A LEI DE ARBITRAGEM E A PRETENSA INCONSTITUCIONALIDADE DE SEU ARTIGO 7º

CARMEN TIBURCIO*

I — Introdução; II — A situação da arbitragem anteriormente à Lei 9.307/96; 1 — Compromisso e Cláusula Compromissória; 2 — A Dupla Homologação; III — O advento da Lei 9307/96; 1 — A Distinção entre Compromisso e Cláusula Compromissória; 2 — Homologação de laudos arbitrais estrangeiros; IV — A arbitragem e o direito de acesso ao judiciário; 1— Doutrina e Jurisprudência; 2 — O voto do Min. Sepúlveda Pertence; V — Considerações finais

I — *INTRODUÇÃO*

A arbitragem é o meio alternativo de solução de litígios mais praticado no mundo, tanto em questões de direito internacional como de direito privado. Prova disto, é a existência de inúmeras e respeitadas instituições que atuam no sentido de efetivar o seu emprego — como, *e.g.*, a Câmara do Comércio Internacional, a Corte Londrina de Arbitragem e a Associação Americana de Arbitragem.

No Brasil, a arbitragem jamais atingiu a importância que desfruta nos países desenvolvidos E, embora não se pretenda, no presente trabalho, investigar as razões objetivas ou subjetivas que nos tem prendido, através dos anos, ao estatismo e ao oficialismo, estamos certos que elas existem, haja vista a significativa desconfiança reinante em nosso meio para com toda e qualquer atividade judicante não oriunda de fonte estatal.

* Professora Adjunta de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Internacional da Faculdade de Direito da UERJ. Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Virginia, EUA. A autora gostaria de agradecer a colaboração do Prof. Luís Roberto Barroso por suas idéias e sugestões, muitas das quais incorporadas ao presente trabalho. O bolsista de Iniciação Científica da UERJ Clóvis Silva de Souza colaborou, obtendo material de pesquisa para a preparação deste trabalho.

A promulgação da Lei 9.307, de 23.09.96, trouxe inúmeras e decisivas inovações na matéria, e, com elas, a expectativa de que a arbitragem pudesse se tornar uma alternativa eficaz à atuação do Poder Judiciário, notadamente nos litígios contrapondo partes de boa fé.

Alinha-se entre estas virtudes, por exemplo, o melhor domínio técnico dos árbitros sobre o assunto em disputa. De fato, juízes e tribunais, por aptos que possam ser, lidam com uma variedade de questões que vão de conflitos de vizinhança à responsabilidade pelo emprego de material radioativo; passando ainda por guarda de filhos, locações, *leasing*, tarifas de transporte coletivos, dentre outras. Compreensivelmente, os membros do Poder Judiciário são, em regra, generalistas, e não especialistas. Além disto, a arbitragem pode propiciar maior celeridade, menor formalismo e, quando for o caso, sigilo.

A Lei da Arbitragem procurou superar alguns obstáculos de natureza jurídica que impediam a difusão do instituto entre nós. Notadamente, desprezou a clássica dualidade entre *compromisso* e *cláusula compromissória*, equiparando-os. Instituiu, assim, a execução específica da obrigação de submeter-se à arbitragem. A lei inovou, igualmente, ao dar à sentença arbitral os mesmos efeitos das sentenças judiciais. Esta equiparação, aliás, é relevante mencionar, se estendeu também ao plano do direito internacional, com a dispensa da exigência de prévia homologação judicial do laudo no exterior, que, anteriormente, era requisito para sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, passados mais de três anos de sua promulgação, a Lei 9.307 ainda não foi capaz de demonstrar todas as suas potencialidades. Seu desempenho modesto, em alguma medida, se deve, como já dito anteriormente, à falta de tradição em recorrer à arbitragem, e, em grande parte, à desconfiança quanto à jurisdição não estatal, preconceito exacerbado pela sinalização, feita pelo Supremo Tribunal Federal, de que pode vir a considerar inconstitucional dispositivo fundamental do novo sistema instituído pela lei.

Procederemos a seguir à análise mais detida de diversas questões afetas à arbitragem, sob a perspectiva de que sua afirmação como instrumento alternativo e eficaz à jurisdição convencional, é de grande valia tanto para o direito público e privado, quanto para o interno e internacional.

II. *A SITUAÇÃO DA ARBITRAGEM ANTERIORMENTE À LEI 9.307/96*

No Brasil, a despeito de sua limitada utilização, a arbitragem sempre teve como campo de incidência mais destacado o direito internacional. Inicialmente, figurou como meio pacífico de solução de controvérsias em temas de direito internacional público, como por exemplo, demarcação de fronteiras, questões de navegação, titularidade sobre territórios, dentre outros. É reconhecida a participação brasileira em arbitragens dessa natureza, tanto na qualidade de árbitro como na de parte, como ocorreu nos litígios envolvendo o território do Amapá e disputas de fronteira com a Guiana Inglesa. A Constituição de 1967 previa expressamente, em seu art. 7º:

"Art. 7º. Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe".

A arbitragem no direito internacional público é precedida de um tratado específico, que contém o compromisso. Ainda no plano internacional, mas passando ao domínio privado, a arbitragem é amplamente utilizada na área do comércio. Aqui, avultam em importância algumas das características desse procedimento, como a celeridade, a especialização e o sigilo.[1]

No direito interno, inicialmente a arbitragem foi prevista na Constituição de 1824, que alterou a sistemática adotada nas Ordenações Filipinas, determinando que as sentenças arbitrais seriam executadas sem recurso, se assim convencionassem as partes, *in verbis:*

"Art. 160 — Nas causas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes."

Posteriormente, a arbitragem foi regulada no Código Comercial de 1850 e no Regulamento 737 do mesmo ano, sendo imposta nestes diplomas como meio de solução de determinados litígios, independentemente da vontade das partes. Assim, todas as questões que resultassem de contratos de locação mercantil (C. Comercial, art. 245); que envolvessem matéria societária (C. Comercial, art 294); casos de naufrágios (C. Comercial, art. 739); avarias (C. Comercial, art 783) e quebras (C. Comercial, art. 846), eram solucionadas obrigatoriamente pela via arbitral. É importante destacar que esta arbitragem compulsória deixou de existir no País com o advento da Lei 1.350, de 1866.

Com a proclamação da República, os Estados-membros passaram a editar seus próprios Códigos de Processo, recebendo então a arbitragem um tratamento processual diversificado em cada unidade da federação. Assim, alguns Estados continuaram a adotar o sistema da arbitragem obrigatória para certas operações comerciais.[2]

A partir de então, a arbitragem passou a ser sempre voluntária, fundada na vontade das partes, vindo a ser disciplinada pelo Código Civil (artigos 1.037 a 1.048) e, posteriormente, pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 (arts. 1.072 a 1.102, essencialmente). O tratamento jurídico que vigorou até a promulgação da Lei 9.307/96 continha, como já sinalizado, duas disfunções que emperraram a evolução da arbitragem no Brasil. Veja-se, a seguir, cada uma delas.

