

Anulação de Sentença Arbitral. Execução de Sentença Arbitral. Vício do Título Executivo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Embargos Infringentes nº 428.067-1/10, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 19ª Vara Cível

Embargante: Itiquira Energética S/A

Embargada: INEPAR S/A – Indústria e Construções

Relator: Des. Stewalt Camargo Filho

EMBARGOS INFRINGENTES – AGRADO DE INSTRUMENTO – DECISÃO DE MÉRITO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EMBARGOS RECEBIDOS – SENTENÇA ARBITRAL – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE COMPROMISSO ARBITRAL – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “CHEIA”, “EM PRETO”, FIRMADA POR MEIO DE ADITAMENTO CONTRATUAL. NULIDADE – NECESSIDADE DE SER ARGUIDA LOGO APÓS A INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM – MÁ-FÉ AFASTADA – INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DE DISPOSITIVOS LEGAIS – INOVAÇÃO JURÍDICA.

ATA DE MISSÃO: EQUIVALÊNCIA AO COMPROMISSO ARBITRAL – REQUISITOS NECESSÁRIOS CONSTANTES – DESNECESSIDADE DE COMPROMISSO ARBITRAL (ART. 5º, DA LEI Nº 9.307/1996).

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – VALIDADE DO TÍTULO – PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS.

I – RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 428.067-1/10, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 19ª Vara Cível, em que é embargante Itiquira Energética S/A.

I – Trata-se de embargos infringentes opostos pela Itiquira Energética S/A, ao acórdão de fls. 1904/1921, da 18ª Câmara Cível deste Tribunal, que deu provimento ao recurso de agravo de instrumento promovido pela INEPAR S/A Indústria e Construções, julgando procedente, por maioria de votos, o pedido da ora embargada, de reconhecimento de nulidade do título executivo, consistente em sentença arbitral, fundamentando-se na necessidade, e na constatação da inexistência de laudo arbitral.

Com fundamento no voto vencido de lavra do eminente Desembargador José Carlos Dalacqua, que considerou a validade da sentença arbitral, ante a desnecessidade do “laudo arbitral”, em razão da pactuação da cláusula compromissória “cheia”, a embargante pugna pelo acolhimento dos embargos infringentes.

Recebidos os embargos infringentes (agravo inominado nº 428.067-1/03), após vários incidentes processuais que não alteraram o mérito, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II – DO PROCESSAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Necessário consignar, *prima facie*, que anteriormente a este recurso, os presentes embargos infringentes foram alvo de agravo inominado que decidiu, por unanimidade de votos, sobre a possibilidade do processamento deste recurso, ainda que em sede de agravo de instrumento.

Para tanto, fundamentou-se aquele *decisum* nas seguintes assertivas:

“No caso em tela, a decisão exarada no agravo de instrumento modificou a decisão de primeiro grau, julgando procedente a exceção de pré-executividade, com a extinção do processo de execução, ante o reconhecimento da nulidade do título arbitral, fundamentando-se na assertiva de que o referido título fora constituído por ‘pessoas não investidas de jurisdição, uma vez não firmado o indispensável compromisso arbitral’ (fl. 2590-TJ).

O acórdão do agravo de instrumento, ao dar provimento ao pedido do agravante acolhendo a exceção de pré-executividade, com a anulação da sentença arbitral, sem dúvida alguma apreciou o mérito.

Veja-se que o mérito da exceção de pré-executividade, cujo pleito versou sobre a anulação da sentença arbitral, fato aduzido em anteriores ação anulatória (autos nº 1.318/2005) e embargos à execução (autos nº 362/2006), ambos ajuizados pela agravada, também versaram sobre este mesmo mérito.”

Mais adiante:

“A decisão exarada no agravo de instrumento, sem dúvida alguma, como dito, refere-se ao mérito da questão concernente à exceção de pré-executividade, consistente no reconhecimento da nulidade do título que embasou a execução que, no caso, restou extinta, esta sim, sem julgamento de mérito.

Ressalte-se que a extinção da execução, é simples consequência do acolhimento do mérito do pedido de anulação da sentença arbitral.”

Assim, ponderando as questões em relação ao cabimento ou não dos embargos infringentes, o acórdão culminou em dar provimento ao agravo, admitindo o processamento dos embargos infringentes, “com fundamento em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerando tratar-se de matéria de

mérito, e com lastro no art. 530 do CPC, determinando seja o feito distribuído à Câmara Competente para a análise da matéria, em *Composição Integral*, para julgamento do mérito do recurso”, decisão que teve a unanimidade de votos do Colegiado.

Ressalto, ainda em relação a este tópico, que o julgamento do agravo regimental (nº 428.067-1/03 – volume 18), o qual por unanimidade de votos admitiu o processamento dos embargos infringentes, foi publicado em 21.06.2010, com início de prazo em 23.06.2010 (certidão fl. 3465).

Opostos embargos de declaração, a decisão, sem alteração do mérito do julgado, foi publicada em 31.08.2010, com início de prazo em 02.09.2010.

Após novos incidentes processuais, com distribuição equivocada para a 7ª Câmara Cível, e embargos de declaração desta decisão (fl. 3517), foi efetuado Termo de Distribuição, com data de 01.03.2011, vindo a INEPAR a impugnar a distribuição dos autos, com novos incidentes que resultaram em embargos de declaração que, de acordo com a certidão de fl. 3535, não foram objeto de insurgência.

Assim, novo Termo de Distribuição foi efetuado à fls. 3539, datado de 11.10.2011, seguido de despacho do Dr. Francisco Jorge remetendo os autos a este Relator (fl. 3541), sobrevindo despacho, com determinação para o envio do processo ao e. Desembargador Revisor.

Na sequência, encontra-se anexado o relatório (fl. 3544), e o Desembargador Revisor despachou pedindo dia para julgamento (fl. 3546).

Conclui-se, deste breve histórico dos últimos acontecimentos ocorridos no processado que, após o julgamento do agravo regimental que admitiu o processamento dos embargos infringentes, não houve mais recurso algum impugnando a questão. E, como a decisão dos embargos de declaração foi publicada em 31.08.2010, com início de prazo em 02.09.2011, considerando que todas as demais insurgências trataram de outras matérias, é evidente que qualquer questão relacionada à determinação para processamento dos embargos infringentes, encontra-se preclusa.

III – COMPETÊNCIA TERRITORIAL: JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à competência, consigno que o REsp 1.076.847¹, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (STJ), publicado em 30.03.2009, se encontra julgado. Este recurso foi interposto do acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento, promovido pela requerida, para reconhecer o foro da Comarca de

1 Recurso Especial nº 1.076.847/SP (2008/0164847-6); Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Recorrente: Itiquira Energética S/A; Recorrido: Inepar S/A Indústria e Construções.

Curitiba competente para o julgamento da ação de nulidade de sentença arbitral, com fundamento em cláusula de eleição de foro.

O Recurso Especial acima referido (recorrente Itiquira) alegou violação aos arts. 183, 525, II e 535, II do CPC, divergência jurisprudencial e negativa de prestação jurisdicional, além do fato de que o agravo de instrumento seria deficiente, por ter juntado peça essencial (termo aditivo do contrato – Quinto Termo Aditivo) apenas em momento posterior à interposição do recurso.

A Ministra Nancy Andrighi deu provimento a este recurso (REsp 1076847), reconhecendo que o agravo de instrumento não poderia ter sido conhecido, e que não há como abrir prazo para a juntada de peça, ou converter o julgamento em diligência, merecendo reforma a decisão do TJ/SP.

Desta decisão, a INEPAR opôs embargos de divergência (EREsp 1076847 – DJe 04.06.2010), de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido que, a princípio, admitiu os embargos, considerando haver dissídio jurisprudencial acerca da possibilidade de a parte juntar peça necessária ao julgamento do recurso previsto no art. 522, em momento posterior à sua interposição.

É o que consta, até este momento, no Superior Tribunal de Justiça.

IV – ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Em tendo sido determinado o processamento do recurso, ante a possibilidade de seu cabimento (requisito intrínseco), bem como, constatando a presença dos demais requisitos de admissibilidade recursal (legitimação, interesse, tempestividade, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou modificativo), é de ser admitido o recurso.

V – HISTÓRICO

No mais, para melhor cognição dos fatos, necessário trazer a balia a origem da insurgência deste recurso.

Assim, e por brevidade, adoto o relatório exarado nos autos de execução de título extrajudicial, em que é exequente a Itiquira Energética S/A (fls. 13/132 – TJPR):

“A exequente firmou contrato com a Executada para a construção de uma usina hidrelétrica. O contrato foi resolvido pela Exequente em 28 de dezembro de 2001 por inadimplemento da Executada.

As consequências decorrentes do inadimplemento da Executada e da resolução contratual foram submetidas a juízo arbitral, conforme previsto expressamente pelas partes no Contrato.

Em 03.09.2002, a pedido da ora Executada, foi instalado Tribunal Arbitral específico, com sede em São Paulo (SP), para a resolução das controvérsias entre as

partes. A Exequente formulou reconvenção, visando ao ressarcimento dos prejuízos que foram causados pelo inadimplemento da Executada.

Em 2 de setembro de 2005, foi prolatada a sentença arbitral, que foi complementada pela decisão (datada de 20.12.2005) que apreciou pedido de esclarecimento (embargos de declaração) formulados pela Executada (docs. anexos). Na decisão, foram apenas corrigidos erros materiais, sem alteração do conteúdo ou do dispositivo da sentença arbitral.

