

DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/96

ARNOLDO WALD

I. Introdução

1. A importância crescente da arbitragem se explica, no mundo hodierno, tanto em virtude da progressiva globalização, com a extinção das fronteiras que existiam no passado, como da complexidade crescente dos problemas jurídicos, algumas vezes decorrente do emprego de novas tecnologias, cuja compreensão exige especial preparo técnico.¹ Por outro lado, a sobrecarga do Poder Judiciário, em todos os países e, em particular, no Brasil tem ensejado a criação de novos sistemas de solução de conflitos de interesses, que vão desde os Juizados especiais e de pequenas causas até a arbitragem e as diversas formas de mediação.

2. Acresce que a vida moderna, em virtude da própria instabilidade econômica e da volatilidade dos preços, que se faz sentir mesmo nos países que conseguiram debelar completamente a inflação, não mais permite que os conflitos levem anos para serem resolvidos. Cada vez mais é preciso reconhecer que a justiça tardia é uma forma de injustiça, deixando, as decisões judiciais, em virtude de decurso de tempo, de cumprir a sua função, que normalmente consiste em restabelecer o *statu quo ante*, ou seja a situação que existira, se o direito não tivesse sido violado. Ocorre que, na maioria dos casos, após longos anos, não há mais como voltar atrás, ou seja garantir a chamada “*restitutio in integrum*”, diante das modificações que atingiram tanto as partes, como o contexto no qual viviam.

3. A aplicação da *lex mercatoria* e o novo conceito de parceria, que inspira as *joint ventures*, mas também as relações de longa duração entre o Estado e os particulares, como, por exemplo, os contratos de concessão, justificam decisões baseadas não exclusivamente em normas jurídicas, mas também na equidade. Assim, podem, desde logo, os contratantes estabelecer quais os

princípios que deverão reger as suas relações, no futuro, e que direito há de ser aplicado pelos árbitros.²

4. O próprio contrato deixou de ser estático para tornar-se dinâmico e a empresa contemporânea é definida como sendo flexível, considerando-se até a flexibilidade como sendo a maior das qualidades das pessoas e das empresas num mundo em constante mudança.³

5. É dentro deste contexto que a arbitragem foi sendo generalizada nas relações internacionais e adquiriu, também, maior relevância nos negócios internos.

6. No Brasil, a Lei nº 9.307, de 1996, reformulou completamente a arbitragem, dando-lhe nova credibilidade, que não tinha anteriormente. Pode-se até dizer que, durante muito tempo, a jurisprudência brasileira foi a das nulidades e anulações de decisões arbitrais, ensejando a frustração das partes e uma verdadeira insegurança jurídica.

7. Agora, aos poucos, determinados contratos comerciais passaram a submeter os eventuais conflitos das partes à arbitragem e organizaram-se, em vários centros, entidades especializadas, que decidem as divergências de acordo com regras preestabelecidas e com relativo sucesso. O mesmo se pode dizer em relação às arbitragens internacionais que estão aumentando, especialmente na C.C.I. (Câmara de Comércio Internacional), sediada em Paris.

8. A doutrina tem, aliás, reconhecido que, decorridos três anos, há um balanço positivo da nova legislação de arbitragem no Brasil.

9. O único obstáculo para que o instituto se desenvolva adequadamente, com plena segurança, é a discussão de alguns aspectos constitucionais, que aguarda um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

II. A posição do Ministro Sepúlveda Pertence

10. Efetivamente, ao apreciar o Agravo Regimental em sentença estrangeira nº 5206-7, oriunda da Espanha, o Ministro Sepúlveda Pertence, suscitou a inconstitucionalidade dos art. 6º § único e 7º da lei de arbitragem. Entendeu S. Exa. que estaria a ferir a Constituição a possibilidade de execução específica da obrigação de fazer (firmar o compromisso arbitral), se necessário provimento judicial substitutivo da manifestação de vontade da parte recalcitrante.

