

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.569.422 - RJ (2015/0177694-9)**

## **RELATÓRIO**

### **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:**

Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A interpõem recurso especial, fundado na alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Rejeição das preliminares. Inconformismo da parte ré.

Alegação de existência de cláusula compromissória. Pretensão de extinção do feito sem exame de mérito.

Convenção de arbitragem que não pode ser aplicada de forma coercitiva, eis que pressupõe consenso das partes quanto à submissão à decisão do Juízo arbitral.

Precedente do E. STJ.

Competência do árbitro que não subtrai a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição. Inteligência do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Legitimação do Juiz arbitral para decidir a respeito de sua competência que somente se verifica em caso de haver expressa e inequívoca anuência das partes quanto à escolha pela jurisdição privada.

Situação dos quantos que não demonstra a existência de consenso quanto à adoção do Juízo arbitral.

Preliminares de falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Demanda que apresenta pedido possível pretensão resisitida a ensejar a propositura da demanda.

Rejeição das preliminares.

Improvemento do recurso e manutenção de decisão combatida.

Subjaz ao presente recurso especial, ação ordinária promovida por Hugo Pedro de Figueiredo em face de Haakon Lorentzen, Earling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S/A, tendo por escopo: *i*) a declaração judicial de que "os réus se obrigaram, por meio da Primeira Carta (documento 4), a adquirir ações ordinárias da Norsul, de titularidade do Sr. Hugo, equivalentes a 7% (sete por cento) do capital social da Nova Norsul; *ii*) a apuração do valor de mercado da Norsul, tal como descrito na

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

Primeira Carta, por meio de perícia técnica a ser determinada por esse MM. Juízo; e *iii*) condenação dos demandados a cumprir a obrigação assumida em carta-compromisso emitida em 14 de setembro de 1995, em que se comprometeram a adquirir 7% das ações ordinárias (em um total de 25%) de titularidade do autor, emitidas pela Companhia de Navegação Norsul, da qual também são acionistas.

Segundo noticiado na exordial, o compromisso que o demandante pretende ver cumprido, por meio da ação subjacente, decorreu dos seguintes fatos:

[...]

11. A contratação do Sr. Hugo envolveu a seguinte operação. A Norinter, empresa exitosa e na qual o Sr. Hugo detinha 36% das ações ordinárias, seria incorporada pela Norsul (a Velha Norsul). O Sr. Hugo assumiria a presidência executiva da empresa resultante, que seguiria girando sob a denominação de Norsul (a "Nova Norsul"). Em consideração ao elevado grau de risco assumido pelo Sr. Hugo, que mudaria de uma empresa bem sucedida para outra em péssima situação, os Srs. Erling e Haakon e também a OLSA outorgariam ao Sr. Hugo parcela expressiva do capital social da Nova Norsul, assegurando ainda ao Sr. Hugo a opção de venda a eles de seu capital acionário da Nova Norsul quando o Sr. Hugo decidisse se desligar da companhia.

12. Assim, em 14 de setembro de 1995, o Sr. Hugo, a OSA e os Srs. Erling e Haakon celebraram o competente protocolo de incorporação da Norinter pela Norsul (documento 07). Após ajuste no patrimônio da Velha Norsul para atingir valor semelhante ao da Norinter e que combinados passaram a representar o capital da Nova Norsul, ficou acertada a seguinte relação de troca das ações da Norinter: cada conjunto de duas ações detidas na Norinter equivaleiria a uma ação da Nova Norsul, que correspondia à Velha Norsul, mas com tamanho dobrado pela incorporação da Norinter.

13. Assim, as ações do Sr. Hugo na Norinter representativas de 36% do capital social desta seriam convertidas em ações representando 18% do capital social da nova companhia. Mas como era o Sr. Hugo que estava trocando sua confortável posição numa empresa promissora e eficiente por outra de pobre performance e em grave crise e com futuro incerto, para atrair o Sr. Hugo para aquela empreitada, a OLSA e os Srs. Erling e Haakon ofereceram ao Sr. Hugo um prêmio: mais 7% (sete por cento) das ações ordinárias na Nova Norsul.

14. Ato contínuo, naquele mesmo 14 de setembro de 1995, a OLSA e os Srs Erling e Haakon firmaram diante do Sr. Hugo as prometidas cartas-compromissos (as "Cartas-compromisso") que disciplinam o direito do Sr. Hugo à opção de venda de ações ordinárias (a "Opção") correspondentes, no total, a 25% das ações emitidas pela Nova Norsul.