O pedido da Executada na arbitragem foi julgado parcialmente procedente. A reconvenção apresentada pela Exequente também foi acolhida parcialmente. Consta o seguinte da parte dispositiva final da sentença: 'Isto posto e considerando o que mais dos autos consta, o Tribunal Arbitral, por maioria de votos, julga parcialmente procedente o pedido inicial da Inepar para condenar a Itiquira ao pagamento de R\$ 4.734.433,26 (quatro milhões, setecentos e trinta e quatro mil, quatrocentos e trinta e três reais e vinte e seis centavos), acrescidos de juros de 12% (doze por cento) ao ano e correção monetária pelo IGP-M, tudo calculado a partir da data da Petição Inicial, conforme já antes especificado, bem como julgar procedente a reconvenção, para condenar a INEPAR no pagamento de R\$ 139.123.953,92 (cento e trinta e nove milhões, cento e vinte e três mil, novecentos e cinquenta e três reais e noventa e dois centavos), considerada a data-base da Reconvenção, acrescido da correção monetária pelo IGP-M e dos juros de 12% (doze por cento) ao ano, calculados a partir da data da reconvenção (item 405 da sentença arbitral). Além disso, a sentença arbitral condenou a Executada a reembolsar a Exequente pelas despesas incorridas no processo arbitral, no valor de R\$ 2.027.910,00 (dois milhões, vinte e sete mil, novecentos e dez reais), corrigido monetariamente pelo IGP-M e acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês, desde a data da sentença (item 406 da sentença arbitral).

Também condenou a Executada em honorários de sucumbência no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais)." (fls. 130/132).

A executada foi intimada da sentença "em 02.09.2005 e da decisão dos embargos de declaração em 21.12.2005. Porém, até a presente data não tomou qualquer providência destinada a satisfazer o crédito da exequente" (fl. 132).

E, considerando que a sentença arbitral tem natureza de título executivo judicial (art. 584, III do CPC e art. 31 da Lei nº 9.307/1996), requereu a citação da executada.

Iniciada a execução pela Itiquira, a INEPAR promoveu ação de nulidade da sentença arbitral (autos nº 1.318/2005), opôs embargos à execução (autos nº 362/2007), e exceção de pré-executividade, tendo esta sido rejeitada, pela decisão agravada fundamentando-se na assertiva de que "inexistente o vício alegado, e determinou o prosseguimento da execução, deixando de condenar a excipiente em honorários advocatícios, ressaltando, no entanto, que o incidente será considerado quando da estipulação final da verba." (fl. 88-TJ), com o desentranhamento da impugnação.

Da decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, a INEPAR opôs agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento, por maioria de votos,

tendo os Desembargadores Carlos Mansur Arida e Roberto de Vicente votado pela anulação da sentença arbitral, e pela extinção da execução de origem, com julgamento do mérito, e julgaram prejudicado o pedido de manutenção da impugnação ao cumprimento da sentença, condenando a ora embargante, nos ônus da sucumbência.

O Desembargador José Carlos Dalacqua, por seu turno, lavrou voto vencido pela manutenção da decisão de primeiro grau, rejeitando o pedido de anulação da sentença arbitral entendendo, ainda, que a impugnação ao cumprimento da sentença, deveria ser desentranhada dos autos, e deixou de inverter os ônus da sucumbência.

As partes opuseram embargos de declaração que, embora acolhidos parcialmente, não modificaram o mérito do agravo de instrumento.

A Itiquira, então, inconformada, opôs embargos infringentes que foram recebidos pela decisão proferida no agravo inominado nº 428.067-1/03.

VI – DO MÉRITO

Primeiramente, reitere-se que a questão sobre o cabimento e o recebimento dos embargos infringentes foi detalhadamente analisada, como constou na parte inicial deste voto.

Neste diapasão, apenas a título de ilustração, assiste razão à embargante ao afirmar que:

“No caso, o agravo de instrumento interposto pela Embargada resultou em v. acórdão que tem essência de sentença, vez que tem o conteúdo do art. 269, I, do CPC. Trata-se de situação análoga à de um agravo de instrumento interposto contra *decisum* que não acolhe alegação de prescrição.

Está-se, portanto, diante de um acórdão-sentença, e não de um acórdão-decisão interlocutória. Assim, são cabíveis os presentes embargos.” (fl. 1981).

A) Do compromisso arbitral

A matéria a ser analisada, restringe-se ao que foi objeto de divergência, qual seja, quanto à necessidade, ou não, do compromisso arbitral para validação da sentença arbitral, que embasa a execução que originou estes autos (execução de sentença arbitral).

A embargada, em suas razões, sustenta que a arbitragem que originou a execução é nula, pois não foi pactuado documento intitulado de “compromisso arbitral”.

Desde o começo da lide, resta evidente que ambas as partes pactuaram que as questões remanescentes e duvidosas, em relação ao cumprimento do contrato avençado entre as partes (empreitada), seriam resolvidas pela arbitragem.

Ambas participaram de todo o procedimento e, somente após a decisão arbitral (sentença), a embargada aduziu a nulidade do procedimento, considerando a falta do compromisso arbitral. Veja-se que todo este procedimento teve origem pela própria embargada, em julho de 2002.

Desse modo, não pode subsistir sua alegação de que “a ausência de compromisso arbitral, prévio à arbitragem, configura vício insanável do título executivo, pela ausência de pressuposto para a constituição e desenvolvimento regular do processo e de condição da ação (art. 267, IV, VI e § 3º do CPC, invalidando a própria existência da relação processual e tornando impossível juridicamente o pedido de execução do título, já que insanavelmente nulo!” (fl. 11), se dele participou desde o início.

Informa a embargante, e constata-se dos autos, que a notificação da arbitragem (volume 8º – fls. 1431/1433), nos termos do contrato (Termo Aditivo 5, de setembro de 2002 – fls. 1434/1435), foi da embargada, tendo a embargante apenas anuído com a instauração da arbitragem, formulando seus pedidos próprios em sede de reconvenção.

E cita:

“Aliás, a embargada tomou (corretamente) a iniciativa de seguir todos os passos previstos no contrato para a solução de conflitos (art. 77 do contrato). Deu início ao período de negociação executiva, em janeiro de 2002.

Iniciou a mediação, conduzida pelo Dr. Sérgio Seleme, escolhido pelas partes em conjunto. E apresentou a notificação inicial de arbitragem, com a previsão de aplicação das regras da CCI (estipuladas no contrato). Finalmente, participou de toda a arbitragem, sem qualquer reclamação.” (fl. 1991).

O art. 20 da Lei nº 9.307 determina que:

“A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como a nulidade, invalidade ou ineeficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instauração da arbitragem.”

O voto vencido, adequadamente asseverou que “eventual nulidade, ainda que absoluta, pelo menos por uma questão de boa-fé, deveria ser arguida na primeira oportunidade em que cabia à agravante (ora embargada) falar nos autos, conforme orienta o art. 20, da Lei nº 9.307/1996.”

Considere-se, ainda, o disposto no art. 245 do CPC:

“A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.”

No mais, como dito, a embargada deu início ao procedimento, notificando a embargante e, segundo ela própria argumenta, o primeiro ato deveria ter sido a assinatura de um compromisso arbitral, ou seja, ela mesma deu causa à nulidade que ora alega existir.

B) ATA DE MISSÃO

Iniciado o procedimento, todas as condições de processamento da arbitragem constaram da Ata de Missão como objeto, árbitros, local, idioma a ser utilizado, regras de procedimento segundo as da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), e que não foram objeto de impugnação em momento algum.

O ilustre voto vencido fez constar que:

“Entretanto, da análise dos autos, percebe-se que a agravante participou ativamente do procedimento arbitral, desenvolvido com amplo debate e instrução probatória, não tendo em nenhum momento cogitado de qualquer prejuízo.

Com efeito, na ‘Missão’, momento oportuno ao saneamento de supostos vícios da convenção de arbitragem, sobretudo porque a questão já estava posta pelas partes, nada disse a agravante, mesmo assistida na ocasião por dois advogados (fl. 632 – TJ).

Afora isso, nem sequer os mencionou nos embargos de declaração opostos contra a sentença arbitral (fls. 465/519 – TJ).

Logo, não venha alegá-los somente agora, justamente quando o título está sendo executado.”

A decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, por seu turno, fez constar corretamente que:

“Não bastasse o fato de as partes terem previamente estipulado as regras a serem observadas no juízo arbitral, por isso considera-se existente cláusula compromissória ‘cheia’, o fato é que a excipiente participou de tudo que lá foi realizado, inclusive financeiramente, sem demonstrar insurgência oportuno *tempore*, suscitando a suposta falta de compromisso arbitral somente agora em sede judicial, o que sem dúvida viola os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé, informadores das relações jurídicas contratuais em geral e, inclusive, da convenção de arbitragem. [...] Ora, se não tivesse havido prévio compromisso arbitral à arbitragem, o qual resultou na sentença exequenda, o que acarretaria a nulidade do título, ambas as partes para ela teriam contribuído, pois participaram de forma efetiva e atuante de todo o procedimento, ressalte-se que o caso envolve tão-somente direitos disponíveis, de caráter patrimonial, inexistindo interesse público a impor-se sobre o particular.” (fl. 87).

No que se refere à Ata de Missão (fls. 1.425/1.430), prevista no art. 19 da Lei nº 9.307/1996, necessário esclarecer que a mesma consubstancia documento através do qual, as partes que se comprometeram a adotar o procedimento da arbitragem para solução de conflitos, em relação ao contrato previamente pactuado, e esclarecem ou corrigem cláusulas arbitrais, além das partes delimitarem a matéria objeto de análise a ser decidida pelos árbitros, nos casos em que a arbitragem estiver fulcrada em cláusula arbitral.

Ressalte-se que, quando a mesma foi assinada, toda a controvérsia entre as partes já estava estabelecida, tendo a embargada já apresentado sua petição inicial, a embargante apresentado sua contestação e reconvenção, o que determinou o objeto da arbitragem, com a concordância expressa das partes e, somente após o estabelecimento da Ata de Missão, é que os árbitros passaram a tomar decisões, ou seja, “não houve decisão alguma fora da arbitragem.”