11. No seu voto, invocou a lição de Alcides Mendonça Lima, de acordo com a qual a garantia constitucional da apreciação, pelo Poder Judiciário, de toda lesão de direito não permitiria o recurso à arbitragem, lembrando todavia que tal posição ficou sendo minoritária, não a tendo acompanhado nem a

doutrina, nem a jurisprudência, e citando neste sentido o precedente do Supremo Tribunal Federal no caso do Espólio de Henrique Lage e outros contra a União Federal.⁴

12. Em seguida, após ter invocado a lição do direito estrangeiro, concluiu, *incidenter tantum*, que: — “*O que a Constituição não permite à lei... é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem.*”

13. Na realidade, o entendimento do Ministro, neste primeiro aspecto, foi no sentido de não se admitir a imposição da arbitragem, pelo legislador, contra a vontade das partes, ou seja inexistindo convenção válida de arbitragem, que, na forma da lei, abrange tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.

14. Entendeu S. Exa. que a arbitragem se caracteriza pela consensualidade e que esta deve abranger a totalidade dos pontos essenciais do ato jurídico. Lembrando que está superada a fase na qual se entendia que todas as obrigações de fazer se resolvem necessariamente em perdas e danos, reconheceu que tal regime somente deveria ser aplicado às chamadas obrigações de prestação personalíssima infungível, não abrangendo, pois, a obrigação de manifestação de vontade.

15. Lembra, ainda, que a discussão suscitada, partindo do texto do artigo 1006 § 2º do Código de Processo Civil de 1939, foi, pois, no sentido de considerar inconstitucional a execução específica da cláusula compromissória que não tivesse todas as condições do compromisso arbitral. Desenvolvendo o seu raciocínio, S. Exa. resume a evolução do nosso direito processual, com o advento do Código vigente, que tratou da matéria no seu artigo 639, nos seguintes termos:

“*Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.*”

16. Assinala, em seguida, o ilustre magistrado que o mencionado artigo é a fiel tradução ao art. 2932 do Código Civil Italiano e que, mesmo na Itália, com base no art. 810 do Código Processo Civil, admitiu-se a execução *in natura* da cláusula compromissória. Neste sentido, conclui S. Exa. — “*a lacuna estaria suprida pelos artigos 6 e 7 da nova lei de arbitragem.*”

17. De passagem, esclarece o voto que a renúncia das partes a submeter o litígio ao Judiciário é válida, no caso do compromisso, por já existir litígio determinado, razão pela qual entende ser válida a escolha de outro modo de solução de conflito. Todavia, tal situação, no seu entender, não ocorre no caso

da cláusula compromissória por não existir ainda “lides determinadas e concretizadas”.

18. Conclui, assim, a parte do voto referente à cláusula compromissória afirmando que:

“Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente — dada a indeterminação do seu objeto — e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, *permitir o suprimimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes que, só ela lhe pode emprestar legitimidade constitucional*: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. cit., XV/224) de que *ferre o princípio constitucional invocado* — hoje, art. 5º XXXV, da Constituição — *atribuir ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem*.

Não posso fugir, desse modo, à declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei de Arbitragem e, em consequência, dos outros dispositivos que delas derivam, isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts., 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem — e, pois, à hipótese de simples cláusula compromissória a força impeditiva da constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral, o art. 42, que acrescenta um novo inciso, nº VI, ao art. 520 C. Pr. Civil para incluir no rol dos casos de apelação com efeito só devolutivo, o da interposta contra à sentença ‘que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem’.”

III. O voto do Ministro Maurício Corrêa

19. Posteriormente, em 20.5.1999, no processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.847-1, oriundo do Reino Unido, o Ministro Maurício Corrêa também teve o ensejo de apreciar a matéria, divergindo do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

20. Inicialmente, lembrou o parecer da Procuradoria Geral, firmado pelo Dr. Geraldo Brindeiro, que interpretou o inciso XXXV do art. 5º da Constituição como sendo um direito de cada cidadão de ver os seus direitos apreciados pelo Poder Judiciário e não como um dever de submeter os eventuais conflitos ao mesmo. No mencionado parecer, dado na SE nº 5.206, o Ministério Público reconheceu que o texto constitucional:

“*Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos*

substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, *não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados — diante do acúmulo de processos e do formalismo excessiva que têm gerado a lentidão das demandas judiciais* — abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio da sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário”. (fls 91 do Proc. SE nº 5.206)

21. Em seguida, resume o entendimento do Ministro Pertence, salientando que S. Exa. não admite a execução específica da cláusula compromissória pois a mesma: “*não expressaria a vontade bilateral das partes, implicando renúncia genérica de objeto indefinido.*”

22. Rebatendo este argumento, lembra o Ministro Maurício Corrêa que a nova lei que dispõe sobre a arbitragem prestigia a autonomia da vontade e mantém o controle a *posteriori* do Poder Judiciário. Acrescenta que, em vez de ser indefinido o objeto do eventual litígio previsto em cláusula compromissória, o mesmo se caracteriza por ser determinável, abrangendo as questões litigiosas que podem surgir em virtude da execução de um contrato ou da aplicação de cláusulas do mesmo.