1 No processo judicial, a publicidade é regra constitucional: arts. 5º, LX e 93, IX da Constituição Federal.

2 Por exemplo São Paulo promulgou a lei 1.416/1914 que instituía o juízo arbitral obrigatório para questões decorrentes de contratos de compra e venda de café na Bolsa, que posteriormente foi declarada inconstitucional. Vide A.J. Da Costa e Silva, Juízo Arbitral Obrigatório, *in RT*, vol. 36, p. 185-188, 1920. Vide também Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, Malheiros Editores, p. 43, 1993.

A tradição brasileira firmou-se na rígida distinção conceitual entre compromisso e cláusula compromissória, com as conseqüências práticas daí decorrentes. Assim, a *cláusula compromissória*,[3] contida no contrato original entre as partes, prevendo a submissão de qualquer litígio à arbitragem, não configurava garantia da instauração do juízo arbitral. Somente o *compromisso*[4] obrigava à realização efetiva da arbitragem, eis que pressupunha uma nova manifestação de vontade das partes, *após* o surgimento do litígio.

De fato, esta sempre fora a decorrência natural da previsão legal de prévia especificação do objeto do litígio (C. Civil, art. 1.039; CPC, art. 1.074, III), o que não seria possível de se fazer no momento da celebração do contrato original. Também a exigência da prévia indicação e qualificação dos árbitros (C. Civil, art. 1.039; CPC, art. 1.074, II) dificultava, quando não impossibilitava, a celebração de compromisso simultaneamente ao contrato original. Ou seja, Na prática, a realização de arbitragem ficava condicionada a um novo contrato entre as partes desavindas e desgastadas. Não é surpresa, portanto, que em nosso meio, se tenha tornado de tão rara utilização.[5]

Visando adequar o Brasil à arbitragem comercial internacional praticada em outros países, boa parte da doutrina nacional defendia a equiparação da cláusula compromissória ao compromisso, com base no Protocolo de Genebra de 1923, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 21.187 de 22.3.1932, já que, internamente, como visto, somente o compromisso ensejava a instauração do juízo arbitral.

O Protocolo, em seu artigo 1º, determina:

"Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, do compromisso ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato."

Portanto, como este dispositivo convencional equipara a cláusula ao compromisso, inúmeros autores sustentavam sua aplicação às arbitragens internacionais.

3 Define Caio Mario da Silva Pereira cláusula compromissória como "pacto preliminar, pelo qual se estabelece que, na eventualidade futura de uma divergência, os interessados deverão recorrer ao juízo arbitral. Esta cláusula vem adjeta habitualmente aos contratos, civis como mercantis. Mas pode acompanhar qualquer ato jurídico, mesmo unilateral." *Instituições de Direito Civil*, vol II, p. 191, 15ª ed, Ed. Forense.

4 Id, "compromisso é o acordo entre as partes que convencionaram que a pendência entre eles seja submetida à decisão dos árbitros, comprometendo-se a se sujeitar a essa decisão".

5 Vide a respeito Walter Brasil Mujalli, *A Nova Lei de Arbitragem*, p. 27 e 28, Ed. de Direito, 1997.

Neste sentido, *e.g.*, era o ensinamento de José Carlos de Magalhães,[6] de Guido F. S. Soares[7] e, também, de Luis Olavo Baptista,[8] fundado este último, na tese de que, como o Protocolo era norma específica e o Código de Processo Civil, norma genérica, prevalecia a norma específica.

Aqui surgia a questão, interessante e muitas vezes complexa, do conflito entre fontes interna e internacional de direito, um dos temas centrais da dogmática do direito internacional. De fato, era nítida a contraposição entre a norma interna, consubstanciada no CPC — que não outorgava à cláusula compromissória execução específica — e o Protocolo de Genebra, que equiparava a cláusula compromissória ao compromisso.

A ordem jurídica, como se sabe, constitui um sistema, e, por via de conseqüência, suas partes devem conviver em harmonia. O Direito não tolera antinomias. Desse modo, os conflitos aparentes de normas são solucionados por critérios já longamente amadurecidos, dentre os quais três se destacam. O primeiro é de natureza hierárquica: a norma superior prevalece sobre a norma inferior. Assim, no confronto, entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional, ou entre uma lei e o seu regulamento, o comando contido no documento legal mais elevado é o que prevalece.

O segundo critério é o da especialização: a norma específica prevalece sobre a geral. Portanto, em havendo, sobre determinada questão, uma norma genérica e uma norma particular, esta prevalece: *lex specialis derogat generalis.* Por último, entre normas de igual hierarquia e sobre um mesmo assunto, utiliza-se o critério temporal, prevalecendo a mais recente no tempo: *lex posteriori derogat priori.*[9]

Pois bem, no conflito entre norma de direito interno e norma internacional, o Supremo Tribunal Federal tem adotado, como regra geral, o entendimento de que prevalece a norma mais recente, pois ambas as normas são de igual hierarquia.[10] Entretanto, neste caso, por ser o Protocolo norma especial, que trata somente das arbitragens internacionais, e o CPC, norma geral, a doutrina empregou o critério da especialização, sustentando que prevalecia o Protocolo.[11]

6 A Cláusula Arbitral nos Contratos Internacionais, *Arbitragem Comercial,* Freitas Bastos, p. 58-68, 1986.

7 Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: Vicissitudes, *RT*, vol. 641, p. 29-57, esp. p. 36, 1989.

8 *A Vida dos Contratos Internacionais*, p. 133, 1992.

9 Vide Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 9, Saraiva, 1996.

10 Vide a respeito da posição do STF em matéria de conflito entre normas provenientes de fonte interna e internacional Luís Roberto Barroso, *id*, Capítulo I, p. 13 e s. e Jacob Dolinger, As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo, *Revista Forense*, vol 334, p. 71 e s.

11 A jurisprudência brasileira porém não partilhava deste entendimento. Vide a respeito a decisão do STF no R. Esp 616, com julgamento em 6.8.90, publicada no *DJ* de 13.8.90, à página 7.647, com a ementa entretanto em sentido contrário, e o Ag.Inst.33.191-2, julgado em 16.12.81 pelo TJSP, publicado na *RJTJESP*, LEX 78, p. 235.

Recentemente, também no plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975, que veio a ser promulgada pelo Decreto 1.902 de 9.5.1996, que dispõe no mesmo sentido:

"Artigo 1º. É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil."

Portanto, também por força desta Convenção, nos contratos internacionais, a cláusula compromissória é equiparada ao compromisso com relação à instauração de juízo arbitral.

2 — *A dupla homologação*

Coerentemente com o que ocorria com a arbitragem no plano interno, os laudos arbitrais estrangeiros, para produzirem efeitos no Brasil, deviam ser homologados judicialmente no país de origem. Esta era a jurisprudência do STF, que exigia a dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros para que tivessem eficácia no País. Este entendimento prevalecia mesmo nos casos de laudos provenientes de Estado estrangeiro que não exigia tal providência, ou seja, mesmo que fossem exeqüíveis no país de origem, independentemente de homologação. O fundamento teórico de tal posição era o de que o laudo arbitral não se equiparava à sentença, e que somente as *sentenças* estrangeiras eram passíveis de homologação.