Entretanto, esclareça-se que a Ata de Missão tem que observar o regulamento da CCI, em relação aos árbitros, a sede e o idioma da arbitragem, além das normas aplicáveis, no caso, Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Peço vênia, para transcrever parte do voto vencido, que bem esclarece este tópico:

“Arnaldo Wald, analisando a Lei nº 9.307/1996 e, imaginando caso semelhante ao dos presentes autos, sustenta que: ‘Uma interpretação sistemática da Lei de Arbitragem não nos autoriza senão concluir pela inaplicabilidade do art. 7º sempre que as partes tenham exercido a prerrogativa que lhes confere o preceito contido no art. 5º do mesmo diploma. Assim, ao submeterem a resolução de um litígio a uma arbitragem regida pelo Regulamento de Arbitragem da CCI, tal regulamento passa a compor o conteúdo da convenção de arbitragem e a instauração da instância deverá ocorrer de acordo com as regras nele contidas’ (O Regime da Cláusula Compromissória na Jurisprudência Recente. In: PUCCI, Adriana Noemí (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 35).

Posição essa defendida inclusive por Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, um dos patronos da agravante (fl. 82):

‘Se na cláusula compromissória as partes já acordarem quanto às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada segundo tais regras. Caso tal não tenha ocorrido, a parte que queira instituir a arbitragem deverá convocar a outra para que sejam convencionados os termos do compromisso arbitral’ (Arbitragem: Oportunidades, Riscos e Desafios. In: LEITE: Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 04).

Nesse contexto, observa-se que as partes firmaram detalhada cláusula compromissória por meio de aditamento contratual (art. 77.2), assinado em 15 de setembro de 2000 (fls. 616/620 – TJ), pactuando que eventuais controvérsias não solucionadas amigavelmente, poderiam ser submetidas à arbitragem por qualquer das partes, definindo, outrossim, que:

‘(...) a autoridade de nomeação para a implementação desse procedimento será a Câmara Internacional de Comércio, conforme as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (as “Regras”)’ (grifei).

Procedimento, aliás, que se inaugurou em 21 de março de 2003, pela ‘Ata de Missão’, termo que na verdade equivale ao compromisso arbitral, considerando que nele foram fixados os pontos controversos a serem decididos; os árbitros, a sede e o idioma da arbitragem; bem assim as normas aplicáveis ao litígio, dentre

elas, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (fls. 627/633 – TJ).

Sobre o ato de missão, bem esclarece Arnoldo Wald, ao comentar o voto já mencionado do Min. Nelson Jobim:

‘Com efeito, o voto do Ministro Nelson Jobim é muito claro [...], colocando fim a todas as dúvidas suscitadas anteriormente, pois admite que a arbitragem dispense o compromisso quando exista cláusula compromissória dando a competência a uma entidade determinada para realizar a arbitragem. Nesse caso, cabe ao ‘ato de missão’ (também denominado ‘termo de referência’) definir os elementos que faltam à cláusula, substituindo-se ao compromisso arbitral’ (A Recente Evolução da Arbitragem no Direito Brasileiro (1996-2001). In. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ; José Maria Rossani. (Coord.). *Reflexões sobre a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002. p. 149).

E nem se diga que os árbitros adotaram regras diferentes daquelas previamente estabelecidas, pois, se foi aplicado o Regulamento de 1998, é porque ele era o vigente ao tempo da assinatura do contrato, conforme convencionado na cláusula compromissória:

‘Os procedimentos de arbitragem serão conduzidos de acordo com as Regras vigentes na data do Contrato’ (fl. 617 – TJ).

Para tanto, basta ver que o referido Regulamento entrou em vigor em 1º de janeiro de 1998 (fl. 1048 – TJ), enquanto o contrato fora celebrado em 27 de abril do mesmo ano (fl. 1720 – TJ).’ (Desembargador José Carlos Dalacqua)

Veja-se que a denominação do documento, qual seja, “Ata de Missão”, e não “compromisso arbitral”, não pode ser causa de nulidade, eis que ambos se equiparam juridicamente, são legalmente previstos, ambos manifestam o desejo das partes e são constituídos para o mesmo fim.

E, “A alegação da Embargada no sentido de que a previsão, no Regulamento da CCI, da possibilidade de as partes firmarem – no pleno exercício da autonomia da vontade (art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem) – “Ata de Missão” (inclusive fazendo nela constar elementos referidos no art. 10) ofende a ordem jurídica interna brasileira é vazia, não tem qualquer fundamento.” (fl. 2027)

Para sustentar sua tese sobre a validade da Ata de Missão, cita antecedentes jurisprudenciais (Bosco Lee in “Arbitragem Comercial”, p. 11011; Selma Maria Ferreira Lemes – coautora do anteprojeto da Lei de Arbitragem, “Convenção de Arbitragem e Termo de Arbitragem”, Revista dos Advogados, nº 87, set. 2006. p. 97; Arnold Wald in: *A recente evolução da arbitragem...*, p. 154155; Carlos Alberto Carmona in “arbitragem e Processo”, p. 241).

Mais adiante:

“Os regulamentos das principais instituições arbitrais do Brasil como apontam as citações acima, prevêm instrumentos idênticos à ‘Ata de Missão’ referida no Regulamento da CCI.

Confiram-se, por exemplo, os regulamentos das seguintes instituições: ARBITAC (Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Paraná), art. 2º; CAIEP (Câ-

mara de Arbitragem das Indústrias do estado do Paraná – FIEP), arts. 2º e 4º; Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, itens 2.1, 3.1 e 3.2; Câmara de Comércio Brasil-Canadá, itens 5.1 e 5.8 a 5.10.

Em todos eles está claro que, havendo cláusula compromissória ‘cheia’ será desnecessário o compromisso arbitral. Parte-se imediatamente para a instauração da arbitragem, no início da qual lavrar-se-á ‘Ata de Missão’, ‘Termo de Arbitragem’ ou coisa que o valha.

Logo, a arbitragem em questão desenvolveu-se em plena consonância com a prática arbitral desenvolvida no Brasil.” (fl. 2029).

C) DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

O voto vencido pautou-se também em outros elementos, precípua mente, na desnecessidade do compromisso arbitral, rejeitando a arguição de nulidade da sentença arbitral.

Na verdade, considerando a legislação aplicável ao caso, o compromisso arbitral é desnecessário para o processamento da arbitragem, em razão da cláusula compromissória “cheia”, que se reporta à pactuação sobre um regramento específico, no caso a arbitragem, para solucionar problemas advindos do contrato.

Parte-se, assim, da premissa de que ambas as partes participaram de forma efetiva durante todo o procedimento, atingindo o fim para o qual foi pactuada.

O art. 3º da Lei nº 9.307/1996 prescreve que as partes podem submeter seus litígios ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, sem exigir que, além da cláusula compromissória, as partes celebrem compromisso para instituir processo arbitral.

A cláusula compromissória é estabelecida pelo art. 4º, da referida lei: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

Já o que se convencionou chamar de “cláusula cheia”, encontra-se no art. 5º, da mesma legislação: “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.”

O art. 9º, do mesmo dispositivo legal, prevê que: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou de mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”.

No caso, em se tratando de análise de contrato onde as partes pactuaram cláusula “cheia” não tem aplicação as disposições dos arts. 6º e 7º da Lei nº

9.307/1996, na medida em que estabelecem que, se não houver acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte contrária informará sua intenção de dar início ao processo arbitral, convocando-o para firmar o compromisso arbitral, o que não é o caso dos autos.

Os artigos acima referidos estabelecem procedimento específico para o caso de execução de cláusula compromissória, ou quando a parte, embora tenha pactuado sobre a arbitragem, e conste cláusula “vazia”, se negue em adotar o procedimento da arbitragem.

No caso, nenhuma das partes se opôs à realização da arbitragem. Portanto, afasta-se a aplicação destes dispositivos legais.

D) Do compromisso arbitral e da cláusula compromissória cheia

Não há determinação legal sobre a necessidade do compromisso arbitral, se do pacto constar a cláusula “cheia”, como é o caso dos autos, onde as partes convencionam que se ocorrer litígio quanto ao cumprimento do contrato, o mesmo será resolvido tendo por base as regras de determinado órgão, no caso da CCI, o que torna desnecessário o compromisso arbitral.

O MM^a Juíza da instância *a quo*, ao exarar sua decisão, que foi objeto do agravo de instrumento, em nota de rodapé fez constar que:

“Note-se que na própria Ata de Missão, item VIII, ficou estabelecido que naquele procedimento as *Normas Aplicáveis* seriam: ‘De acordo com a cláusula compromissória constante do contrato [...], as normas do Regulamento de Arbitragem da câmara de Comércio Internacional, da Lei de Arbitragem [...] e do Código de Processo Civil Brasileiro’ (grifei em parte).” (fl. 87).

As partes, em momento algum, tiveram dúvida quanto ao procedimento a ser adotado, na medida em que a cláusula “cheia” definiu a forma de indicação dos árbitros, o regramento a ser adotado, considerando-se, ainda, que a embargada instaurou o procedimento, resultando que se fazia totalmente dispensável a celebração de compromisso arbitral.

Sem dúvida, este é o entendimento majoritário da doutrina, atualmente, quanto à dispensabilidade do compromisso arbitral, quando o contrato prevê cláusula compromissória “cheia”, como fez constar a embargante, em sua exordial deste recurso.

No mais, consignou a embargante que se encontra correta a referida cláusula, uma vez que as partes pactuaram que a arbitragem seria regida pelo regulamento da CCI, vigente na data do contrato (item 77.2 da cláusula), e o regulamento aplicado foi efetivamente o que vigia àquela época, ou seja, não merece perdurar a alegação de que foram adotadas regras diferentes, pois, como constou no voto vencido, “se aplicado o regulamento de 1998, é porque ele era o vigente ao tempo da assinatura do contrato, conforme convencionado

na cláusula compromissória [...]. para tanto, basta ver que referido Regulamento entrou em vigor em 1º de janeiro de 1998 (fl. 1.048 – TJ), enquanto que o contrato fora celebrado em 27 de abril do mesmo ano (fl. 1.720 – TJ). Desse modo, inexiste a nulidade a inquinar o título judicial, uma vez que todas as regras procedimentais foram obedecidas pelo Tribunal Arbitral.” (fl. 1.926/1.927).

Por outro vértice, constata-se que as partes não impugnaram a aplicação de referidas regras; ao contrário, postularam sua aplicação, o que foi reiterado com a Ata de Missão.