23. Após citar os tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu e a melhor doutrina, desde Clóvis Beviláqua, lembra o Ministro Maurício Corrêa que a legislação civil e processual admite a execução específica das promessas de compra e venda.

24. Continua esclarecendo que o direito contemporâneo dispensa o compromisso arbitral, quando existe cláusula compromissória válida, razão pela qual as leis mais recentes se referem à convenção de arbitragem, termo mais genérico, que abrange tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória, terminologia que é também adotada na Lei nº 9.307, no seu art. 3º.

25. Finalmente, conclui refutando a alegação de inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos da cláusula compromissória afirmando peremptoriamente que: — “*Na execução da cláusula compromissória o juiz não substitui a vontade das partes, mas a concretiza.*”

IV. O real sentido das objeções levantadas

26. Na realidade, a objeção suscitada, no brilhante e exaustivo voto de Ministro Sepúlveda Pertence não se refere — como aliás por ele reconhecido — à existência do próprio sistema de arbitragem, como solução alternativa dos

conflitos. Também não se insurge o ilustre magistrado contra a existência da cláusula compromissória, discutindo tão-somente as chamadas cláusulas vazias ou em branco, nas quais as partes não previram o sistema ou regime de acordo com o qual a arbitragem deverá ser realizada.

27. Embora, tenha, *incidenter tantum*, suscitado dúvida quanto à própria validade da cláusula compromissória por entender que nela ainda esta indefinido — mas na realidade é determinável — o conflito, dessa sua argumentação não extraiu todas as conseqüências práticas para fins de declaração de inconstitucionalidade. Tanto, assim, que não discute a constitucionalidade da cláusula compromissória em si (como poderia discutir a execução específica da promessa de compra e venda), mas tão-somente a sua complementação pelo Poder Judiciário quando nela faltam alguns elementos do compromisso arbitral. E, ao considerar inconstitucional o art. 41, abrange os conceitos de cláusula compromissória cheia e vazia, que deveriam ter tratamento distinto.

28. Efetivamente, é interessante salientar que S. Exa. não impugna a constitucionalidade do artigo 5º, que admite a cláusula compromissória em virtude da qual as partes delegam a uma entidade especializada a fixação do regime de arbitragem e até a sua execução. Esclarece o mencionado artigo que:

“Art. 5º. 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.”

29. Verificamos, pois, que a inconstitucionalidade vislumbrada por S. Exa., em relação ao art. 7º da Lei nº 9.307, decorre do fato de nele admitir-se que o regime da arbitragem seja fixado judicialmente, por delegação implícita das partes e determinação legal, embora nada impedisse os contrantes de convencionar, na cláusula compromissória, a adoção de um regime de entidade especializada à qual as partes se tenham referido, caso no qual a exceção da existência de cláusula compromissória deveria extinguir o processo.

30. Efetivamente, na interpretação sistemática dos artigos 5º, 6º, 7º e 8º da lei de arbitragem, verifica-se que:

a) se houver referência, na cláusula compromissória, às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a mesma poderá indicar a sede da arbitragem e o presidente do tribunal arbitral, se a primeira (a sede) não tiver sido fixada pelas partes e o segundo (o presidente) não puder ser escolhido pelos dois co-arbitros indicados pelos litigantes (art. 5º);

b) se não houver acordo prévio das partes sobre a forma de instituir a arbitragem (excluindo-se pois as hipóteses do art. 5º), uma das partes manifes-

tará, à outra, a sua intenção de realizá-la (art. 6º) e, no caso de recusa, caberá a ação de instituição de juízo arbitral prevista no art. 7º.

c) se houver previsão do regime aplicável na forma do art. 5º, não se aplicam nem o art. 6º, nem o art. 7º e, de acordo com o art. 8º, submeter-se-á a discussão — e inclusive a recusa de uma das partes de aceitar a arbitragem — à entidade especializada, que tem competência para decidir a matéria, pois o respectivo § único esclarece que:

“Art. 8º.....