Esta linha jurisprudencial, aparentemente, tem sua origem no Decreto 6.982, de 1878, que exigia a prévia homologação judicial em seu artigo 14, *in verbis*:

"Art. 14. As sentenças arbitrais estrangeiras uma vez que tenham sido homologadas por tribunais estrangeiros são suscetíveis de homologação pelo Supremo Tribunal Federal."

Observe-se, porém, que Pimenta Bueno em 1863 informava que em 1846 o Governo do Brasil dava *exequatur* a um laudo arbitral da França, sem qualquer distinção.[12]

Assim, como regra, os precedentes do STF homologavam somente laudos arbitrais estrangeiros quando estes estavam devidamente homologados judicialmente.[13]

12 *Estudos de DIP*, p. 723, 1947.

13 SE 1982, *RTJ* 54/714; SE 2178, *RTJ* 91/ 48; SE 3236, *RTJ* 111/157; SE 3707, *RTJ* 137/132, decisões citadas como precedentes da Suprema Corte pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto que julgou, dentre outros, o art. 7º da lei de arbitragem inconstitucional, e que será comentado no decorrer deste trabalho. Estas decisões foram porém erroneamente citadas como precedentes da posição da Corte de se recusar a homologar laudos arbitrais sem a respectiva homologação no país de origem. Em verdade, estas decisões homologam sentenças estrangeiras que homologaram laudos arbitrais. Ora, exemplos de homologações de sentenças estrangeiras que homologaram laudos arbitrais não podem ser citados como precedentes da Corte negando a homologação de laudos arbitrais sem a homologação judicial.

Ressalve-se, entretanto, que na SE 1982, proveniente dos Estados Unidos da América,[14] decidida pelo Plenário, o Ministro Relator, o Sr. Ministro Thompson Flores, ao indeferir o pedido de homologação, faz importante observação:

"*...Certo poderia ser examinada a hipótese de dispensar a homologação da Justiça Americana, a que foi proferida pelo Juízo arbitral.*

Era mister, todavia, que, ao menos se fizesse prova do direito em questão, nos termos do art. 212 do CPC, o que não se fez, quiçá porque suas normas foram apenas afloradas, nelas se não fundamentando o pedido..".

Infere-se portanto deste voto que, desde que provado o teor e a vigência do direito estrangeiro que dispensava a homologação judicial e tornava o laudo exequível *per se*, o STF poderia rever a sua posição de só homologar laudos arbitrais que houvessem sido homologados judicialmente no país de origem.

Esta importantíssima observação jamais mereceu maior atenção da doutrina e, apesar de ter sido repetida,[15] a jurisprudência do STF sempre foi entendida como se reiteradamente negasse homologação a laudos arbitrais estrangeiros. Na verdade, o entendimento do STF deveria ter sido interpretado como se negasse homologação a laudos arbitrais estrangeiros que não fossem exequíveis no país em que foram proferidos ou quando a prova do teor e vigência do direito estrangeiro não tivesse sido feita.

Este *obiter dictum*, aliás, fazia sentido com relação à posição sempre adotada pelo STF de homologar não somente sentenças estrangeiras, proferidas por órgão do Judiciário estrangeiro, mas qualquer decisão que fosse exequível no país estrangeiro.

Dispõe o art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que são executadas no Brasil as sentenças estrangeiras que reúnam os seguintes requisitos:

"*a) haver sido proferida por juiz competente;*

b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

14 Publicada na *RTJ* 54/ 714.

15 A SE 2486-1, proveniente da Inglaterra, publicada no livro *Sentenças Estrangeiras*, STF, 1979, à pág. 681 contém esta mesma ressalva. Nesta decisão, o STF não homologa o laudo arbitral sem a homologação judicial, com base no parecer do então Procurador da República José Francisco Rezek. Frise-se entretanto, que no voto do então Ministro Presidente do STF, Ministro Carlos Thompson Flores consta a mesma observação feita na SE 1.982 sobre não haver prova de que pelo direito estrangeiro a decisão seria exequível: "Sequer demonstrou a requerente que o direito inglês dispensa interferência de autoridade judiciária para tornar exequível a decisão que pretenda executar. E isto seria indispensável, nos termos do art.337 do CPC.", à pág 683. Outro exemplo seria a SE 2.006, publicada na *RTJ* 60/28, onde o STF também não homologa o laudo arbitral estrangeiro pois este não havia sido homologado pelo Judiciário estrangeiro. Neste caso, há também referência à voto anterior do Ministro Amaral Santos, proferido na decisão publicada na *RTJ* 52/305, que diz: "Em verdade falta executoriedade ao arbitramento tanto em face da lei brasileira como da lei suiça, por depender ainda de homologação." Portanto, aqui também pela lei estrangeira o laudo dependia de homologação.

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo STF."

O Código de Processo Civil, artigo 483, que condiciona o processo de homologação ao que dispuser o Regimento Interno do STF, determina que a sentença proferida por tribunal estrangeiro só produzirá efeitos no Brasil depois de homologada pelo STF.

O Regimento Interno do STF, artigo 217, praticamente repete os mesmos requisitos da LICC, adicionando apenas a exigência de estar a sentença autenticada por cônsul brasileiro.

Os artigos 15, *a* da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que se refere a 'juiz' e o 483 do CPC, que se refere a 'tribunal' sempre foram interpretados de forma extensiva, como se permitissem a homologação de qualquer decisão judicial de grau inferior ou superior de jurisdição.[16]

Adicionalmente, o STF sempre considerou como 'sentença estrangeira', concedendo também homologação, as decisões proferidas por autoridades administrativas, desde que, no exercício da função judicante no país estrangeiro. Conseqüentemente, divórcios decretados pelo Rei da Dinamarca ou outras autoridades administrativas ou ainda registrado perante o prefeito do Japão são passíveis de homologação pelo STF.[17]

Segundo o mesmo fundamento, decisões proferidas por autoridades religiosas, que sejam exequíveis no país estrangeiro, igualmente sempre receberam a homologação do STF. Portanto, divórcios proferidos por rabinos em Israel, por tribunais canônicos ou muçulmanos em países onde tais decisões são exequíveis, equivalem a uma sentença estrangeira e portanto podem receber a homologação do STF.[18]

Como esclarece José Carlos Barbosa Moreira:

"Por sentença deve entender-se aí o ato que, à luz do direito brasileiro, tenha conteúdo e efeitos típicos de sentença. Pouco importa a forma que ele se revista no ordenamento estrangeiro, bem como a denominação que se lhe atribua."[19]

16 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol V, 8ª edição, p. 63-4, Forense.

17 *Id*, p. 58. No mesmo sentido, vide no livro *Sentenças Estrangeiras*, nota 15 *supra*, SE 1.282, Noruega, p. 143, SE 1.312, Japão, p. 169; SE 1943, Dinamarca, p. 425. Esta possibilidade foi aliás defendida por Haroldo Valladão em parecer sobre a homologação de sentença estrangeira de divórcio prolatada pelo Rei da Dinamarca, *Estudos de DIP*, p. 499 a 525.