Com elevada razão, fez constar a embargante que:

“Ou seja, esse E. TJPR já se manifestou em mais de uma ocasião no sentido de que não é imprescindível em todo e qualquer caso um compromisso arbitral. Essa exigência somente se aplica aos casos de cláusula compromissória ‘vazia’ – e desde que haja resistência de uma das partes à instituição da arbitragem.” (fl. 2011).

“Como se vê, a jurisprudência é firme no sentido de que a cláusula compromissória é suficiente, segundo a legislação pátria, para provocar o deslocamento de controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis para a esfera arbitral – sendo, portanto, totalmente dispensável a celebração de compromisso arbitral.” (fl. 2013).

Mais adiante, denota-se pelo quadro comparativo apresentado pela embargante, que os julgados colacionados pela embargada não têm similitude fática com os presentes autos (fls. 2015/2018).

Ademais, no caso em estudo, em que se constata a existência da cláusula “cheia” foi firmada a Ata de Missão, de acordo com as regras do CCI (ver fls. 1478/1527).

A embargante afirma que:

“Convenção de arbitragem é gênero de que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies (ainda art. 3º). Isso significa que a arbitragem pode ser instituída tanto com base em cláusula compromissória quanto com base em compromisso arbitral. [...]’ (fl. 1996). E, em relação às cláusulas: ‘é do tipo ‘cheia’ (ou ‘em preto’/‘completa’) a cláusula compromissória que previr o modo de instituição da arbitragem (conforme, ainda, o art. 21, *caput*, da Lei nº 9.307). De outra parte, ‘vazia’ (‘em branco’) será a cláusula que não estabelecer o modo de nomeação dos árbitros (art. 19).

A necessidade de celebrar negócio chamado ‘compromisso arbitral’ poderá existir apenas nos casos em que as partes pactuarem cláusula compromissória ‘vazia’, ou seja, apenas quando não acordarem previamente sobre a forma de instituir arbitragem. Em caso de recusa da outra parte a firmar o compromisso arbitral, caberá a instauração do procedimento judicial de que tratam os arts. 6º, parágrafo único, e 7º (*vide* o tópico V. 3, abaixo)

[...]

A simples leitura da Lei nº 9.307 revela que a necessidade de se firmar compromisso arbitral – consensualmente (*caput*, art. 6º) ou mediante o procedimento judicial de que tratam os arts. 6º, parágrafo único, e 7º – pode verificar-se tão-somente quando a convenção de arbitragem consistir em cláusula compromissória ‘vazia’” (fls. 1997/1998).

Ou seja, quando a convenção de arbitragem consubstanciar cláusula compromissória “cheia”, “sempre que estabelecer, ao menos, a forma de instituir a arbitragem (o modo de nomear os árbitros – art. 19 da Lei nº 9.307), será dispensável a celebração do compromisso.” (fl. 1999).

Correto o entendimento da embargante, em todos os seus fundamentos.

Ainda cabe consideração, o fato de que a embargada, não obstante ter argüido a nulidade, não logrou êxito em demonstrar qual seria o prejuízo a ser suportado, ante a falta do compromisso arbitral.

E) DOS FUNDAMENTOS DO VOTO VENCIDO

De tudo o que foi exposto, forçoso concluir que assiste razão ao ilustre Desembargador que lavrou o voto vencido, do qual retiro as seguintes assertivas que passam a fazer parte da fundamentação deste voto, *in verbis*:

“Creio que a sentença não é nula pela falta de prévio compromisso arbitral, razão pela qual deve ser negado provimento ao agravo de instrumento.

Isso porque ele é imprescindível à arbitragem, apenas nos casos de cláusula compromissória ‘vazia’ (‘em branco’), e desde que haja resistência de uma das partes a sua instituição, hipótese na qual o interessado poderá pedir ao juízo que supra a vontade da parte recalcitrante a sua concretização, cuja sentença valerá como compromisso arbitral (Lei nº 9.307/1996, art. 6º, parágrafo único, e art. 7º).

Por outro lado, quando existente a chamada cláusula compromissória ‘cheia’ (‘em preto’), isto é, quando as partes estabelecem, de antemão, que eventual litígio será resolvido de acordo com as regras de determinado órgão ou instituição arbitral, ou mesmo quando convencionam as próprias regras, a sua realização torna-se desnecessária.”

Para sustentar as razões acima expendidas, cito precedente recente do Superior Tribunal de Justiça:

“SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA – HOMOLOGAÇÃO – REQUISITOS – LEI Nº 9.307/1996 E RESOLUÇÃO Nº 9/2005 DO STJ – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – EXISTÊNCIA – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – ANÁLISE DE CONTROVÉRSIA DECORRENTE DO CONTRATO – JUÍZO ARBITRAL – POSSIBILIDADE – MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL – ANÁLISE NO STJ – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA – PRECEDENTES DO STF E STJ – 1. [...]; 2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, por quanto em ambos ajustes as

partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado. 3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato. 4. Devidamente observado o procedimento previsto nas regras do Tribunal Arbitral eleito pelos contratantes, não há falar em qualquer vício que macule o provimento arbitral. 5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ. 6. Pedido de homologação deferido.” (STJ, SEC 1210/GB, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, Julgado em 20.06.2007, DJ 06.08.2007, p. 444, g/n)

Do seu teor e, ante a propriedade de suas argumentações para fundamentar o presente recurso, extrai-se que:

“In casu, consoante se depreende da análise do contrato celebrado entre as partes (documentos de fls. 12 e 13), resta indubidosa a pactuação da convenção de arbitragem, mais especificamente da cláusula compromissória.

Com efeito, a última cláusula do ‘Contrato de Compra e Venda nº CAV -A21’ (fls. 13), assim dispõe: ‘ARBITRAGEM: DE ACORDO COM AS REGRAS DA LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION E DE ACORDO COM AS LEIS’.

Ora, a simples leitura da cláusula acima denota a intenção dos contratantes de submeter qualquer divergência relativa ao cumprimento do contrato ao Tribunal Arbitral.

Na verdade, o requerido, ao longo de sua contestação, discorre sobre a diferença entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, sustentando que no caso concreto, apesar de firmada uma cláusula compromissória, não teria sido convencionado o compromisso arbitral, motivo pelo qual a controvérsia não poderia ser dirimida por um juízo arbitral.

Entretanto, a doutrina especializada é uníssona ao afirmar que as duas formas de ajuste (cláusula compromissória e compromisso arbitral) dão origem ao processo arbitral.

Ambas são espécies de convenção de arbitragem, onde as partes podem convencionar submeter a um juízo arbitral, eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado.

A única diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo de árbitros uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, à cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas futuras que possam surgir no decorrer da execução do contrato.

O Professor Alexandre Freitas Câmara, discorrendo sobre a questão, assim leciona:

‘A Lei de Arbitragem brasileira rompeu com um velho preconceito existente no Direito Brasileiro ao equiparar a cláusula compromissória ao compromis-

so arbitral, sendo ambos capazes de ter como efeito a instauração da arbitragem. Abandona-se, assim, a idéia de que o descumprimento da cláusula compromissória só seria capaz de gerar o direito à percepção de uma indenização por perdas e danos. A Lei de Arbitragem cria a figura genérica da convenção de arbitragem, ato jurídico privado cujo efeito é a instauração da arbitragem. Há duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira é necessariamente prévia ao litígio, enquanto o segundo surge após o nascimento da lide.' ('Arbitragem, Lei nº 9.307/1996', Ed. Lumen Juris, 4. ed. fls. 25).

O Superior Tribunal de Justiça tem pronunciamento no sentido de que, na hipótese de celebração de cláusula compromissória, os contratantes ficam vinculados à solução extrajudicial do litígio, *verbis*:

'PROCESSO CIVIL – JUÍZO ARBITRAL – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – EXTINÇÃO DO PROCESSO – ART. 267, VII, DO CPC – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – DIREITOS DISPONÍVEIS – EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL – 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido.' (REsp nº 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 14/09/2006 – Segunda Turma)

Portanto, malgrado o requerido asseverar não ter firmado qualquer compromisso arbitral com a requerente, este detalhe se mostra irrelevante, pois como destacado, a pactuação de cláusula compromissória no bojo do contrato celebrado entre as partes (fls. 12 e 13), por si só, é suficiente para levar a discussão e a solução da controvérsia estabelecida à Corte Arbitral escolhida."

Decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo caminho, assentou que:

"PROCESSUAL CIVIL – ARBITRAGEM – OBRIGATORIEDADE DA SOLUÇÃO DO LITÍGIO PELA VIA ARBITRAL, QUANDO EXISTENTE CLÁUSULA PREVIAMENTE AJUSTADA ENTRE AS PARTES NESTE SENTIDO – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, 3º e 7º DA LEI Nº 9.307/1996 – PRECEDENTES – PROVIMENTO NESTE PONTO – ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO." (STJ, REsp 791260/RS, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), Terceira Turma, Julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010)

De seus fundamentos, ressalto:

“No mérito, cinge-se a presente controvérsia à discussão acerca da obrigatoriedade e vinculação da arbitragem ajustada entre as partes, por meio de cláusula arbitral, como solução de conflito surgido entre as mesmas no curso da relação jurídica respectiva. [...]”

Sem embargo dos fundamentos expostos, deve ser reformado o entendimento consignado no aresto recorrido, por destoar da orientação desta Corte Superior acerca da matéria. Nesse sentido, conforme bem preceitua Marcos Vinícius Teñório da Costa Fernandes: ‘[...] o acesso ao Poder Judiciário pelas partes contratantes que tenham optado pela via arbitral é plenamente garantido pela Lei de Arbitragem. Claro que este acesso não pode substituir a própria apreciação do conflito pela Corte de arbitragem, sob pena de violação ao *pacta sunt servanda*, às normas de direito processual que tratam da matéria e às próprias regras estabelecidas pela Lei nº 9.307/1996.