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

31. Ora tanto os tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu (Protocolo de Genebra, Convenção do Panamá) como a jurisprudência que os interpretou (REsp. nº 616-RJ)⁵, assim como as regras da quase totalidade das entidades especializadas em arbitragem (art. 6º das Regras da CCI) consideram que basta, para que haja arbitragem, que as partes se tenham obrigado a realizá-la, seja mediante compromisso arbitral, seja mediante cláusula promissória.

32. Assim, por exemplo, a Convenção do Panamá, à qual o Brasil aderiu, pelo Decreto Legislativo nº 90, de 1995, esclarece que as partes podem nomear os árbitros ou delegar a sua designação a terceiro e que, no silêncio das partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. (art. 2º e 3º).

33. Por sua vez, a CCI, nas suas regras, estabelece que no silêncio das partes, lhe cabe fixar a sede da arbitragem (art. 14) e, na falta de acordo das partes, nomear a árbitro único ou o Presidente do Tribunal (árbitro desempataador) (art. 6º e 9º do Regulamento de Arbitragem da CCI).

34. Não sendo inconstitucional nem a Convenção do Panamá, nem a Protocolo de Genebra, nem os artigos 5º e 8º da lei de arbitragem, chega-se à conclusão que a tese do Ministro Sepúlveda se limita a negar ao Juiz a atribuição que as partes podem delegar à entidade especializada.

35. No fundo, trata-se de saber se, no silêncio das partes, a lei pode incumbir o Juiz de manifestar a vontade presumida das partes. O que se discute não é, pois, a garantia constitucional do art. 5º, inciso XXXV, nem mesmo a atribuição dada ao Poder Judiciário, mas a possibilidade do juiz decidir matéria essencialmente delegável, sem que haja menção expressa na cláusula compromissória no sentido de dar-lhe essa incumbência.

36. Na realidade, este poder concedido ao Juiz de complementar a vontade das partes tem sido admitido pela jurisprudência quando, num instrumento, há algumas lacunas, que não são substanciais, ou quando as partes se referem às praxes comerciais e aos usos e costumes e se torna necessário defini-los e concretizá-los adequadamente, em virtude de divergência dos contratantes.

37. Por outro lado, não nos parece que a matéria seja constitucional, abrangendo, no fundo, uma opção política do legislador ordinário. Aliás, o direito comparado nos oferece soluções divergentes, na matéria, que justificam a tomada de posição do legislador brasileiro e afastam, por completo, a discussão constitucional.

V. O direito comparado

38. É interessante notar a posição do direito estrangeiro, em matéria de execução compulsória das chamadas cláusulas compromissórias brancas (em branco) ou vazias, também chamadas patológicas, nas quais não há previsão de regime arbitral aplicável. Para evidenciar que a matéria não é constitucional compararemos três legislações próximas da nossa e todas inspiradas nos mesmos princípios constitucionais: a italiana, a francesa e a alemã.

A) O direito italiano

39. No direito italiano, admite-se a execução compulsória, independentemente de qualquer previsão das partes, cabendo à autoridade judiciária nomear o árbitro. É o que determinam os artigos 809 e 810 do Código de Processo Italiano, com a redação que lhes deu a Lei nº 5, de janeiro de 1994, nos seus artigos 4º e 5º, aliás lembrados no voto do Ministro Sepúlveda Perence.

40. Quanto à parte que nos interessa dispõem os mencionados artigos que:
“Art. 809. *Numero e modo di nomina degli arbitri*

Gli arbitri possono essere uno o più, purchè in numero dispari.

Il compromesso o la clausola compromissoria deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli.

In caso di indicazione di um numero pari di arbitri, *l'ulteriore arbitro se le non hanno diversamente convenuto, é nominato dal presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810.*

.....
Art. 810. *Nomina degli arbitri*

Quando a norma del compromesso o della clausola compromissoria gli arbitri debbono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, può rendere noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, o degli arbitri da essa nominati.

.....
In mancanza, la parte che há fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal *presidente del tribunale nella cui circoscrizione è lá sede dell'arbitrato*. Se le parti non hanno ancora determinato tale sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stato stipulato il compromesso o il contratto al quale si riferisce la clausola compromissoria oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma. Il presidente, sentita, quando occorre, l'altra parte, provvede con ordinanza non impugnabile.

La stessa disposizione si applica se la nomina di uno o più arbitri sia dal compromesso o dalla clausola compromissoria demandata all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi abbia provveduto."

