22/11/2000 TRIBUNAL PLENO

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

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM:

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

Trata-se da nova disciplina da arbitragem.

O Relator - PERTENCE - concluiu pela inconstitucionalidade do *"... parágrafo único do art. 6° ..., do art. 7° ..., art. 41 e o art. 42, ..."*[1].

1. O SISTEMA DA L. 9.307/96.

Examino o sistema instituído pela lei.

---

[1] **Voto de PERTENCE (p. 23):**
"... parágrafo único do art. 6° e do art. 7° ... e ..., dos outros dispositivos que delas derivam, isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts. 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem - a força impeditiva da constituição ou da continuação do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral), o art. 42, que acrescenta um novo inciso, n. VI, ao art. 520 C. Pr. Civil para incluir no rol dos casos de apelação com efeito só devolutivo, o da interposta contra a sentença 'que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem'" (fls. 25 do voto).

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

1.1. A convenção.

A ***"convenção de arbitragem"*** é o instrumento pelo qual *"as partes ... podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral ..."* (art. 3°).

1.2. A instituição da arbitragem.

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

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

1.3. O procedimento.

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

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

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

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

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

1.4. A sentença.

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

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

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

1.5. Tipos de convenção.

Analiso os tipos de convenção de arbitragem.

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

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

1.5.1. O Compromisso arbitral.

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

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

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

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

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

STF 102002

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

1.5.2. A Cláusula Compromissória.

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

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

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

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

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

1.5.2.1. Classificação da Cláusula compromissória.

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

(A) Quanto ao objeto.

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

Ela pode ser classificada em três tipos:

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

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

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

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

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

STF 102/002

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

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

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

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

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

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

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

T.F. 102.002

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

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

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

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

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

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

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

T.F. 102.002

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

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

(B) Quanto às regras de instituição.

Dito isto, volto à tipologia da cláusula compromissória.

Examinei a classificação tendo em vista o seu objeto.

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

Nesse caso, teremos três tipos de cláusula compromissória.

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

A primeira, quando a cláusula se reportar "... *às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada* ..." (art. 5°, primeira parte[2]);

---

[2] **L. 9.307/96:**
Art. 5°. Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Para esse tipo, a lei é expressa:

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

Nessa hipótese, a instituição da arbitragem, ou seja, o compromisso do árbitro (art. 19[3]), obedecerá às regras praticadas pelo órgão ou entidade especializada.

O próprio processo de escolha dos árbitros obedecerá às regras referidas, se as partes as tiverem adotado. (art. 13, §3°[4]).

(b) Cláusula com pacto sobre a instituição.

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

A lei não dá tratamento específico, por desnecessário.

---

[3] **L. 9.307/96:**
Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

[4] **L. 9.307/96:**
Art. 13. .....
.....
§3° As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou **adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.**

T.F. 102.0002

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

(c) Cláusula compromissória "em branco".

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

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

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

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

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

Leio:

T.F 1012.0012

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.

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

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

Não antes.

A lei vai mais longe.

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

Leio:

Art. 6°. .....

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7°

T.F. 102.002

desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

A lei criou uma ação judicial com procedimento especial.

Está no art. 7° ([5]).

São condições específicas dessa ação:

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

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

---

[5] **L. 9.307/96:**

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

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

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

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

T.F. 102.1002

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

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

Nessa audiência há um momento preliminar.

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

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

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

---

[6] **L. 9.307/96:**
Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:
I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
III - a matéria que será objeto da arbitragem; e
IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

[7] **L. 9.307/96:**
Art. 21. .....

T.F. 102.0002

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

Leio:

> Art. 7°. .....
>
> .....
>
> §7°. *A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.*

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

É uma sentença constitutiva positiva.

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

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

.....

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

STF 002.002

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

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

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

(a) as regras do órgão; ou

(b) da entidade especializada; ou

(c) aquelas fixadas pelo árbitro; ou

(d) as regras ajustadas na própria cláusula.

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

O litígio é uma condição suspensiva.

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

T.F. 102.1802

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

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

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

É o caso dos contratos de adesão.

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

É o §2° do art. 4°[8].

A exceção é relevante.

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

---

[8] **L. 9.307/96:**
Art. 4°. .....
.....
§2°. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A lei é sábia.

Preserva a parte, neste tipo de contrato.

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

(C) Processamento.

Duas palavras sobre o processamento da arbitragem.

Na hipótese da cláusula reportar-se às regras de órgão ou entidade, "... *a arbitragem será ...* ***processada*** *de acordo com tais regras ...*" (art. 5°, primeira parte[9]).

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

---

[9] **L. 9.307/96:**
Art. 5°. Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e **processada** de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

[10] **L. 9.307/96:**
Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes **delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.**
§ 1°. Não havendo estipulação acerca do procedimento, **caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.**

S.T.F. 102/002

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

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

- será o estipulado pela cláusula, se esta o regrar; ou

- será o do órgão ou entidade, se a cláusula a eles se reportar; ou

- será o fixado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, se houver delegação ou se a cláusula não contiver estipulação.

2. O VOTO DE PERTENCE.

Postas essas premissas, sintetizo o voto de PERTENCE.

PERTENCE demonstra que "*a questão da constitucionalidade do juízo arbitral é aventada sobretudo a partir de 1946, quando a*

---

§ 2°. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.
§ 3°. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.
§ 4°. Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 desta Lei.

STF 1172.002

Constituição ... erigiu em garantia constitucional expressa que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída pela lei à apreciação do Poder Judiciário" (voto, p. 07).

Relembra PERTENCE que o fundamento do juízo arbitral se radica na "... *disponibilidade da pretensão, objeto da lide"* (voto, p. 09).