**15. Em uma das Cartas mencionadas acima (documento 04), a qual chamaremos aqui de "Primeira Carta" apenas para fins didáticos, a OLSA e os Srs. Erling e Haakon se obrigaram a adquirir ações de titularidade do Sr. Hugo equivalentes a 7% do total das ações**

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

ordinárias da Nova Norsul, sendo a única condição para o exercício da Opção o encerramento da atuação do Sr. Hugo como principal executivo da Companhia.

16. A primeira Carta previa que, exercida a Opção e, caso as partes não chegassem dentro do prazo de 30 (trinta) dias a um consenso quanto ao valor de mercado da Norsul quando do exercício da Opção pelo Sr. Hugo ou sucesso, o seguinte procedimento seria seguido: seriam nomeados dois avaliadores - cada parte indicaria um -, para que estes, em caráter definitivo, fixassem o valor de mercado das ações. A partir de tal arbitramento haveria um prazo de 90 (noventa) dias para o pagamento em favor do Sr. Hugo do valor apurado das ações pela OLSA e pelos Srs. Erling e Haakon.

17. Na outra carta assinada na mesma data (documento 5) (a "Segunda Carta"), a OLSA e os Srs. Erling e Haakon também conferiram ao Sr. Hugo a Opção de venda de ações ordinárias da Nova Norsul, agora em relação ao restante das ações de titularidade do Sr. Hugo e que equivalem a 18% (dezoito por cento) do total das ações ordinárias da Nova Norsul. A condição para o seu exercício também é o desligamento do Sr. Hugo da função de principal executivo da Companhia, por qualquer motivo. (e-STJ, fls. 39-50) - **grifos desta Relatoria**

Em sua peça contestatória, os réus infirmaram integralmente a pretensão delineada na inicial, deixando assente que, em momento algum, negaram-se a adquirir as ações da Norsul, em conformidade com o estabelecido em 14 de setembro de 1995, porém a fixação do valores das ações deveriam, necessariamente, observar a convenção de arbitragem no instrumento contratual ajustada. Assim, em matéria preliminar, suscitaram: *i*) a existência de convenção de arbitragem, fato que retira do Poder Judiciário a competência para analisar a questão; *ii*) a impossibilidade jurídica do pedido de perícia como pedido autônomo na ação de conhecimento; e *iii*) a falta de interesse de agir do autor, na medida em que os réus em momento algum se negaram a cumprir o compromisso assumido perante o autor de comprar suas ações da Norsul (fls. 183-225, e-STJ).

O Juízo de Direito da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital/RJ rejeitou as preliminares aventadas, sob os seguintes fundamentos:

[...] Quanto à preliminar de convenção de arbitragem, rejeito-a, eis que não consta dos autos concordância expressa do aderente, nos termos do parágrafo segundo do artigo 4º da Lei de Arbitragem.

Rejeito a questão preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, eis que os pedidos formulados existem no mundo jurídico, sendo passíveis, em tese, de acolhimento.

As demais preliminares também merecem ser rejeitadas, uma vez que se

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

confundem com o mérito e com o mesmo devem ser apreciadas. Presentes as condições de legitimidade para o exercício do direito de ação e procedibilidade, DECLARO SANEADO o feito. (e-STJ, fl. 379-380).

Contra este *decisum*, os réus interpuseram agravo de instrumento, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, nos termos da ementa inicialmente reproduzida.

Opostos embargos de declaração, estes restaram rejeitados (e-STJ, fls. 450-453).

Nas razões do presente recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A apontam violação do art. 3º, 4º, § 2º, 5º e 8º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96); 165, 267, VI e VII, § 3º, e 301, § 4º, 458, II, e 535 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, sustentam que o Tribunal de origem incorreu em omissão, na medida em que deixou de prequestionar explicitamente as teses defensivas expendidas.

No mérito, aduzem, de início, afigurar-se indiscutivelmente válida "a opção de venda de ações", que consubstancia contrato pelo qual os signatários obrigaram-se, unilateralmente a comprar, se e quando o recorrido ou os sucessores deles desejarem, 7% das ações de titularidade do autor na companhia. Argumentam, todavia, não se revelar lógico, tampouco jurídico, que o demandante "possa, no que lhe interessa - invocar o documento de fls. 64 e, portanto, exercer a opção de venda, mas, por outro lado, furtando-se às condições e cláusulas inseridas no mesmo documento de fls. 64, rejeitar a convenção de arbitragem".