41. É, interessante notar que, contrariamente ao que afirmava o saudoso Professor Alcides Mendonça Lima, referido no voto do Ministro Pertence, várias constituições contêm dispositivos análogos ao consagrado pelo inciso XXXV do art. 5º da nossa constituição vigente, que reiterou posição já assumida pelo nosso legislador constituinte desde 1946, com a finalidade específica de impedir que a lei vedasse o acesso do cidadão à Justiça.

42. Efetivamente, a Constituição Italiana de 1948, que continua a estar em vigor, consagra o direito ao acesso à Justiça nos termos seguintes:

a) Todo cidadão pode recorrer à Justiça para salvaguardar os seus direitos e interesses legítimos. (art. 24)

b) Toda pessoa tem direito ao seu juiz natural designado pela lei. (art. 25).

43. Ora, jamais se discutiu, na Itália, a eventual inconstitucionalidade da lei de arbitragem.

B) O direito francês

44. É verdade que posição distinta é assumida pelo legislador francês, que só admite a execução específica de cláusula de arbitragem vazia ou branca quando as partes previram a nomeação de árbitro pelo Poder Judiciário. É o que deflui dos artigos 1443 e 1444, que têm a seguinte redação:

“Art. 1443. La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère.

Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.

Art. 1444. Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l’une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, *le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres.*

Toutefois, cette désignation est faite par le président du tribunal de commerce si la convention l’a expressément prévu.

Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer un tribunal arbitral, le président le constate et déclare n’y avoir lieu à désignation.”

45. A jurisprudência francesa admite amplamente a delegação da fixação do regime arbitral a entidades especializadas, entendendo que adotadas pelos contratantes as suas regras estão satisfeitas as exigências da alínea 2 do art. 1443.

C) O direito alemão

46. Finalmente, no direito alemão, existe legislação recente (a Lei de Arbitragem de 22.12.97), que foi introduzida no Código de Processo Civil (ZPO) constituindo o seu 10º livro. De acordo com a nova lei, a competência do Poder Judiciário para fixar o regime aplicável, no caso das mencionadas cláusulas vazias, prevalece, salvo quando, em certos casos, tenha sido convenionada expressamente outra solução pelas partes.

47. Na realidade, há, no direito alemão, duas regras distintas. A primeira aplicável na falta de previsão das partes que consiste sempre na indicação do árbitro pelo juiz (art. 1035, 3). A segunda se refere ao caso no qual existe previsão de um regime que, por qualquer motivo, se tornou inaplicável, caso no qual cabe ao Juiz proceder à nomeação, salvo se as partes tiverem previsto outra solução (art. 1035, II). É o seguinte o texto dos mencionados artigos, na sua tradução francesa:

“En l’absence d’accord sur la procédure de nomination de l’arbitre ou des arbitres, un arbitre unique, si les parties ne peuvent s’accorder sur le choix de l’arbitre, est nommé, sur la demande d’une partie, par le tribunal. En cas

d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre qui agira em *qualité de président du tribunal arbitral*. Si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de leur désignation, *la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal*.

Lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties, une partie n'agit pas conformément à ladite procédure, ou les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure, ou un tiers ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal de *prendre la mesure voulue, à moins le convention de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination*."

48. De qualquer modo, para o direito alemão, impõe-se a extinção do processo judicial intentado por uma das partes contra a outra, quando existe convenção de arbitragem válida (abrangendo tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória) (art. 1032).

D) Síntese do direito comparado

49. Pela lição do direito comparado, verifica-se, assim, que a matéria não tem relevância constitucional, havendo, no caso, uma opção do legislador, que poderá escolher entre a nulidade da cláusula compromissória branca ou vazia ou a sua complementação pelo Poder Judiciário.

50. Trata-se, pois, de atribuir ao Juiz o poder de complementar a vontade das partes que, com a devida vênia, não decorre do art. 5º, XXXV da Constituição e é exercido, em vários casos, no direito estrangeiro e no direito brasileiro, para suprir cláusulas secundárias de um ato jurídico ou para reduzir a cláusula penal (art. 924 do nosso Código Civil). Trata-se de matéria infraconstitucional na qual o legislador ordinário pode livremente exercer as suas opções técnicas ou políticas.