18 SE 2366 proveniente da Espanha, publicada no livro *Sentenças Estrangeiras*, vide nota 15 *supra*, p. 627, quando o STF homologou decisão proferida pelo Tribunal Eclesiástico da Diocese de Tuy-Vigo, não homologada judicialmente, com base no direito espanhol que admitia a competência do tribunal eclesiástico para matrimônios religiosos, considerando portanto esta decisão exequível, independentemente da homologação judicial. No mesmo sentido a SE 2.419 proveniente de Israel, *id*, p. 653, na qual o STF homologou divórcio proferido pela Corte Rabínica da cidade de Herzlia-Bet, sem homologação pela autoridade judicial local e a SE 3.135 proveniente da República Libanesa, na qual o STF homologa divórcio proferido por tribunal religioso libanês, publicado na *RTJ* 109/501.

19 Vide nota 16, p. 57.

Portanto, qualquer decisão estrangeira que ponha termo ao processo em 1ª instância deve ser equiparada à uma sentença, bem como qualquer decisão que ponha termo ao processo em grau superior também será homologável, desde que, obviamente, seja exequível no país onde proferida.

Neste sentido o Sr. Ministro Abner de Vasconcellos, em voto proferido em 1952 na SE 1282, proveniente de autoridade administrativa na Dinamarca, manifestou-se:

"... A Constituição de 1946, art. 101., I, alínea g, outorga ao Supremo Tribunal a competência para homologar as sentenças estrangeiras. Há no caso um obstáculo aparente. Por certo que a Constituição se refere ao ato judiciário normal porque nas legislações, se põe termo aos dissídios, com força executória. Mas, não impede que, de outro modo, a soberania dos estados adote outro meio de solução a interesses jurídicos. É o caso da legislação escandinava relativa ao casamento." [20]

Coerentemente José Carlos Barbosa Moreira já defendia a homologação dos laudo arbitrais estrangeiros quando no país de origem não se previa a homologação judicial, nos seguintes termos:

"...se, porém o Estado estrangeiro atribui tal eficácia ao laudo, independentemente de homologação, não há como subordinar a esta o reconhecimento da eficácia do laudo no território nacional." [21]

Conseqüentemente, já anteriormente à lei de arbitragem, o STF deveria homologar laudos arbitrais estrangeiros se, no país onde foram proferidos, os laudos fossem exequíveis independentemente de homologação judicial. Esta posição seria coerente com o entendimento adotado pelo STF com relação a homologações de sentenças estrangeiras de divórcios ou anulações de casamentos proferidas por autoridades administrativas e religiosas, como visto.

Deve ser observado que o STF adotava uma posição mais radical em matéria de direito comercial, não homologando o laudo arbitral estrangeiro que não houvesse sido homologado judicialmente, do que em matéria de direito de família, pois homologava decisões de divórcio que não haviam sido proferidas por autoridades judiciárias. Esta atitude, é de difícil compreensão, principalmente se levarmos em conta a natureza de cada hipótese, pois nesta, deveria haver do legislador e de nossos tribunais uma maior preocupação com relação à observância da ordem pública e da fraude à lei.[22] Assim, se o STF adotava uma posição liberal em matéria de direito de família deveria sê-lo ainda mais em matéria comercial, pois neste caso raramente surgem situações incompatíveis com a ordem pública.

20 Julgamento em 30.5.1952, publicado no *DJ* de 19.7.1954, p. 2.191

21 Vide nota 16, p. 63. No mesmo sentido, vide Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Juízo Arbitral, Homologação de Decisão Estrangeira, *RT* vol 547, p.257, 1981.

22 Sobre os dois princípios vide Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado, Parte Geral*, 5ª ed., capítulos XIII e XIV, Renovar.

III — *O ADVENTO DA LEI 9.307/96*

1 — *A Distinção entre Compromisso e Cláusula Compromissória*

A discussão doutrinária mencionada anteriormente sobre a vigência do Protocolo de Genebra no plano interno, todavia, foi superada pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), que veio sanar a falta de adequação da legislação interna brasileira à prática adotada internacionalmente. De fato, o art. 3º da Lei equiparou o compromisso à cláusula compromissória, em preceito assim redigido:

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

Já o art. 7º da Lei, em dispositivo algo prolixo e complexo, previu a execução específica da obrigação de instauração do juízo arbitral, com a substituição da declaração de vontade faltante pela sentença judicial. A cláusula legal é composta de *caput* e sete parágrafos, a seguir reproduzidos:

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

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

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

§ 3º. Não concordando as partes sobre 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 arts. 10 e 21, §2º, desta Lei.

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

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

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

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

2 — *Homologação de laudos arbitrais estrangeiros*

Atualmente, a discussão referente à posição do STF de não homologar laudos arbitrais sem a homologação pelo Judiciário estrangeiro ficou sem sentido, já que a

legislação em vigor expressamente passou a admitir a homologação dos laudos arbitrais estrangeiros, nos seguintes termos:

"art 35 — Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal."

Ainda assim, parte da doutrina insiste em vislumbrar uma inconstitucionalidade neste dispositivo legal.[23] Este entendimento se baseia no artigo 102, I, h da Constituição Federal que prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para a "homologação das sentenças estrangeiras". Portanto, como a Lei de arbitragem teria adicionado hipótese de competência do STF, não prevista na Constituição, esta previsão seria inconstitucional.

Este argumento fica sem sentido em face do que foi discutido *supra*. Em verdade, o STF tem competência para homologar as *decisões* estrangeiras que tenham eficácia sentencial. Por isso, o STF homologa registros de divórcios realizados perante o prefeito no Japão, o que dificilmente pode ser classificado como sentença.

De parte esta discussão, deve-se observar que a Lei de arbitragem equiparou o laudo arbitral à uma sentença judicial, tanto no plano interno como no plano internacional admitindo a homologação pelo STF de laudos arbitrais estrangeiros, independentemente de homologação judicial no país de origem do laudo. Há que se verificar, entretanto, se no país onde o laudo foi proferido exige-se a sua homologação judicial para que tenha eficácia sentencial. Sendo assim, mesmo na vigência da Lei 9.307/96, poder-se-ia conceber a hipótese do STF exigir a homologação judicial do laudo arbitral estrangeiro ou a regra do art. 35 deve ser aplicada a todas as situações?

José Carlos Barbosa Moreira responde a esta indagação de forma incisiva:

"A despeito do "unicamente" que se lê no art. 35, permanece cabível, ao nosso ver, a distinção acima proposta entre as hipóteses em que o ordenamento do Estado de origem prevê a homologação judicial e aquelas em que não a prevê. Nas últimas, a decisão arbitral estrangeira é decerto, satisfeitos os requisitos, passível de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, sem qualquer outra formalidade; nas primeiras, continua exigível a prévia homologação judicial no Estado de origem, já que sem ela nem mesmo lá produz efeitos a decisão, e não se concebe que o Brasil "importe" uma eficácia ainda inexistente; não se importa o nada."[24]

Observamos, entretanto, que, apesar da equiparação do laudo arbitral à uma sentença judicial, as regras para homologação de laudos arbitrais proferidos no exterior diferem das regras sobre homologação de sentenças estrangeiras, regida, como visto, pelo art. 15 da LICC.