De qualquer forma, resta evidente o pleno controle jurisdicional estatal sobre o funcionamento das Cortes de arbitragem e das próprias decisões por elas proferidas.

Daí por que o Supremo Tribunal Federal já ter selado a plena constitucionalidade da lei em questão, posição que é compartilhada neste estudo.

Lamentavelmente, ainda existe grande resistência por parte do Poder Judiciário em aceitar a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. *Em geral, essa resistência é refletida em decisões judiciais que afastam a aplicação do compromisso arbitral (ou da cláusula arbitral) firmado entre as partes sob o fundamento de uma alegada violação à garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. [...] Esse equivocado entendimento deixou de observar que a Lei de Arbitragem ingressou em nosso ordenamento em momento posterior ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil). Aliás, o próprio inciso VII do art. 267, bem como o inciso IX do art. 301, do Código de Processo Civil foram acrescentados em data posterior ao art. 88, inciso II, do mesmo diploma legal. Assim, observando-se o disposto no art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942, conclui-se pela prevalência dos dispositivos de lei favoráveis à validade e aplicação do compromisso arbitral firmado entre as partes [...]. O art. 267, inciso VII c/c art. 301, inciso IX, do Código de Processo Civil constituem exceções à regra geral do art. 88, inciso II do mesmo diploma legal. O entendimento em exame vai de encontro, também, ao art. 1º c/c art. 3º da Lei de Arbitragem.*

Com o ingresso da Lei nº 9.307/1996 em nosso ordenamento jurídico, a apreciação e pacificação dos conflitos poderá – de acordo com a vontade das partes capazes de contratar e sempre que estejam em jogo direitos disponíveis – ficar ao encargo de um Tribunal Arbitral, afastando-se a apreciação da lide pelo Poder Judiciário’ (‘Anulação de Sentença Arbitral’. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 10-11, grifou-se)

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes desta Corte:

‘LEI DE ARBITRAGEM – INSTITUIÇÃO JUDICIAL DO COMPROMISSO ARBITRAL – OBJETO DO LITÍGIO – INFRINGÊNCIA A CLÁUSULAS CONTRATUAIS – VALIDADE – AUSÊNCIA DE OMISSÃO. I [...]]; II – Para a instauração do procedimento judicial de instituição da arbitragem (art. 7º da Lei nº 9.307/1996), são indispensáveis a existência de cláusula compromissória e a

resistência de uma das partes à sua instituição, requisitos presentes no caso concreto. III – Tendo as partes validamente estatuído que as controvérsias decorrentes dos contratos de credenciamento seriam dirimidas por meio do procedimento previsto na Lei de Arbitragem, a discussão sobre a infringência às suas cláusulas, bem como o direito a eventual indenização, são passíveis de solução pela via escolhida. Com ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso especial.’ (REsp 450.881/DF, Terceira Turma, Rel. Ministro Castro Filho, DJ de 26.05.2003)

‘Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923. Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito. Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata. Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial. Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.’ (REsp 712.566/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 05.09.2005, grifou-se)

‘Processo civil e consumidor. Recurso especial. Contratos interligados para construção de navio. Previsão de cláusula arbitral. Obrigatoriedade da solução de conflitos por tal via, acarretando a extinção sem julgamento de mérito de ação de reparação por perdas e danos. [...] Aplica-se a Lei nº 9.307/1996 aos contratos constituídos antes da sua vigência se, nestes, há previsão de cláusula compromissória anteriormente regida pelo CC/16 e pelo CPC. [...]’ (REsp 653.733/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 30.10.2006, grifou-se)

Em virtude do exposto, deve ser parcialmente provido o recurso especial, tendo em vista a procedência do mérito recursal no sentido da configuração de ofensa aos arts. 1º, 4º, 6º, e 7º da Lei nº 9.307/1996, caracterizada, por outro lado, a ausência de violação do art. 535 do CPC.”

No mais:

“Quanto à impugnação ao cumprimento da sentença (fls. 743/864 – TJ), por certo que deverá ser desentranhada dos autos, tendo em vista que é mera repetição dos embargos à execução (fls. 867/991 – TJ).

Além disso, os embargos, efetivamente, é que constituem o meio adequado à defesa da agravante, na medida em que foi citada e ainda, oferecido bens à penhora, em 02 de junho de 2006 (fls. 577/579 – TJ), destarte, antes da vigência da Lei nº 11.232/2005, conforme bem decidiu a julgadora monocrática (fls. 88/90 – TJ).

A respeito do tema, lembra Humberto Theodoro Júnior que:

‘Somente, portanto, a partir de 24.06.2006 estará vigendo em juízo o procedimento unitário que dispensa a *actio iudicati* para expedir contra o vencido o mandado de penhora a avaliação, sem prévia citação e sem oportunidade para manejá-los os embargos à execução.

Durante os seis meses da *vacatio legis*, as sentenças em questão continuarão sendo executadas por meio de ação executória separada, segundo o rito primitivo do Código de Processo Civil. Prevalecerão, destarte, as normas do Livro II, Título II, Capítulo IV, do Código de Processo Civil, em sua inteireza.” (As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos Polêmicos da Nova Execução 3*. São Paulo: RT, 2006. p. 311).”

F) DA MÁ-FÉ

De tudo o que consta nos autos, resulta evidente que a embargada sabia da inexistência do compromisso arbitral, vez que o procedimento foi instaurado a seu pedido, recebeu intimações sem qualquer oposição, firmou a Ata de Missão, participou de audiências e esteve sempre regularmente representada por seus advogados. Certamente deveria ter levando a questão anteriormente. Contudo, somente aduziu o fato, após a decisão que lhe foi desfavorável.

Embora a situação delimita a possibilidade do reconhecimento de ter havido má-fé da embargada, em razão de não ter arguido a nulidade quando deveria, entendo que houve interpretação equivocada de dispositivos legais, e que a matéria é relativamente nova, quanto à questão da desnecessidade do compromisso arbitral, quando consta do contrato cláusula compromissória “cheia”, e Ata de Missão e, ainda, que referida questão tenha sido aduzida também na ação de nulidade de sentença arbitral por ela promovida, pelo que, afasto a arguição de má-fé.

G) DA SUCUMBÊNCIA

Finalmente, em relação aos ônus da sucumbência, deve permanecer in-cólume a decisão agravada exarada nos autos originais, na medida em que, em não sendo considerada nula a sentença arbitral, a execução de origem não pode ser extinta, não tendo procedência a exceção de pré-executividade.

H) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sopesando as razões do inconformismo da embargante, em cotejo com as fundamentações exaradas no voto vencido, constato que “inexiste nulidade a inquinar o título judicial, uma vez que todas as regras procedimentais foram obedecidas pelo Tribunal Arbitral. (Des. Dalacqua)”, pelo que, acolho os embargos infringentes, reconhecendo a validade da sentença arbitral para fundamentar a execução originária destes autos.

VII – ACORDAM os Desembargadores e Juízes Convocados integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em acolher os embargos infringentes.

Participaram do julgamento, e acompanharam o voto do Relator, o Desembargador Mário Helton Jorge – Revisor, o Desembargador Lauri Caetano da Silva – Presidente, o Juiz Convocado Francisco Jorge e o Juiz Convocado Fabian Schweitzer.

Curitiba, 7 de dezembro de 2011.

Des. Stewalt Camargo Filho
Relator

II – COMENTÁRIO

SUMÁRIO: Introdução; I – Origem da controvérsia; II – Agravo de instrumento x segurança jurídica; III – Embargos infringentes; (i) Da (in)exigibilidade do compromisso arbitral (preclusão temporal); (ii) Da ata de missão; (iii) Da cláusula compromissória “cheia”; (iv) Da má-fé; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A 17^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, em composição integral, ao julgar os embargos infringentes² opostos por Itiquira Energética S.A. (“Itiquira”) contra Inepar S.A. Indústria e Construções (“Inepar”), em 07.12.2011, entendeu por bem acolhê-los, modificando o criticado acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 428.067-1/1³, entre as mesmas partes, em que a 18^a Câmara do TJPR, por maioria, entendeu que somente o compromisso arbitral teria o condão de afastar a jurisdição estatal e instituir a arbitragem, declarando, assim, nulos o procedimento e a sentença arbitral⁴.

Essa decisão de 2008 além de significar um retrocesso de 12 anos, à época, na jurisprudência arbitral brasileira, ganhou as manchetes, sendo alvo de muitos comentários e críticas. E não foi por menos. A decisão não só ignorou os art. 3º e 4º da Lei nº 9.307/1996, ao considerar a cláusula compromissória

2 Embargos Infringentes nº 428.067-1/10.

3 TJPR, 18^a C.Cív., Rel. Des. Carlos Mansur Arida, J. 30.01.2008, Publicação 26.02.2008.

4 Confira-se, nesse sentido, trecho do voto vencedor de lavra do Desembargador Carlos Mansur Arida: “No presente caso, é incontroverso que não foi realizado o compromisso arbitral, mas apenas a cláusula compromissória é uma incompleta e irregular ‘ata de missão’. Consequentemente, sem o preenchimento dos requisitos formais, não houve a substituição do Poder Judiciário. [...] Assim, não importa se foi a parte que deu início ao procedimento, firmou a ‘ata de missão’ e participou de todos os atos, pois, diante da ausência da realização do compromisso arbitral, não houve o deslocamento válido e eficaz da atividade pública jurisdicional do Estado e, portanto, o juízo arbitral não foi apto a substituir ou a fazer com que a decisão proferida possa ser equiparada ou tenha a mesma força e efeitos da do Poder Judiciário. [...] Diante disto, não tendo sido preenchidos os requisitos de validade, o procedimento e a sentença arbitral são nulos, assim sendo declarados. Consequentemente, a execução fica extinta sem julgamento do mérito, no sentido de que as partes, querendo, recorram ao juízo arbitral, porém, com total observância das formalidades legais”.

um mero *pacto de contrahendo*, como negou vigência ao art. 20 da mesma lei, que dispõe que a parte que pretender arguir a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar após a instituição da arbitragem.