VI. Conclusões

51. A inconstitucionalidade suscitada limita-se à discussão da validade das cláusulas compromissórias nas quais as partes nada previram quando ao regime arbitral, não fazendo referência às regras de entidade ou organismo

especializados. Assim, sendo, reconhecida a constitucionalidade do art. 5º, o art. 41 da lei deveria ser interpretado conforme a Constituição, para o fim de considerar, nos art. 267, VII e 301, IX e 584, III do CPC a cláusula compromissória cheia (de acordo com o art. 5º) como tendo força impeditiva da constituição ou continuidade do processo, mantendo-se também a atual redação do inciso VI do art. 520 do CPC referente aos efeitos da apelação. Talvez possa concluir que, ao considerar inconstitucional o art. 41 da Lei de arbitragem, o ilustre Ministro “*dixit plus quam voluit*” pois, válido o art. 5º, somente caberia, em relação aos casos tratados no art. 41, a interpretação conforme a constituição — no sentido de excluir tão-somente a validade das cláusulas em branco — e deveria ser mantida a atual redação do art. 42.

52. Também não se discute o problema da arbitragem internacional, que tem normas próprias contidas em tratados aos quais o Brasil aderiu e cuja constitucionalidade não está sendo apreciada, além de ter sido admitida por longo tempo pela jurisprudência.

53. Restringe-se, pois, a arguição de inconstitucionalidade ao caso específico, cada vez mais raro, de escolha da arbitragem como solução de conflitos, sem maiores esclarecimentos das partes quanto às regras que lhe serão aplicáveis, matéria que é infra-constitucional.

54. As mesmas razões em virtude das quais se admitiu as partes possam sujeitar o preço de um bem a um terceiro (art. 1123 do Código Civil) ou submeter o conflito de interesse a uma entidade especializada (art. 5º da Lei de arbitragem) justificam o recurso ao Juiz para complementar a manifestação das partes, conforme decisão do legislador, no caso da cláusula em branco.

55. De um lado, nenhum motivo existe para que se considere a entidade especializada mais idônea do que o Poder Judiciário para fixar as regras da arbitragem e indicar árbitro. Por outro, pode o legislador estabelecer determinadas presunções *juris tantum* e *de jure* e até ficções jurídicas. No caso, a presunção é válida, tratando-se, como vimos, de decisão política do legislador para fortalecer o recurso à arbitragem, no caso de lacuna da respectiva convenção.

56. Finalmente, é muito importante que, após a doutrina⁶ e a jurisprudência dos tribunais locais⁷, o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem, a fim de evitar dúvidas que se manifestam e se multiplicam, não só em relação às chamadas cláusulas brancas ou vazias, mas até em relação aos demais artigos da lei de arbitragem, nos seus aspectos nacionais e internacionais.

NOTAS

1. A respeito escreve JEAN ROBERT que:

“*Les fuges d'État sont des hommes généreux, par opposition aux arbitres qui sont des techniciens.*”

La faveur est aujourd'hui aux techniciens.”

(JEAN ROBERT, *Las clause compromissoire.*)

2. A este respeito, o eminente Vice-Presidente da República MARCO MARCIEL, prefaciando obra sobre a arbitragem afirma que:

“*a arbitragem representa, nas sociedades abertas, um instrumento democrático que viabiliza o ideal da equidade entre as partes, em relações fortemente desequilibradas, e já está previsto, entre nós, no Código de Defesa do Consumidor e, na maioria dos países europeus, nos estatutos jurídicos referentes a serviços concedidos pelo Estado*”. (PEDRO A. BATISTA MARTINS, SELMA M. FERREIRA LEMES e CARLOS ALBERTO CARMONA, *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, p. XII)

3. ARNOLDO WALD, *O Contrato no Projeto do Código Civil*, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, São Paulo, a. 1, jan./jun. 1998, nº 1, p. 12-17.

4. Ag. 58.181 julgado em 14.11.1973, sendo relator o Min. BILAC PINTO, in RTJ 67/383.

5. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 37, p. 263.

6. PEDRO A. BATISTA MARTINS, no capítulo intitulado “Pseudo inconstitucionalidade do instituto” in PEDRO A. BATISTA MARTINS, SELMA M. FERREIRA LEMES e CARLOS ALBERTO CARMON, *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 15 e seguintes e JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 166 e seguintes.

7. Acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 16.9.1999, no Agravo de Instrumento 124.217.4/0 e da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, datado de 3.6.1998, proferido na Apelação Cível nº 254.852-9.