O art. 38 da Lei de arbitragem estabelece:

"Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:
I — as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

23 Alexandre Camara, *Arbitragem*, p 123, ed. Lumen Juris, 1997 e Carlos Alberto Carmona, vide nota 2 *supra*, p. 121.

24 Vide nota 16, p. 70-1.

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

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

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

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

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

Adicionalmente, o art. 39 estabelece outros requisitos indispensáveis à homologação do laudo arbitral proferido no exterior, in verbis:

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

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

II — a decisão ofende a ordem pública nacional."

Assim, a lei de arbitragem estabelece nove requisitos específicos para a homologação de laudos arbitrais proferidos no exterior, distintos dos requisitos para homologação das sentenças estrangeiras, previstos na LICC. Neste sentido, a alínea *c* do art. 15 da LICC não pode ser utilizada para fundamentar a exigibilidade da homologação judicial no exterior.

O inciso VI do artigo 38 da lei de arbitragem, que estabelece que o laudo não pode ser homologado se não se tornou ainda obrigatório para as partes, pode ser entendido como abrangendo o laudo não homologado judicialmente num país onde tal procedimento é necessário. Entretanto, o dispositivo não dispõe claramente neste sentido.

IV — A Arbitragem e o Direito de Acesso ao Judiciário

1— *Doutrina e Jurisprudência*

A grande questão referente à arbitragem diz respeito à compreensão do artigo 5º, inciso *XXXV* da Constituição Federal em vigor, que garante o acesso ao Judiciário, nos seguintes termos:

"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Este dispositivo foi introduzido pela Constituição de 1946, em seu artigo 141 § 4º e desde então a doutrina tem se dedicado a questionar se o instituto da arbitragem violaria o direito de acesso ao Judiciário.

A regra, interpretada como tendo estabelecido um direito público subjetivo à jurisdição, suscita em primeiro lugar a dúvida se a Constituição conferiu ao Judiciário o monopólio da mesma. Em caso afirmativo, somente o Judiciário poderia exercer no Brasil atividade judicante e conseqüentemente o juízo arbitral seria inconstitucional.

Esta questão já foi analisada exaustivamente pela doutrina e, majoritariamente, entende-se que o citado dispositivo constitucional não tem este alcance.[25] Neste sentido é a lição de Hamilton Moraes e Barros:

"Nem a Constituição atual nem as que a antecederam contêm essa proibição. Ao juízo arbitral podem recorrer as partes, se o preferirem à jurisdição estatal, para a solução de suas controvérsias.

O que as Constituições não admitem, nem toleram, é que indivíduos e pessoas, ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, porque a lei tenha fechado esse caminho.

Ao prever o juízo arbitral e ao disciplinã-lo, não está a lei excluindo a lesão ao direito individual, ou pessoal, da apreciação do Poder Judiciário. Está, apenas, oferecendo às pessoas mais um meio — facultativo — de acertarem as suas relações."[26]

Inequívoca é a lição de J.M. de Carvalho Santos que defende a constitucionalidade do juízo arbitral em parecer, nos seguintes termos:

"A Constituição de 1946 não proibiu o juízo arbitral, ao qual podem recorrer as partes, se o preferirem à jurisdição da Justiça comum.

A Constituição não tolera é que os indivíduos, ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, por não lhes permitir a lei.

Interpretação do art. 141, § 4º *da Constituição."*[27]

Pontes de Miranda, sequer admite tal argumento, questionando somente se a cláusula "sem recurso" aposta num compromisso arbitral, violaria tal regra constitucional e conclui pela afirmativa.[28]

No mesmo sentido é a opinião de Carlos Alberto Carmona, que afirma *in verbis:*

"Analisando a questão da constitucionalidade da arbitragem sob outro ângulo, e considerando-se que a Lei Maior garante (não obriga) o acesso ao Poder Judiciário, nada impede que, havendo conflito de interesses, os envolvidos resolvam dirimi-lo

25 Deve ser ressalvada a posição de Alcides de Mendonça Lima, O Juízo Arbitral e o art. 150 da Constituição de 1967, *RT* vol 402, p. 9-14 que defende a inconstitucionalidade do juízo arbitral, nos seguintes termos: "*Em face, portanto, do disposto no art. 150, § 4º da Constituição Federal de 24.1.1967, reproduzindo tal norma da Carta de 1946, (art. 141, § 4º) entendemos que o juízo arbitral — mesmo sendo sempre tão pouco utilizado em todo Brasil — é inconstitucional, não podendo mais ser instituido.*" À p. 14.

26 Comentários ao Código de Processo Civil, vol IX, 2ª ed., p. 464, Forense.

27 Publicado na *RF* vol. 164, p. 115 a120.

28 *Tratado de Direito Privado,* vol 26, p. 336.

através de outras vias lícitas que não o processo patrocinado pelo Estado: a conciliação, a mediação e a arbitragem são meios cada vez mais estimulados para solucionar litígios, sendo clara a própria Constituição ao encorajar sua utilização."[29]

O nosso Supremo Tribunal já se manifestou nestes mesmos termos, decidindo pela legalidade do Juízo Arbitral com a seguinte ementa:

"...Legalidade do Juízo Arbitral, que nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal."[30]

Nesta decisão, o Relator do caso, em seu voto, cita Castro Nunes que ensina:

"O caráter consensual do compromisso arbitral está mostrando que a ele não diz respeito a garantia do § 4º, que supõe, ao seu natural, o desacordo das partes, assegurando-lhes o acesso aos tribunais. O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato de 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."[31]

Assim, inequívoca a constitucionalidade do Juízo arbitral em conformidade com nossa doutrina e jurisprudência de nosso Tribunal Maior.[32]

Este dispositivo constitucional, portanto, estabelece que a legislação brasileira não pode vedar às partes o direito de acesso ao Judiciário, mas não prescreve uma obrigatoriedade da solução dos litígios no âmbito do Judiciário. Portanto, as partes podem resolver suas pendências por outros meios, inclusive transigindo. O direito de ação não é, desta forma, um dever de ação.

Além disto, o dispositivo constitucional claramente proíbe que a lei vede o acesso ao Judiciário e não que as partes, por livre e espontânea vontade, renunciem

29 Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96, p. 256, Malheiros Editores, 1998. Este autor cita inclusive à nota 311 de seu livro, id, doutrina italiana que defende ponto de vista idêntico à luz de regra constitucional italiana que compreende regra semelhante à da Constituição brasileira e que ensina que o princípio de que a averiguação de direitos controvertidos esteja reservada à jurisdição estatal somente tem aplicação se as partes não manifestarem explicitamente a vontade de confiar a um terceiro a solução do litígio.

30 Agravo de Instrumento 52.181, publicado na RTJ 68/382, julgado em 14.1.1973. O precedente referido é o RE 56.851 publicado na RTJ 52/168.

31 Trecho extraído do voto do Min. Relator Bilac Pinto, no Agravo de Instrumento supra citado, à nota 32, especificamente à p. 392.