Sobre a existência da convenção de arbitragem, alegam que "a Lei n. 9.307/96 exige, apenas, a manifestação de vontade das partes de submeter à arbitragem litígios que possam surgir relativamente ao contrato; que ela tenha sido estipulada por escrito e que estabeleça a forma convencionada para instituição da arbitragem". Ressaltam, que, "tal manifestação não precisa, numa opção de venda, ser contemporânea à sua elaboração", todavia, "quando do exercício da opção, tem-se,

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

clara, tal aquiescência".

No ponto, anotam que, em observância ao princípio denominado "competência-competência", inserto no art. 8º da lei de arbitragem, cabe ao árbitro, e não ao Judiciário, deliberar sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, a ensejar a extinção do processo, sem resolução de mérito.

Pugnam, também, pelo reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido destinado a apurar o valor de mercado da companhia Norsul, já que se trata de "tarefa" objeto da arbitragem convencionada.

Por fim, afirmam que a pretensão de cumprimento forçado da opção de venda das ações resente-se de interesse de agir, porquanto "em momento algum os recorrentes se recusaram a acatar essa compra, havendo discordância, tão somente, quanto ao valor dessas ações, o que foi objeto de cláusula compromissória e, também, no que tange à base de incidência dos 7% do percentual estabelecido no contrato de opção de venda" (e-STJ, fls.455-480).

A parte adversa não apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 600-621).

A princípio, o recurso especial teve seu seguimento negado em juízo de prelibação exarado pelo Tribunal de origem (e-STJ, fls. 623-628). Em virtude do provimento do Aresp n. 751.584/RJ, o apelo nobre ascendeu a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

RECURSO ESPECIAL Nº 1.569.422 - RJ (2015/0177694-9)

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE(RELATOR):

A demanda subjacente ao presente recurso especial tem por propósito o cumprimento da obrigação assumida por Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A, por ocasião do acordo de unificação das companhias de navegação Norinter e Norsul, consistente na aquisição da participação acionária de Hugo Pedro de Figueiredo quando este viesse a não mais atuar como executivo das companhias em questão, **subscrito por todas as partes**, cuja forma de aquisição dar-se-ia nos termos das Cartas a este endereçadas (e-STJ, fls. 77-84).

A controvérsia submetida a esta Corte de Justiça, por sua vez, consiste em saber se a Carta enviada pelos demandados ao demandante, em que se comprometeram a adquirir as suas ações (e-STJ, fl. 68), – **em conformidade com a remissão expressamente feita no acordo de unificação das companhias de navegação, subscrito por todas as partes (e-STJ, fls. 77-84)** –, encerraria, entre suas disposições, cláusula compromissória arbitral, ao dispor que, no caso de divergência sobre os valores das ações, as partes nomeariam, cada qual, um avaliador, que, por sua vez, indicaria um terceiro, para tal definição.

Debate-se, nesse contexto, a inviabilidade de o demandante pretender o cumprimento da obrigação de aquisição de ações assumida na aludida Carta e, concomitantemente, furtar-se à disposição atinente à definição do correlato valor contida no mesmo documento. Discute-se, outrossim, se haveria, propriamente, pretensão resistida, a considerar, segundo a argumentação expendida pelas recorrentes, que não houve recusa de sua parte em adquirir as ações, cuja definição do valor é que foi relegada consensualmente pelas partes à arbitragem, o que ensejaria a extinção do feito sem julgamento de mérito.

De plano, oportuno esclarecer que o exame da controvérsia nesses termos

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

posta não enseja o revolvimento de matéria fático-probatória ou interpretação de contrato, na medida em que a moldura fática encontra-se devidamente delineada pela instância precedente, inclusive com a transcrição da cláusula sobre a qual recai a discussão.

Seu deslinde demanda, basicamente, aferir, num primeiro momento, se a cláusula compromissória de arbitragem, para seu estabelecimento, exige a oposição da assinatura das partes signatárias no documento em que insere, ou a anuência dos contratantes com o Juízo arbitral poderia ser extraída a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes; e, posteriormente, perquirir se a cláusula/disposição contida na Carta enviada por Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A à Hugo Pedro de Figueiredo consubstancia efetivamente uma cláusula compromissória arbitral.

Trata-se, por conseguinte, de matéria exclusivamente de direito.