Além disso, privilegiou o comportamento contraditório de uma das partes que requereu a arbitragem com base na cláusula compromissória que alega insuficiente para instaurar o procedimento, indicou árbitro, assinou a ata de missão; enfim, participou do procedimento sem qualquer alegação de vício ou nulidade da arbitragem, violando a boa-fé objetiva.

I – ORIGEM DA CONTROVÉRSIA

Itiquira e Inepar celebraram um contrato de empreitada (“contrato”) para construção de uma hidrelétrica no Estado do Mato Grosso, sendo a Itiquira a dona da obra e Inepar a empreiteira. O contrato previa a solução de controvérsias por arbitragem, de acordo com as regras da Corte Internacional de Arbitragem (“Corte”) da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), em Curitiba, Paraná⁵.

No final de 2001, Itiquira resolveu o contrato por inadimplemento de Inepar, em função de atrasos na obra e exigências de pagamentos adicionais não previstos contratualmente. Em função disso, Inepar requereu a instituição da arbitragem que, por convenção das partes, foi processada por procedimento arbitral *ad hoc*.

As partes apresentaram ao Tribunal basicamente duas pretensões: a de Inepar, pretendendo o equilíbrio econômico financeiro do contrato, do qual decorreu o pedido de recebimento de valores e indenização por danos morais e materiais. E o da Itiquira, objetivando, em reconvenção, o recebimento de valores atinentes ao atraso na entrega da obra pela Inepar, o ressarcimento de verbas despendidas para o término das obras e os danos previstos no contrato⁶.

O tribunal arbitral, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o pedido inicial de Inepar para condenar a Itiquira ao pagamento de serviços adicionais no valor de R\$ 4.734.443,26, acrescido de juros e correção monetária, bem como julgou procedente a reconvenção da Itiquira para condenar a Inepar ao pagamento de R\$ 139.123.953,92, também acrescido de correção monetária e juros. E, por unanimidade, julgou improcedentes os pedidos de Inepar de indenização por danos morais e à imagem. Além de decidir questões atinentes a custas e honorários⁷.

5 GOMM-SANTOS, Maurício. *Arbitration Brazil Swimming Against the Tide*, in MEALEY'S International Arbitration Report, v. 23, nº 2, p. 1, fev. 2008.

6 GUIMARÃES, Luiz Arthur Caselli; FORGIONI, Paula Andréa; HUCK, Hermes Marcelo. Sentença arbitral no caso Inepar Indústria e Construções x Itiquira Energética S.A. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 19, p. 248/249, out./dez. 2008. O voto parcialmente divergente da árbitra Paula Forgioni foi publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, p. 279-326, abr./jun. 2008.

7 Idem, p. 305.

II – AGRADO DE INSTRUMENTO X SEGURANÇA JURÍDICA

A Inepar recusou-se a cumprir a sentença arbitral, satisfazendo o crédito de Itiquira, forçando-a a promover a execução da sentença arbitral.

Em resposta, a Inepar apresentou exceção de pré-executividade, embargos do devedor e impugnação, sustentando, na exceção de pré-executividade cuja decisão foi objeto do Agravo de Instrumento nº 428.067-1, que o processo arbitral em que foi proferida a sentença seria nulo em virtude da inexistência do compromisso arbitral e que, por se tratar de matéria de ordem pública, nulidade do título executivo, poderia ser discutida a qualquer tempo⁸.

A exceção foi rejeitada integralmente, tendo a Inepar agravado contra essa decisão. O agravo de instrumento foi julgado em 30.01.2008, dando origem, como dito, a uma das decisões judiciais, envolvendo matéria de arbitragem, mais criticadas do Brasil. Embora a Inepar busque minimizar o impacto de sua tese em Comunicado aos seus Acionistas de 23.12.2001⁹, em que afirma que a discussão de sua tese jurídica não tem o “condão de manchar a imagem do Brasil no exterior” e que o que a Inepar busca é a segurança jurídica. Como todos sabem, a tese da Inepar, por ser expressamente contrária à Lei nº 9.307/1996, acolhida pela maioria de votos, ecoou negativamente no exterior e trouxe ao Brasil a total insegurança jurídica que era de se esperar de uma decisão equivocada.

Nessa decisão, a maioria votou pelo provimento do agravo de instrumento, a fim de extinguir a execução sem julgamento de mérito, diante da nulidade do título executivo¹⁰. Já o Desembargador José Carlos Dalacqua entendeu que a sentença deveria ser mantida, negando provimento ao agravo de instrumento¹¹.

No entendimento do voto vencedor, da leitura dos arts. 3º e 9º da Lei nº 9.307/1996, extrai-se que sempre será necessária a realização de um compromisso arbitral, independente do que estiver disposto na cláusula compromissória. E que, em se tratando de substituição do poder jurisdicional, o formalismo

8 A Inepar apresentou a mesma alegação na ação de anulação da sentença arbitral, Processo nº 1.318/2005, 19ª Vara Cível de Curitiba, e nos Embargos à Execução nº 362/2007, também da 19ª Vara Cível de Curitiba, conforme informação constante dos embargos infringentes. PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo; SCHWIND, Rafael Wallbach; WLADECK, Felipe Scripes. Trabalhos forenses. Caso Inepar x Itiquira. El-AL 428.067-1. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 19, p. 311, out./dez. 2008.

9 Disponível: <http://www.inepar.com.br/pdf/Comunicado_Acionistas_231211.pdf>.

10 TJPR, AI 428.067-1, 18ª C.Cív., Rel. Des. Carlos Mansur Arida, por maioria, J. 30.01.2008, Publicação 26.02.2008. Itiquira opôs embargos de declaração contra o acórdão, alegando, entre outros, que a anulação da sentença arbitral havia implicado no julgamento do mérito da execução, devendo a sua extinção se dar com julgamento de mérito. Nesse ponto, os embargos foram acolhidos. Itiquira apresentou embargos infringentes que tiveram o seu processamento indeferido. Contra essa decisão apresentou agravo regimental (nº 428.067-1/03) que foi deferido para determinar o processamento dos embargos infringentes em agravo de instrumento. O agravo regimental foi julgado por unanimidade em 09.06.2010 e publicado em 22.06.2010.

11 Além do ponto central de mérito – a necessidade de compromisso e a força coercitiva da cláusula compromissória cheia –, o acórdão tratou também da manutenção nos autos ou desentranhamento da impugnação ao cumprimento da sentença apresentada juntamente com os embargos do devedor, incompetência da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná e ônus da sucumbência.

é plenamente justificável, e, para dar início ao procedimento, era forçosa a obediência de uma “solemnidade relevante de ordem pública”¹². Somente após a celebração do compromisso é que haveria o deslocamento da jurisdição.

Ademais, no entendimento dos Desembargadores Carlos Mansur Arida e Roberto de Vicente: (i) os arts. 5º e 6º não dispensam a realização do compromisso arbitral, mas apenas dispõem que, se houver previsão de regras para a instituição da arbitragem, elas serão seguidas, mas sempre respeitando a obrigatoriedade da realização do compromisso arbitral; (ii) a ata de missão não substitui o compromisso, pois, para que o Poder Judiciário seja substituído, não pode haver atos parecidos ou similares; e (iii) não importa se foi a parte que deu início ao procedimento, firmou a ata de missão, e participou de todos os atos, e, diante da ausência do compromisso, não houve deslocamento válido e regular da atividade pública jurisdicional do Estado.

Já o Desembargador José Carlos Dalacqua sustentou que o compromisso é imprescindível somente em casos de cláusula compromissória vazia e desde que haja resistência de uma das partes para instaurar o procedimento. Em seu voto, faz referência à doutrina especializada no tema, citando, entre outros, o patrono de Inepar, que defende, academicamente, que, se na cláusula compromissória as partes acordaram quanto às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras.

Ressalta, ainda, que eventual nulidade deveria ter sido arguida na primeira oportunidade por uma questão de boa-fé, nos termos do art. 20 da Lei nº 9.307/1996¹³.

III – EMBARGOS INFRINGENTES

Os bem aparelhados embargos infringentes de Itiquira¹⁴ foram acompanhados de parecer do Dr. João Bosco Lee¹⁵ e versaram sobre os seguintes tópicos: (i) o cabimento dos embargos infringentes; (ii) o descabimento da anulação da sentença arbitral; (iii) a má-fé da Inepar e ausência de prejuízos em razão da falta de compromisso arbitral e preclusão da pretensão acolhida pela 18^a

12 TJPB, AI 428.067-1, 18^a C.Cív., Rel. Des. Carlos Mansur Arida, por maioria, J. 30.01.2008, Publicação 26.02.2008.

13 Confira-se: “Entretanto, da análise dos autos, percebe-se que a agravante participou ativamente do procedimento arbitral, desenvolvido com amplo debate e instrução probatória, não tendo em nenhum momento cogitado qualquer prejuízo. Com efeito, na ‘missão’ momento oportuno ao saneamento de supostos vícios da convenção de arbitragem, sobretudo porque a questão já estava posta pelas partes, nada disse a agravante mesmo assistida na ocasião por dois advogados. Afora disso, nem sequer os mencionou nos embargos de declaração opostos contra a sentença arbitral. Logo, não venha alegá-los somente agora, justamente quando o título está sendo executado”. Cita acórdão da Corte Especial do STJ no caso SEC 856/EX.

14 PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo; SCHWIND, Rafael Wallbach; WLADECK, Felipe Scribes. Op. cit., p. 310-357.

15 LEE, João B. Pareceres. Caso Inepar v. Itiquira. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: IOB, n. 17, p. 62-82, jan./mar. 2008.

Câmara Cível; (iv) autossuficiência da cláusula compromissória cheia; (v) a inaplicabilidade dos precedentes citados pela Inepar; (v) inaplicabilidade dos arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996, quando a cláusula arbitral é cheia; e (vi) a ata de missão, enquanto documento equivalente ao compromisso arbitral.

Conforme mencionado anteriormente, os embargos infringentes de Itiquira foram acolhidos, reformando-se a decisão proferida em agravo de instrumento para declarar válidos o procedimento e a sentença arbitral.