32 Vide também Guido F. S. Soares, Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: Vicissitudes, *RT* vol. 641, p. 29-57, esp. à p. 31. Esta constitucionalidade é defendida também por juristas que analisam a lei 9307/96 Alexandre Freitas Câmara, vide nota 23 *supra.*, à p.3; Joel Dias Figueira Júnior, "Da Constitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem (9.307/96) A Questão da inafastabilidade do Controle Judicial", *in Repertório IOB de Jurisprudência,* 1ª quinzena de novembro de 1997, n 21/97, p. 431-432 e também pela Comissão Permanente de Processo Civil do IAB, presidida por José Carlos Barbosa Moreira que concluiu pela constitucionalidade da lei, conforme noticiado na *Folha do IAB* nº 30 de Maio/Julho de 1997.

a este direito. Portanto, a lei não pode restringir o direito à jurisdição, mas as partes, se assim o desejarem, podem fazê-lo.

2 — *O voto do Min. Sepúlveda Pertence*

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence que concluiu pela inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei 9307/96 foi proferido no exame de Agravo Regimental em sentença estrangeira.[33]

O Agravo Regimental foi interposto pois o Presidente do STF, então o Ministro Sepúlveda Pertence, havia negado o pedido de homologação de laudo arbitral proferido no exterior sem a respectiva homologação judicial.

Na hipótese concreta, o laudo arbitral foi proferido na Espanha, em litígio envolvendo empresa com sede na Suíça contra empresa brasileira e o laudo não havia sido homologado pelo Judiciário espanhol, pois a lei espanhola não estabelece esta exigência.

O Presidente do Supremo negou esta homologação com base nos precedentes da Corte, como já mencionado. A empresa suíça interpôs Agravo Regimental da decisão do Presidente e, a empresa brasileira reiterou o pedido de homologação, pois desejava efetuar o pagamento ao qual havia sido condenada na arbitragem, mas que por razões contábeis, necessitava da chancela formal da Corte.

Este aspecto pode surpreender, pois o próprio réu condenado não só concorda com a homologação, mas a requer para que possa cumprir com suas obrigações comerciais. Em verdade, esta atitude não tem nada de estranho à realidade comercial internacional. Como as relações comerciais são estabelecidas entre comerciantes, prevalece a assim chamada *lex mercatoria,* composta pelo conjunto de regras e princípios que regem as relações comerciais internacionais, que estabelece como princípio básico que tais relações devem se nortear pela regra da boa fé.[34] Decorre deste princípio a regra que as decisões judiciais ou arbitrais, em princípio, devem ser cumpridas espontaneamente, independentemente de execução específica.

No caso, o Ministro Sepúlveda Pertence alterou seu voto anterior e homologou o laudo arbitral estrangeiro, pois neste ínterim a lei de arbitragem foi promulgada e, como visto, a lei em seu art. 35 extinguiu o sistema da dupla homologação.

Durante a votação do Agravo Regimental foi suscitada incidentalmente a inconstitucionalidade da lei de arbitragem pelo Ministro Moreira Alves e, com relação a este aspecto, todos os Ministros irão se pronunciar. Entretanto, até o momento, somente o fizeram o Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro e o Ministro Pertence.

O Procurador Geral não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade na referida lei, diante do preceito constitucional previsto no artigo 5º, XXXV, face ao argumento

33 AgRg SE nº 5206-7 e o voto veio a público em 10.10.96.

34 Sobre o conteúdo da *lex mercatoria* vide Irineu Strenger, *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria,* LTr, 1996.

de que esta norma garante o acesso à justiça, mas não o impõe. Portanto, a lei não pode restringir o acesso à justiça, mas as partes podem decidir não submeter suas controvérsias ao Judiciário. Neste sentido, cita José Frederico Marques, que faz um paralelo com o que ocorre com a transação. Segundo este autor da mesma forma que o Estado permite, com relação a direitos disponíveis, que as partes solucionem através de transação suas desinteligências recíprocas, as partes podem também submeter as suas pendências à outras pessoas, os árbitros.[35]

Contrariamente, o Ministro Pertence considerou inconstitucional a parte da lei (artigo 7º) que permite a conversão forçada da cláusula compromissória no compromisso. Segundo o Ministro, a constitucionalidade do Juízo arbitral deriva da renunciabilidade do exercício do direito de ação, que só é admissível no caso concreto, nos compromissos, e não em abstrato, como ocorre nas cláusulas compromissórias.

Conseqüentemente, o Ministro Sepúlveda considerou inconstitucional a espinha dorsal da lei em vigor pois, se o artigo 7º for declarado inconstitucional pelo STF, a cláusula compromissória continuará a ser mera obrigação de fazer e somente o compromisso ensejará a instauração da arbitragem. Voltaremos, portanto, ao sistema introduzido pelo Código Civil de 1917, que vedava à cláusula compromissória execução específica.

Argumenta o Ministro que, como a constitucionalidade do juizo arbitral deriva da renunciabilidade do exercício do direito de ação, esta renúncia só é válida se for posterior à controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar.[36] Assim, somente o compromisso estaria em consonância com o dispositivo constitucional em questão, pois, 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.[37]

No caso da cláusula compromissória, prossegue o Ministro, o objeto do acordo não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso, e sim lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos.[38]

Portanto, o Ministro Pertence admite a constitucionalidade do juízo arbitral, desde que instituído por força de um compromisso. Isto significa que o Ministro não interpreta o mencionado dispositivo constitucional como tendo estabelecido um monopólio do Judiciário, e portanto as partes podem renunciar ao direito de acesso ao Judiciário, recorrendo às vias alternativas de solução de litígios. Assim, o ilustre Ministro admite a possibilidade de renúncia ao direito de acesso ao Judiciário somente no caso concreto, posteriormente ao surgimento do litígio.

Este argumento do Ministro, com a devida vênia, não procede, uma vez que no caso da cláusula compromissória, a renúncia ao acesso ao Judiciário não ocorre em abstrato pois a cláusula vincula *partes definidas* e *litígios surgidos do contrato*

35 Parecer do Procurador Geral da República Geraldo Brindeiro.

36 Vide p. 31 do voto do Min. Sepúlveda Pertence.

37 *Id*, p. 35.

38 *Id.*

específico. A cláusula não vincula partes que não integraram o contrato original, bem como não possibilita a instauração do juízo arbitral para controvérsias entre as mesmas partes, mas oriundas de outros contratos. Neste sentido, a cláusula compromissória é uma renúncia ao exercício do direito de acesso ao Judiciário para lides específicas e entre partes definidas, sem qualquer abstração.

Seguindo a sua argumentação, o Ministro chega a afirmar que, permitir que o juiz supra a omissão de uma das partes para firmar o compromisso, seria admitir a instauração do juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos contratantes.[39]

Ora, no momento da celebração do contrato, na cláusula compromissória, as partes já demonstraram claramente, sem equívocos e para litígios definidos, suas intenções de submeter suas controvérsias decorrentes daquele contrato à arbitragem. Portanto, há vontade bilateral, inequívocamente manifestada, acordada anteriormente.

