE 5.206-7 REINO DX ESPANHA Tedoral

de forma absoluta, a todo e qualquer direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial de natureza disponível, deliberem, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por elas próprias dissipadas de comum acordo; e, com certeza, se não lograrem êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatóriamente por eles acatada. (...) A renúncia que a inserção de tal cláusula poderá implicar, ao direito público de ação, quanto às lides suscetíveis de eclosão no âmbito restrito de contrato determinado, não pode ser tachada de genérica, posto que insuscetível de alcançar atos ou fatos diversos."

Tanto o Min. Nelson Jobim quanto o Min. Ilmar Galvão concluíram, em oposição parcial ao eminente Ministro Relator Sepúlveda Pertence, reconhecendo compatibilidade constitucional aos dispositivos que S. Exa. afastava do ordenamento jurídico, acompanhando-o, porém, na homologação do laudo arbitral.

Faço essa rememoração para definir que o cerne da controvérsia, tal como manifestada até aqui, está em saber se, e até que ponto, podem os contratantes de cláusula compromissória restringir de antemão, o seu direito de acesso ao judiciário para a solução dos litígios que exsurjam das relações civis ou comerciais decorrentes da avença que firmaram. Ou se, ao revés, tal limitação quando diga respeito a litígio futuro, de contornos ainda não determinados - entraria em confronto com a cláusula constitucional que remete ao judiciário o conhecimento das lesões ou ameaças de lesão a direito.

2. Ao instituir a execução específica da cláusula compromissória, a Lei nº 9.307/96 afastou o obstáculo que, até então, tornava praticamente inexistente a arbitragem em nosso país. vez que se quisesse furtar a uma solução célere controvérsia - ou mesmo, ao simples reconhecimento responsabilidade pela quebra de contrato - à parte inadimplente bastava recusar-se a firmar o compromisso arbitral. Ao juízo era ainda que a vedado substituir-se a esta sua manifestação controvérsia, perfeitamente delimitada, decorresse exatamente do desenvolvimento natural do contrato e versasse sobre direitos de natureza disponível.

Por isso, especialmente nas relações de comércio internacional, o país destoava da maior parte das jurisdições, a ponto de dificultar-se a conclusão de transações, ante a inexistência de mecanismos capazes de promover as soluções céleres

AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

e especializadas que a atualidade do comércio impõe. E a levar, na grande maioria das oportunidades a que as empresas brasileiras se vissem compelidas a aceitar a arbitragem em países estrangeiros e consoante suas normas.

Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que - dada a natureza dos interesses envolvidos - pode ter sido consideração básica à formação da avença. É inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes.

A instabilidade econômica dos mercados internacionais e a volatilidade de capitais e preços de mercadorias podem tornar mais onerosa às partes a manutenção de uma longa pendência que, até mesmo, uma solução desfavorável, pois o conteúdo de incerteza relativamente às posições devedoras e credoras se torna entrave ao planejamento e desenvolvimento empresarial.

Não vejo que se afaste do conhecimento judicial a solução de pendências entre os contratantes. O que se dá é mudança no foco e na oçasião em que será possível um apelo ao judiciário. Sem cláusula compromissória, as partes podem, ou não, submeter a controvérsia surgida, ao longo da execução de um contrato, arbitragem (tanto quanto poderiam, desde logo, transacionar sobre respectivos direitos). Com a presença de uma compromissória, as partes podem, ainda assim, remeter ao juiz a decisão sobre sua obrigatoriedade no caso em que uma delas resista à concretização do compromisso arbitral. Neste momento, diante da lide definida (a qual, se antes, era indeterminada, pressupunha-se necessariamente decorrente da execução do contrato), juiz apreciará a consistência das eventuais recalcitrante em adimplir a obrigação pela qual se obrigara: vale dizer, a obrigação de submeter as controvérsias exsurgentes do contrato ao juízo arbitral.

A solução desta lide levará a uma de duas soluções: ou considerará o julgador insubsistentes as objeções do réu, determinando, então, que se proceda ao laudo arbitral ou, verificará que efetivamente o conflito - agora delimitado - não se subsume na previsão genérica da cláusula contratual que instituiu o pactum de compromittendo e, consequentemente, lhe negará aplicação.

AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

Isso já foi dito, com absoluta clareza, na SEC 5.847-1, pelo eminente Ministro Relator Maurício Corrêa: "o juiz estatal, quando acionado para compelir a parte recalcitrante a assinar o compromisso, não decidirá sem antes verificar se a demanda que se concretizou estava, ou não, abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória. Se concluir que a espécie de conflito que se concretizou se incluía no objeto da renúncia, deferirá o pedido. Caso contrário, a arbitragem não terá êxito." Por isso, conclui S. Exa. que o juiz, a rigor, "não substitui a vontade das partes, mas a concretiza".

A leitura que faço da garantia enfocada no art. 5°, XXXV, é de que a inserção da cláusula assecuratória de acesso ao judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Creio que essa leitura é coerente com as anteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal, pois verifico que a Corte já se posicionou no sentido de inadmitir que barreiras econômicas se anteponham ao exercício do direito de acesso ao judiciário, quando, por exemplo, eliminou a obrigatoriedade de depósito preparatório nas ações que tenham por objeto discutir o débito para com o INSS, suspendendo a vigência do artigo 19, caput, da Lei nº 8.807/94 (ADIN 1.074-3/DF, Medida Cautelar, Rel. Min. Francisco Rezek, in D.J.U. de 23/9/94, p. 25.314). Da mesma forma, quando, ao suspender a eficácia de lei estadual, considerou que "a exigência de taxa judiciária ilimitada valor da causa ou da (incidente sobre o condenação), inviabilizar, certos casos, o próprio acesso Poder em Judiciário, o que não é permitido pela Constituição (art. 5º, XXXV)." (ADIN 1.651~2/Paraíba, Medida Cautelar, Rel. Min. Sydney Sanches, in D.J.U. de 11/09/1988, p. 2).

A Corte, porém, não reconheceu inconstitucionalidade quanto à execução extrajudicial de contrato de compra-e-venda, regido pelo Sistema Financeiro da Habitação (Decreto-lei nº 70/66), que configura típica avença entre particulares, que expressamente aderem a esse tipo de solução expedita, prevista para os casos de inadimplência. Essa tem sido a posição adotada até agora. A 2º Turma, todavia, afetou ao pleno a questão na sessão do último dia 17/04/2001, quando do julgamento do RE nº 250.545/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

AGRSE 5.206-7 REINO DA ESPANHA

Entendo que a garantia de acesso ao judiciário é daqueles direitos fundamentais nos quais se reconhece maior peso ao que Canotilho ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Coimbra, Livraria Almedina, 4ª ed., p. 401 e seguintes) denomina de função de direitos de defesa dos cidadãos. Ou seja, no plano jurídico-objetivo, representa a impossibilidade, para o Estadolegislador, de excluir da apreciação judicial determinadas matérias e, no plano jurídico-subjetivo, "o poder de exercer positivamente o direito de ação".

A mesma garantia, em sua função de **prestação social**, corresponde à obrigação estatal de instituir e manter mecanismos judiciários equipados e suficientes ao atendimento dos litígios judicializáveis.

E, por último, em sua função de *não discriminação*, obriga o Estado a prestar jurisdição a todos, assegurando a gratuidade a quem não possa enfrentar as custas do processo, garantindo o concurso de defensor dativo ao criminoso pobre e, mesmo, os serviços de consultoria e advocacia gratuita no cível, como forma de equalizar os cidadãos em suas condições de efetivo acesso à Justiça.

Como se vê, o cidadão **pode** invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas, **não está proibido** de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, **não pode** afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.

3. Por essas razões, rogando vênia ao eminente Relator, alinho-me à divergência, para afastar a pecha de inconstitucionalidade do § único, do artigo 6° e do art. 7°, da Lei de Arbitragem e, dos dispositivos que deles derivam. Acompanho S.Exa., todavia, para homologar "o laudo arbitral a fim de que valha no Brasil, como título executivo judicial".