O TJPR entendeu que estava precluso o direito de a Inepar alegar a ausência de compromisso arbitral, e que, não obstante a Inepar sustente que o compromisso arbitral é essencial para a validade da arbitragem, requereu a instuição do procedimento, notificando a Itiquira para dele participar, e por isso não pode agora alegar nulidade a que deu causa.

Equiparou juridicamente a ata de missão ao compromisso arbitral, afirmando que ambos são legalmente previstos, manifestam o desejo das partes e são constituídos para o mesmo fim. Ademais, no entendimento da 17ª Câmara, trata-se, no caso, de cláusula compromissória cheia que dispensa a assinatura do compromisso.

Ao final, analisou o pedido de condenação da Inepar por litigância de má-fé e concluiu que não houve má-fé, mas sim interpretação equivocada dos dispositivos legais.

Em seguida, analisar-se-á cada um dos pontos abordados pelo v. acórdão.

(i) DA (IN)EXIGIBILIDADE DO COMPROMISSO ARBITRAL (PRECLUSÃO TEMPORAL)

O TJPR delimitou a divergência como sendo a necessidade, ou não, do compromisso arbitral para a validação da sentença arbitral.

Sustentou a Inepar que a arbitragem que originou a execução era nula, pois não foi pactuado o compromisso arbitral. Defendeu a Itiquira que a pretensão da Inepar de se anular toda a arbitragem, além de infundada, em virtude de as partes terem firmado cláusula compromissória “cheia”, é incompatível com os postulados da boa-fé e encontra-se abrangida pela preclusão.

Fato incontrovertido que as partes pactuaram que eventuais controvérsias decorrentes do contrato seriam decididas por arbitragem, que participaram plenamente do procedimento e que somente após a prolação de sentença desfavorável aos seus pleitos Inepar requereu a nulidade do procedimento, por falta do compromisso arbitral.

Incontrovertido, ainda, que a Inepar notificou a Itiquira da instauração da arbitragem, nos termos do 5º Aditivo. A Itiquira apenas anuiu com o procedimento, formulando os seus pedidos em reconvenção. A Inepar não requereu a celebração de compromisso previamente à instauração da arbitragem, não ale-

gou a sua exigibilidade durante o procedimento e nem o fez em sede de pedido de esclarecimentos.

Em função disso, decidiu o TJPR que eventual nulidade decorrente da ausência do compromisso arbitral, ainda que absoluta, deveria ter sido alegada na primeira oportunidade. E que não poderia subsistir a alegação de que “a ausência de compromisso arbitral, prévio à arbitragem, configura vício insanável do título executivo, pela ausência de pressuposto para constituição válida e regular do processo e de condição da ação”.

Essa decisão coroa o art. 20 da Lei nº 9.307/1996, no sentido de que questões atinentes à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem devem ser arguidas na primeira oportunidade. E indiretamente acolhe a alegação de que a parte que participa da arbitragem, sem nada declarar, para depois, ao se deparar com sentença contrária aos seus interesses, alegar uma eventual nulidade já de seu conhecimento, atenta contra a boa-fé objetiva.

Dessa forma, acertadamente decidiu o acórdão analisado, ao afirmar que não havia necessidade de se firmar compromisso arbitral neste caso, e, ainda que houvesse, a Inepar deveria ter alegado a sua exigibilidade desde o início do procedimento. Ou, ainda, como foi a Inepar que deu início à arbitragem, deveria ter notificado a Itiquira para firmá-lo.

(II) DA ATA DE MISSÃO

Com base nos argumentos da Inepar, a 18ª Câmara Cível do TJPR¹⁶ decidiu que a ata de missão não poderia substituir o compromisso arbitral e que constituiria um adendo ao compromisso. Ademais, a ata de missão celebrada entre as partes estaria incompleta, pois carecedora de elementos indispensáveis aos compromissos arbitrais, e irregular, pois a delimitação das matérias teria sido feita pelos árbitros e não pelas partes.

A Itiquira alega que não há necessidade do compromisso arbitral para a instauração da arbitragem. E que as funções que a Inepar pretende atribuir ao compromisso foram cumpridas pela ata de missão firmada, com base no art. 18 do Regulamento da CCI, escolhido pelas partes, e também nos arts. 5º e 19 da Lei nº 9.307/1996¹⁷. Nas palavras dos patronos de Itiquira, “ainda que não fosse necessário um compromisso arbitral, pois a cláusula compromissória, reitere-se, era cheia – o documento intitulado ‘ata de missão’ equivalia, no seu conteúdo, a um compromisso arbitral”¹⁸.

16 TJPR, AI 428.067-1, 18ª C.Cív., Rel. Des. Carlos Mansur Arida, por maioria, J. 30.01.2008, Publicação 26.02.2008.

17 PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo; SCHWIND, Rafael Wallbach; WLADECK, Felipe Spires. Op. cit., p. 349-353.

18 Idem, p. 350-351.

Em relação a esse ponto, entendeu a 17^a Câmara Cível que as partes haviam firmado cláusula compromissória “cheia” que dispensava a assinatura do compromisso arbitral. Essa cláusula previa que o procedimento seria regido pelo Regulamento da CCI, que foi observado e em virtude do qual foi assinada a ata de missão, fixando pontos controversos a serem decididos, os árbitros, a sede e o idioma da arbitragem, bem como as normas aplicáveis ao litígio.

Decidiu, ainda, conforme exposto *supra*, que a denominação do documento como ata de missão e não compromisso arbitral não pode ser causa de nulidade, “eis que ambos se equiparam juridicamente, são legalmente previstos, ambos manifestam o desejo das partes e são constituídos para o mesmo fim”.

Como bem observou João Bosco Lee em seu parecer¹⁹, a ata de missão teve origem no primeiro regulamento da CCI de 1922²⁰ e tinha dois objetivos: (i) imprimir à arbitragem, desde o início, a chancela da Corte; e (ii) obter das partes a assinatura de um compromisso que seria considerado válido em jurisdições que ainda não aceitavam a autossuficiência da cláusula compromissória²¹.

Nesse sentido, afirma que, após analisar a função da ata de missão em sua origem, as semelhanças e diferenças entre a ata de missão e o compromisso arbitral, pode-se concluir que

a ata de missão poderia valer de compromisso dentro do contexto de um sistema nacional que ainda exija o compromisso. No caso do Direito brasileiro, esta assimilação não é necessária, pois a Lei nº 9.307/1996 não mais exige o compromisso arbitral quando as partes firmaram uma cláusula compromissória cheia, que é o caso de uma cláusula que faz referência ao Regulamento de Arbitragem da CCI. Todavia, na hipótese de o Direito brasileiro ainda exigir o compromisso arbitral, a ata de missão poderia ser assimilada a este documento. No caso ora analisado, a ata de missão assinada por Inepar e Itiquira preenche todos os requisitos da Lei de Arbitragem para ter validade de compromisso arbitral.²²

(III) DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “CHEIA”

A jurisprudência arbitral brasileira, antes do advento da Lei nº 9.307/1996, era no sentido de que a cláusula compromissória não comportava execução específica. Gerava a simples obrigação de firmar o compromisso arbitral que se inadimplida era convertida em perdas e danos. Confira-se, nesse sentido, trecho

19 LEE, João B. Pareceres. Op. cit., p. 78-79.

20 O Secretário da Corte deveria elaborar um tipo de compromisso (*form of submission* na versão em inglês), descrevendo dentre outros o nome das partes e dos árbitros, o local e objeto da arbitragem e o pedido das partes. Esse compromisso era, então, enviado às partes para assinatura. Se uma das partes se recusasse a assiná-lo, a Corte poderia determinar que a arbitragem prosseguisse à sua revelia.

21 DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric. *Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. Kluwer International Law, 2005. p. 246.

22 LEE, João B. Pareceres. Op. cit., p. 78-79.

do voto do Ministro Luiz Gallotti no Recurso Extraordinário nº 58.696, julgado em 02.06.1967²³:

Muitas vezes as partes incluem nos seus contratos, uma cláusula compromissória comprometendo-se a submeter as controvérsias que surgirem entre eles à decisão entre árbitros. É cláusula compromissória, que ainda não é o compromisso, mas a obrigação de o celebrar. É o *pactum de compromittendo*.

A cláusula compromissória no direito pátrio cria apenas uma obrigação de fazer. É um pacto preliminar, cujo objeto é a realização de um compromisso, em dada emergência. Como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes se, por ventura, a ele recorrerem, não obstante a cláusula de *compromittendo*. E como obrigação de fazer, desde que *nemo potest precise cogi ad factuam*, não obriga às partes a celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato que dará lugar à responsabilidade civil.

No entanto, com a vigência da Lei nº 9.307/1996, a cláusula compromissória passou a ser autossuficiente. Na presença de uma cláusula compromissória, as partes ficam vinculadas a submeter disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato à arbitragem.

A alegação da Inepar, neste caso, adotada pela maioria no acórdão proferido no agravo de instrumento²⁴, era a de que ainda que se tratasse de cláusula compromissória “cheia”, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.307/1996, havia a necessidade do compromisso arbitral. Nos termos do v. acórdão, “sempre será necessária a realização de um compromisso arbitral, independente do que estiver disposto na cláusula compromissória”.

Da leitura do referido artigo e do art. 9º da Lei Brasileira de Arbitragem, concluiu a 18ª Câmara Cível que somente após a celebração do compromisso arbitral é que haveria o deslocamento da jurisdição, pois “a simples existência da cláusula compromissória não é suficiente para submeter o litígio à arbitragem”. E mais que os arts. 5º e 6º da Lei nº 9.307/1996 não dispensam a realização do compromisso arbitral, mas apenas dispõem que “se houver previsão de regras para a instituição da arbitragem elas serão seguidas, mas sempre respeitando a obrigatoriedade da realização do compromisso arbitral”²⁵.