Não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade da lei de arbitragem em face do dispositivo que garante o direito à jurisdição, já que o objetivo do legislador constituinte foi evitar que legislação brasileira, nos moldes do que ocorria na vigência do Código Comercial em sua redação original, reintroduzisse a arbitragem obrigatória ou necessária em algumas situações, independentemente da vontade das partes.[40] Sendo assim, a Constituição não veda às partes renunciarem, no âmbito de suas relações privadas, ao direito à jurisdição. E, indubitavelmente, esta renúncia pode ocorrer anteriormente, no caso da cláusula compromissória, ou posteriormente, no caso do compromisso, ao surgimento do litígio.

Vale lembrar ainda que um dos princípios basilares do Direito Privado, bem como do Direito Público, sendo inclusive considerado a base do Direito Internacional Público, é a regra *pacta sunt servanda*, i.e., os acordos devem ser cumpridos.[41] Conseqüentemente, se a vontade foi inequívoca e válidamente manifestada, sem erro ou coação, esta vontade deve ser respeitada.

Observe-se ainda que esta inconstitucionalidade, se confirmada, pode levar até mesmo a outros questionamentos quanto à extensão desta interpretação. Suponhamos que uma parte brasileira celebre um contrato comercial, contendo cláusula compromissória, segundo a qual a arbitragem será realizada no exterior. A parte brasileira descumpre o contrato e o tribunal arbitral é instalado à revelia da parte brasileira, que deseja submeter o litígio ao Judiciário estrangeiro. O Tribunal arbitral no exterior profere o laudo arbitral e a parte brasileira é condenada e este laudo arbitral para que possa ser exequível no Brasil deve ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste processo de homologação, o STF deve observar os requisitos elencados na lei de arbitragem para reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros,

39 *Id.*

40 Vide neste sentido Hamilton Moraes e Barros, nota 26 *supra.*, p. 463 que afirma "*Uma coisa é facultar que as pessoas percorram outros caminhos, para o acertamento das suas relações, e outra, bem diferente, é afastá-las, de modo imperativo, do direito à jurisdição estatal.*"

41 Nádia de Araújo, *Contratos Internacionais*, p. 136, Renovar.

e um dos requisitos previstos na lei é a ordem pública brasileira. Portanto, o STF deve negar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras que violem a nossa ordem pública.

O conteúdo do conceito da ordem pública é variável, flexível e até mesmo indefinível. Ainda assim, pode-se identificar a ordem pública como o conjunto de valores morais, jurídicos e econômicos de uma determinada comunidade. Sendo um conceito de tão amplo espectro diz-se que este é um princípio exógeno às leis,[42] e, portanto, há regras de ordem pública que não decorrem diretamente da lei.

No entanto, no que tange à Constituição, há um consenso que, em regra, todas as normas constitucionais contém princípios de ordem pública. A este respeito, diz-se que:

"Tem-se como assente, então que nem tudo que viola ordem pública viola a Constituição. A recíproca, todavia, segundo ampla linha de entendimento, não é verdadeira. De fato, tem predominado o entendimento que sempre que a norma estrangeira estiver em contraste com a Constituição estará, ipso iure, *violando a ordem pública."*[43]

O direito convencional ratifica este entendimento, pois, o Código Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 18.871 de 13.8.1929 estabelece, em seu artigo 4º, que:

"Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional".

Segundo a terminologia do Código Bustamante, uma lei estrangeira, contrária à Constituição Federal, viola a nossa ordem pública e assim não pode ser aplicada. Da mesma forma, uma sentença estrangeira que tenha se fundamentado em norma contrária à nossa Constituição também não pode ser homologada pelo STF.

Ora, se o STF deve negar a homologação de sentenças estrangeiras que firam a nossa ordem pública e como, a princípio, todo dispositivo constitucional é de ordem pública, se este entendimento adotado pelo Ministro Pertence prevalecer, esta decisão estrangeira não poderá ser exequível em nosso País, pois teria sido proferida contrariando a parte brasileira, que desejava submeter a controvérsia ao Judiciário estrangeiro e não à arbitragem, apesar do estabelecido na cláusula compromissória.

Como, no hipotético país estrangeiro a cláusula compromissória tem execução específica, não ocorreria a vontade bilateral na instauração do juízo arbitral após o surgimento do litígio, o que estaria em desacordo com o preceito contido no dispositivo constitucional em questão, segundo o entendimento do Ministro. Conseqüentemente, esta decisão alienígena poderia não receber a chancela de nossa Corte Suprema.

Isto seria ainda mais grave levando-se em conta que na maioria dos países estrangeiros prevalece o entendimento da moderna doutrina, que equipara os efeitos da cláusula compromissória aos do compromisso.

Esta é a regra, como vimos, adotada no Protocolo de Genebra de 1923 e na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975. Adi-

42 Jacob Dolinger, *A Evolução da Ordem Pública no DIP*, p.255.

43 Luís Roberto Barroso, vide nota 9, p.46.

cionalmente, esta norma está consagrada na Convenção de Nova York de 1958, em seu artigo II[44] e no artigo I, 2, *a* da Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1962.[45] Pode-se dizer então que grande parte dos países que integram a comunidade internacional adota este entendimento que confere tanto ao compromisso como à cláusula compromissória os mesmos efeitos. Entretanto, como esta equiparação estaria vedada pela nossa Constituição, e, como vimos, as normas constitucionais são de ordem pública internacional, todos os laudos arbitrais, proferidos sem a feitura de um compromisso assinado por ambos os contratantes, não poderiam ser homologados no Brasil, isto, se prevalecer o posicionamento do Ministro Pertence.

Ainda assim, poder-se-ia argumentar que a norma constitucional que determina que a lei não impedirá o acesso ao Judiciário destina-se exclusivamente ao legislador nacional, no sentido que o nosso Legislativo estaria constitucionalmente impedido de elaborar leis que de alguma forma vedassem o acesso ao Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito. Segundo esta interpretação, o Legislativo estrangeiro não estaria vinculado a esta regra, e, portanto, a lei estrangeira que equiparasse o compromisso à cláusula compromissória não feriria a nossa ordem pública internacional.

Este argumento, ainda que possa evitar conseqüências mais nefastas diante desta declaração de inconstitucionalidade, peca pela falta de sistemática na interpretação do texto constitucional.

O inciso XXXVI do mesmo artigo 5º prevê: "*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*" Este dispositivo, à semelhança do que ocorre com o preceito que garante o acesso ao Judiciário, também aparentemente se destina ao legislador pátrio. Entretanto, esta regra constitucional é citada como fonte do princípio do respeito dos direitos adquiridos no direito internacional privado tanto no plano da aplicação direta, como no plano da aplicação indireta da lei estrangeira. Neste sentido, a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência tem sido de exigir também do legislador estrangeiro respeito aos direitos validamente adquiridos, por ser este princípio considerado fundamental ao nosso sistema.