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

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

A seguir, PERTENCE faz alusão a juízo, "*quase unânime*", produzido no direito anterior, sobre a "... *inadmissibilidade da chamada execução específica da cláusula compromissória"* (voto, p. 17).

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

---

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

T.F. 102/002

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

Identifico os passos do argumento de PERTENCE:

Leio a sua **primeira premissa:**

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

Leio a sua **segunda premissa:**

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

Com essas premissas, formula PERTENCE duas conclusões.

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*

S.T.F. 102.802

*judicial e, pois, do direito de ação - **não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia** a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. ..."* (voto, p. 19).

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

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

Cita LUIZ OLAVO BAPTISTA onde este afirma que a cláusula compromissória *"... 'é genérica, objetivando resolver número não definitivo ou não definido de controvérsias' ..."* (voto, p. 19).

3. ANÁLISE DO VOTO DE PERTENCE.

Analiso o voto.

3.1. Primeira objeção.

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

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

STF 102.002

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

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

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

O juízo será, sempre, a posteriori.

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

Faço uma segunda objeção.

Relembro que PERTENCE faz duas afirmações iniciais:

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

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

E, daí, conclui:

T.F. 102.1002

(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 necessária para a adoção da arbitragem.

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

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

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

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

No modelo da lei, há dois momentos distintos.

3.2.1. Estipulação da cláusula.

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

CF 102.0002

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. 4°).

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.

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

Poderão combinar os tipos puros da forma como bem entenderem, tendo em conta o objeto da cláusula e as regras de instituição da arbitragem[12].

---

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

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

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

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

T.F. 102.002

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

Tudo adequado ao negócio jurídico específico.

3.2.2. Instituição da arbitragem.

O segundo momento consiste na "*instituição da arbitragem*".

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

A instituição da arbitragem é posterior ao conflito.

Ela sucede ao conflito em concreto.

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

Se o for, institui-se a arbitragem.

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

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

T.F. 1112.1002

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

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

Outra, é a instituição da arbitragem.

Estipula-se a cláusula antes do conflito.

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

Figuremos um exemplo.

As partes firmam contrato, de natureza civil ou comercial.

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

Tudo de direito privado.

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

---

[13] L. 9.307/96:
Art. 6°. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem ...

T.F. 102.1002

As partes são capazes.

O objeto é lícito.

A forma é a prescrita em lei.

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

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

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

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

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

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

---

[14] CPC:
Art. 1.077. Extingue-se o compromisso:
.....
IV - falecendo alguma das partes e deixando herdeiro incapaz.

T.F. 002.002

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).

T.F. 102.1002

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, faltará 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).

F.F. 102.002

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.

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

Aliás, a própria lei determina a suspensão do procedimento arbitral, na hipótese de superveniência de controvérsia acerca de direitos indisponíveis (art. 25[15]).

Esse dispositivo reproduziu o art. 1.094 do CPC[16] de 1973.

---

[15] **L. 9.307/96:**

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

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

[16] **CPC de 1973:**

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

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

T.F. 002.002

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

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

Válido o contrato, válida a cláusula compromissória.

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

Não poderá ser instituída a arbitragem.

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

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

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

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

T.F. 1112/XII2

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

Não há renúncia abstrata à jurisdição.

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

Há renúncia relativa à jurisdição.

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

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

Lá não se encontra essa proibição.

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

É o reconhecimento da liberdade individual.

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

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

Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta.

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

A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial.

É necessário o contrato e a relação jurídica dele decorrente.

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

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

T.F. 102.002

determinabilidade do objeto do litígio (CC. Art. 1.039: ...)"(17)

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

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

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

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

Terá, sempre, como objeto, controvérsia atual.

A cláusula compromissória é que é anterior ao conflito.

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

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

Essa renúncia, como demonstrei, não é autorizada.

---

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

T.F. 102.002

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

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

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

Neste caso, a parte prejudicada poderá:

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

(b) suscitar a questão em Embargos à Execução, se a sentença arbitral for condenatória (L. 9.307/96, art. 32, §3°[18]; ou,

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

---

[18] **L. 9.307/96:**
Art. 31. .....
§3° A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo civil, se houver execução judicial.

T.E. 102/002

(d) deduzir a questão quando do procedimento homologatório perante o STF, na hipótese de sentença estrangeira (L. 9.307/99, art. 39, I[19]).

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

Está tudo preservado.

3.3. Terceira objeção. A execução compulsória.

Examino, agora, a questão da ação do art. 7° 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. 6°).

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

Refere-se ao CPC de 1974:

---

[19] **L. 9.307/96:**
Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:
I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;
.....

T.F. 002.0002

> 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. 5°, XXXV)*" (voto, p. 23).

Tudo isso, porque a cláusula compromissória[20], continua PERTENCE, "... *consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso a jurisdição, cuja validade os princípios repele*" (voto, p. 24).

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

---

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

STF - 1702002

Digo eu.

Não é o caso.

A ação do art. 7° 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. 7°, §1°).

O Juiz nada cria quanto a conflito.

Está definido na inicial.

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

Verificará, também, se os interesses são disponíveis.

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

A cláusula é anterior ao conflito concreto.

A instituição é posterior.

STF 002/002

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

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

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

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

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

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

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

T.F. 102.1002

De resto, observo que a ação do art. 7° 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. 6°).

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

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

Divirjo de PERTENCE.

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

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

Fico com MAURÍCIO (SEC 5.847-1).

Acompanho PERTENCE, quanto ao provimento ao agravo.

T.F. STF 102/002

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

T.F. 102/002