A Itiquira sustenta que o que prevê o art. 3º é que as partes podem recorrer à arbitragem mediante uma convenção, da qual são espécies a cláusula e o compromisso. Já o compromisso encontra-se previsto no art. 9º. Na ausência de cláusula compromissória, surgindo um litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, podem as partes firmar um compromisso arbitral para submeter essa controvérsia a um juízo arbitral.

23 RTJ 42. Disponível em: www.stf.jus.br. Publicações, RTJ Eletrônica.

24 TJPR, AI 428.067-1, 18ª C.Cív., Rel. Des. Carlos Mansur Arida, por maioria, J. 30.01.2008, Publicação 26.02.2008.

25 Idem.

Alega, ainda, que a cláusula compromissória encontra-se prevista no art. 4º da Lei nº 9.307/1996 e que se trata de “ato pelo qual as partes se comprometem a resolver futuros litígios decorrentes de um determinado contrato, pela via da arbitragem”²⁶. E que o art. 5º descreve a cláusula compromissória “cheia”. A necessidade de celebrar o compromisso surgirá apenas em casos de cláusula compromissória vazia, nos termos do art. 6º. E em casos de recusa em se firmar o compromisso serão aplicados os arts. 6º, parágrafo único, e 7º.

Na decisão ora comentada, o TJPR reconheceu que as partes haviam firmado detalhada cláusula compromissória por meio de aditamento contratual (5º Aditivo, cláusula 77), assinado em 15.09.2000, pactuando que eventuais controvérsias não解决adas amigavelmente poderiam ser submetidas à arbitragem por qualquer das partes.

Acordou a 18ª Câmara Cível que a correta interpretação da Lei de Arbitragem Brasileira era aquela preconizada por Itiquira, com especial relevância ao art. 3º, entendendo que “as partes podem submeter seus litígios ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, sem exigir que, além da cláusula compromissória, as partes celebrem compromisso para instituir o processo arbitral”.

Entendeu, ainda, que a cláusula de arbitragem firmada pelas partes no 5º Aditivo contratual é uma cláusula cheia, nos exatos termos do art. 5º. E que, por se tratar de cláusula cheia, não tem aplicação os arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996, na medida em que esses artigos serão aplicados se não houver acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem.

Na cláusula arbitral vazia, também conhecida como cláusula em branco, não há indicação de como o tribunal arbitral será constituído, uma vez que não faz referência a determinada instituição, sequer de forma incorreta, tampouco determina o método de escolha dos árbitros. Nesses casos, no Brasil, cabe ao interessado propor a ação de instituição da arbitragem, com base no art. 7º da Lei nº 9.307/1996, transferindo ao juiz a incumbência de determinar o tribunal arbitral competente. Nesse sentido, confira-se o voto do Ministro Nelson Jobim na SE 5.206²⁷:

26 PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo; SCHWIND, Rafael Wallbach; WLADECK, Felipe Scripes. Op. cit., p. 327.

27 STF, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, Reino da Espanha, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 12.12.20901, Publicação 19.12.2001. Nesse sentido, confira-se lição de José Emilio Nunes Pinto: “Com a edição da Lei de Arbitragem, o quadro se modificou de forma substancial. Além de outorgar à cláusula compromissória execução específica (art. 7º), atribui-se a ela, desde que se possa interpretá-la como cláusula completa ou, ainda, na terminologia arbitral, ‘cláusula cheia’, o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem. Por essa razão e nessas circunstâncias, o compromisso passa a desempenhar um papel secundário, já que, por força do art. 5º da lei, proceder-se-á da forma prevista nas regras escolhidas. Portanto, em face do art. 5º e desde que aceita a designação pelo(s) árbitro(s), a arbitragem poderá ser instituída independentemente da celebração do compromisso” (A cláusula compromissória à luz do Código Civil. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/download/TFTS_304007_v1_a_clausula_compromissoria_a_lu.pdf>).

De resto, observo que a ação do art. 7º destina-se às cláusulas compromissórias “em branco”, ou seja, aquelas em que não houve acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem (Lei nº 9.307/1996, art. 6º).

Nos demais tipos de cláusulas, ocorrido o conflito decorrente do contrato e abrangido pela cláusula, passa-se à instituição da arbitragem nos termos das regras da instituição ou órgão a que as partes se reportarem ou nos termos fixado pela própria cláusula (Lei nº 9.307/1996, art. 5º).

Entender de forma diversa, é relegar, o Brasil, à inutilidade do sistema da arbitragem.

De outro lado, e por via de consequência, a cláusula cheia é aquela que estabelece a forma de instituir a arbitragem, o modo de nomear os árbitros. A cláusula cheia pode ser institucional ou *ad hoc*. A cláusula compromissória institucional é aquela que faz referência ao Regulamento de arbitragem de uma instituição que administrará o procedimento.

A cláusula arbitral cheia *ad hoc* é

aquela organizada pelas próprias partes. Estas podem fazer referência a um regulamento, como por exemplo o da Uncitral, ou ainda estabelecerem elas mesmas o procedimento arbitral. E, de acordo com a nova lei, prevendo as partes as formas de instituição da arbitragem, a cláusula arbitral seria autossuficiente. No entanto, se uma das partes recusar a competência do juízo arbitral, tendo as partes consignado na cláusula compromissória uma autoridade nomeadora do tribunal arbitral, esta poderá designar o(s) árbitro(s), o que evitaria o processo de execução do art. 7º da Lei de Arbitragem.²⁸

As cláusulas compromissórias cheias – institucionais ou *ad hoc* – produzem dois efeitos: um negativo e outro positivo. O efeito negativo impede que as partes busquem o Poder Judiciário para resolver disputas cobertas pela convenção de arbitragem²⁹. O efeito positivo da convenção de arbitragem válida consiste em facultar a quaisquer das partes a constituição de um tribunal arbitral³⁰.

Em verdade, o efeito positivo, que é o que interessa para o presente comentário, não consiste em uma faculdade das partes de constituir o tribunal arbitral, mas sim na obrigação de constituí-lo quando a controvérsia tratar de disputa coberta pela convenção de arbitragem. O efeito positivo é a base da jurisdição do tribunal arbitral³¹. Esse efeito foi privilegiado pelo TJPR no acórdão comentado.

28 LEE, João B. *Pareceres*. Op. cit., p. 75.

29 FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; SAVAGE, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 381.

30 VENTURA, Raul. *Convenção de arbitragem. Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, p. 379, set. 1986.

31 VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*. Dissertação de Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 2009.

(IV) DA MÁ-FÉ

No que tange a esse tópico, decidiu o Tribunal que, embora tenha ficado claro que a Inepar soubesse da inexistência do compromisso, tenha firmado a ata de missão, participado do procedimento e que poderia ter levantado a questão as exigibilidade do compromisso arbitral anteriormente, não houve má-fé por parte da Inepar, ou seja, não houve a dedução de pretensão ou defesa contra o texto expresso de lei ou fato incontroverso, não foram provocados incidentes manifestamente infundados, conforme dispõe o art. 17 do CPC.

O TJPR concluiu que a Inepar somente interpretou equivocadamente os dispositivos legais o que justificaria o afastamento da arguição de má-fé.

Nesse ponto, não nos parece que a decisão tenha prestigiado o contrato firmado entre as partes e, consequentemente, a correta aplicação da Lei de Arbitragem. Ao deixar de acatar cláusula compromissória, a parte viola a Lei de Arbitragem e o Código Civil, ensejando, além da instituição obrigatória da arbitragem (art. 41 da Lei nº 9.307/1996), a responsabilidade civil contratual³².

A recusa da parte em instaurar a arbitragem se distancia da boa-fé e afeta o equilíbrio da equação econômica do contrato, acarretando prejuízos para a parte que acordou resolver a disputa por arbitragem e que deseja ver a controvérsia解决ada por esse meio³³.

CONCLUSÃO

A decisão proferida nos embargos infringentes, objeto deste comentário, aplicou corretamente a Lei de Arbitragem Brasileira, mormente o seu art. 3º, uma vez que a interpretação dada anteriormente pelo TJPR, ao caso em disputa era, *data venia*, patológica, uma vez que considerou que a convenção de arbitragem só existiria na presença da cláusula e do compromisso, fazendo letra morta dos avanços da Lei nº 9.307/1996.

A cláusula compromissória não pode ser qualificada como mero pré-contrato, na medida em que ela não consubstancia mais uma promessa de celebrar um compromisso, mas sim uma promessa de instituir o juízo arbitral. E o compromisso também tem essa característica, qual seja, a promessa de instituir o juízo arbitral³⁴.

Ademais, o efeito positivo da convenção de arbitragem (cláusula compromissória cheia e compromisso arbitral) determina, ainda, que a jurisdição

32 LEMES, Selma Ferreira. A cláusula arbitral e a boa-fé. *Revista Resultado* (CACB). Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo44.pdf>>.

33 PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/download/TFTS_304007_v1_a_clausula_compromissoria_a_lu.pdf>.

34 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

para decidir todas as disputas cobertas pela convenção de arbitragem seja conferida ao tribunal arbitral.

O TJPR, com essa decisão proferida nos embargos infringentes, encerrou a sua participação nesse incidente com brilhante acerto. No entanto, as questões jurídicas referentes a este caso não estão encerradas, uma vez que a Inepar opôs embargos de declaração contra a decisão dos embargos infringentes que foram rejeitados em decisão publicada em 23.04.2012³⁵, encontrando-se em curso o prazo para recurso aos Tribunais Superiores.

No entanto, como já se constatou mais de uma vez, o Judiciário brasileiro tem apoiado e cooperado com a arbitragem, permitindo o desenvolvimento do instituto. Dessa forma, é certo que ainda que haja recurso para o Superior Tribunal de Justiça ou para Supremo Tribunal Federal, as instâncias superiores aplicarão a lei na sua melhor forma e nos brindarão com excelente decisão, dando guarida à autossuficiência da cláusula compromissória.

DEBORA VISCONTE

LL.M. pela London School of Economics and Political Science – LSE, Mestre em Direito Internacional pela USP, Advogada.

35 Embargos de Declaração nº 428.067-1/16, por unanimidade, Julgado em 11.04.2012.