Portanto, dá-se interpretação ampla ao mencionado dispositivo constitucional. O respeito aos direitos validamente adquiridos é preceito dirigido ao legislador pátrio,

44 Esta Convenção foi ratificada pelos seguintes países: Argélia, Antigua, Argentina, Austrália, Áustria, Bahrain, Belarus, Benin, Botswana, Bulgária, Burkina Faso, Camboja, Camarões, Canadá, República Centro-Africana, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Costa do Marfim, Cuba, Chipre, Tchecoslováquia, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Equador, Egito, Finlândia, França, Alemanha, Gana, Grécia, Guatemala, Guiné, Haiti, Vaticano, Hungria, Índia, Indonésia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Jordânia, Quênia, Coréia, Kuwait, Lesoto, Luxemburgo, Madagascar, Malásia, México, Mônaco, Marrocos, Holanda, Nova Zelândia, Niger, Nigéria, Noruega, Panamá, Peru, Filipinas, Polônia, Romênia, Rússia, São Marinho, Singapura, África do Sul, Espanha, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Síria, Tanzânia, Tailândia, Trinidad, Tunísia, Ucrânia, Reino Unido, E.U.A, Uruguai, Iugoslávia. Vide Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado, p. 931*, Renovar, 1994.

45 Ratificada pela Austrália, Bulgária, Bielorússia, Tchecoslováquia, Alemanha, França, Hungria, Polônia, Romênia, Ucrânia e Alto Volta, dentre outros. *Id*, p. 936.

que não pode legislar sem atentar para esta regra e é dirigido ao juiz nacional, na aplicação da lei brasileira, devendo sempre observar esta regra quando há conflito de leis brasileiras no tempo. O juiz nacional também deve observá-la quando for hipótese de aplicação direta de lei estrangeira, mesmo que não exista esta regra no direito estrangeiro.[46] E, ainda mais, não podemos reconhecer decisões proferidas alhures quando estas ferirem o preceito que determina o respeito aos direitos validamente adquiridos.[47] Esta é a ordem pública no plano internacional.

Este mesmo argumento, aliás, também já foi utilizado nas hipóteses de pedidos de homologação de sentenças estrangeiras desmotivadas, reiteradamente negados pelo STF.[48] Ora, poder-se-ia dizer que a regra constitucional que determina que as decisões do Judiciário devem ser fundamentadas[49] destina-se exclusivamente ao nosso Judiciário, mas este não tem sido o entendimento do STF. O STF tem exigido que também decisões alienígenas observem este preceito constitucional.

O Ministro Nelson Jobim pediu vista dos autos relativos ao pedido de homologação de laudo arbitral estrangeiro, no qual está sendo discutida a constitucionalidade da lei de arbitragem, em 8.5.97 e, até agora, ainda não se pronunciou a respeito. Assim, também os outros ministros ainda não tiveram a oportunidade de se manifestar sobre esta questão neste processo.

Entretanto, em caso recente, também envolvendo um pedido de homologação de laudo arbitral prolatado no Reino Unido apresentado perante o STF, o Ministro Relator, Ministro Maurício Corrêa, manifestou a sua opinião sobre a alegada inconstitucionalidade da lei de arbitragem e concluiu:

"Feitas estas considerações, não vejo como possa prosperar o encaminhamento da declaração de inconstitucionalidade dos preceitos então impugandos. Ao contrário, considero-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis para o aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento alternativo, eficaz e célere para a composição de litígios. O emperramento da máquina judiciária no Brasil, pela obsolência de regras, culturas e práticas, poderá ter no sistêmico aparelho da arbitragem parcela do que falta para colocá-lo em

46 Jacob Dolinger, nota 22, à p. 28/29 afirma: "*A Doutrina, tanto estrangeira, como a brasileira, ressalva que a aplicação integral do direito estrangeiro, inclusive suas regras de Direito Intertemporal, sofre restrição sempre que contiver norma que seja chocante à ordem pública do foro, como na hipótese em que não respeita os direitos adquiridos, que, no sistema jurídico brasileiro, são protegidos por regra constitucional, desde a Carta de 1946, atualmente, contido no artigo 5º, para XXXVI da Carta de 1988.*"

47 Neste sentido a decisão do Tribunal de Justiça de SP, na Apelação 57.339 publicado na *RT* vol 200, p. 320 e s. que anulou segundo casamento contraído no Brasil de mulher que havia contraído primeiro casamento na Espanha em 1936. Este casamento realizado na Espanha perante autoridades civis foi declarado nulo por leis de 1938 e de 1939. Esta nulidade, por ferir direitos validamente adquiridos e o respeito aos atos juridicamente perfeitos, não foi respeitada no Brasil e a mulher foi considerada casada, portanto, não poderia celebrar outro casamento válido.

48 *RTJ* 95/ 34.

49 Art. 93, IX da CF.

sintonia com o que realiza o outro lado do mundo, sem que, com isso, seja atropelada a ordem constitucional vigente."[50]

V — CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, cabe aqui uma crítica à sistemática adotada pela Lei 9.307/96 que possibilita a conversão da cláusula compromissória em compromisso judicial. A lei, no artigo que suscitou a declaração de inconstitucionalidade, estabelece que cabe à autoridade judiciária brasileira, na hipótese de surgimento do conflito de interesses, chamar as partes contratantes visando à elaboração do compromisso arbitral. Ocorrendo hipótese de contumácia de uma das partes, o juiz, suprindo declaração de vontade da parte recalcitrante, emite sentença judicial que valerá como compromisso. Portanto, a declaração de vontade, já anteriormente emitida pelo contratante, deverá ser novamente emitida para a celebração do compromisso arbitral, ou pelas próprias partes ou pela autoridade judiciária.

Ora, se a lei desejava equiparar a cláusula compromissória ao compromisso, a exemplo do que ocorre no direito convencional e em grande parte dos países desenvolvidos, por que exigiu ainda a celebração do compromisso? A cláusula compromissória, efetivamente equiparada ao compromisso, instituiria de *per se* o juízo arbitral, independentemente de qualquer manifestação da autoridade judiciária. Este é o sistema adotado nas regras de Arbitragem da CCI de 1988,[51] nas regras da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975[52] e na Lei Modelo da ONU para Arbitragem Comercial Internacional de 1985.[53]

Neste sistema, a arbitragem seria instaurada posteriormente ao surgimento do litígio, em decorrência de cláusula compromissória, celebrada por ambos os contratantes, independentemente da celebração de compromisso. Assim, não haveria que se submeter a cláusula ao Judiciário e a autoridade judiciária não teria que proferir decisão judicial em substituição à declaração de vontade de uma das partes.

Poder-se-ia alegar, entretanto, que a autoridade Judiciária neste momento pode verificar se houve manifestação de vontade válida por parte de ambos os contratantes, apta, portanto, para instaurar o juízo arbitral, configurando-se assim, numa inequívoca garantia para os contratantes.

Em suma, inegavelmente a Lei 9.307/96 representa uma inovação e uma evolução no sistema brasileiro, tanto no plano interno como no plano internacional, pois acaba por nos situar no mesmo patamar dos países que já adotam a arbitragem como prática diuturna.

50 Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, proveniente do Reino Unido, voto prolatado em 20/5/99.

51 Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, vide nota 44 *supra*, p. 962, artigos 3 e 4.

52 *Id*, p. 975, art 3.

53 *Id*, p. 998 e s., principalmente arts 21, 23 e 25.

Urge entretanto que o STF se manifeste, o mais rapidamente possível, quanto à questão da inconstitucionalidade suscitada incidentalmente durante o julgamento da homologação do laudo arbitral proveniente da Espanha, visando a estancar a onda de insegurança instaurada no país quando do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em 1996.