O Tribunal de origem, sem incorrer em qualquer vício de julgamento previsto no art. 535 do CPC, manteve a rejeição da preliminar de convenção de arbitragem, sob o fundamento, diverso do adotado na origem, de que o documento constante de fls. 64 (e-STJ, fls. 68) – carta de opção de compra – **por não conter qualquer assinatura de Hugo Pedro de Figueiredo**, careceria, por conseguinte, de manifestação expressa e inequívoca de sua parte para anuir ao Juízo arbitral.

É o que, claramente, se constata dos fundamentos adotados pelo Tribunal de origem:

[...] Em última análise a convenção de arbitragem nada mais é do que o acordo das partes de submeter o litígio à decisão dos árbitros, seja através de uma cláusula compromissória, seja através do compromisso arbitral. [...]

Assim, para que se identifique a legitimação do árbitro quanto à análise da existência e validade da cláusula compromissória, deve-se ao menos se verificar a livre manifestação das partes em se submeterem ao Juízo arbitral. **Contudo, no caso presente, não se identifica do documento de fls. 64 a manifestação expressa e inequívoca das partes em se submeterem ao Juízo arbitral.**

Com efeito. A cláusula invocada pela parte ré como sendo cláusula arbitral estabelece que:

**"Caso não seja acordado tal valor dentro de 30 (trinta) dias, as**

**C5420655153200 C281890458**

**5<182=40@**

**0:1641@**

2015/0177694-9

Documento

Página 7 de 27

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

**partes nomearão dois avaliadores (um indicado por cada parte), que apontarão um terceiro, se necessário for, e no prazo de no máximo 60 (sessenta) dias apresentarão o valor de mercado para a(s) Empresa(s). A decisão dos avaliadores será final, definitiva e acatada pelas partes.**

Ademais, o documento de fls. 64 não consta a assinatura do Agravado, pelo que não há manifestação do mesmo no sentido de assumir o "risco" de ser derrotado na arbitragem.

Destarte, entende-se não haver manifestação livre e expressa quanto à adoção da Justiça privada, não sendo de se admitir o afastamento compulsório da Justiça Pública, pelo que se rejeita a preliminar de convenção de arbitragem. (e-STJ, fl. 437-438)

*Permissa venia*, tem-se que tal compreensão não encerra a melhor interpretação sobre a questão.

A cláusula compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. E, sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, **seja em documento apartado.**

É o que, claramente, dispõe o art. 4º da Lei n. 9.307/96, *in verbis*:

**Art. 4º 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.**

**§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.**

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Segundo a lei de regência, a exigência de aposição de assinatura no documento em que inserta a cláusula compromissória dá-se apenas nos chamados

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

"contratos de adesão", qualidade, é certo, que, em absoluto, se pode atribuir ao contrato entabulado entre as partes. Veja-se, no ponto, a partir da própria narrativa tecida na petição inicial, que as disposições acerca da unificação das companhias de navegação, da participação acionária de cada qual e do modo pelo qual se daria a aquisição das ações do demandante (inclusive, como forma de atrair o capacitado executivo, que deixaria uma situação de absoluto êxito e conforto, para aceitar o desafio de gerir a empresa, com os riscos inerentes) foram objetos de intensa discussão entre as partes.

Trata-se, pois, de contratação personalíssima, descontextualizada de qualquer padronização, em que os contratantes valeram-se de plena liberdade para ajustar, segundo seus interesses e disponibilidade, as cláusulas contratuais às quais se vinculariam.

Nesse contexto, descabido conferir ao contrato em tela a qualidade de "adesão", tal como impropriamente compreendeu o magistrado de piso, cuja compreensão, pelo que se depreende dos autos, teria sido superada pelo Tribunal de origem. De todo modo, o registro afigura-se relevante para que dúvidas não remanesçam quanto à inaplicabilidade, à espécie, do § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/96.

Em não se tratando de contrato de adesão, o dispositivo legal sob comento (art. 4º, § 1º), como se constata, não especifica qual seria o documento idôneo - apartado do instrumento contratual subjacente - a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, *v.g.*, o meio epistolar.

Naturalmente, evidenciada que está a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam.

De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere, tal como impropriamente compreendeu o Tribunal de origem. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem.

Com essa exegese, a doutrina especializada não diverge no tocante à possibilidade de a cláusula compromissória encontrar-se inserta em documento apartado do instrumento contratual a ele relacionado, inclusive em correspondências, telegramas, etc, casos em que a aceitação do destinatário deve encontrar-se, por qualquer outro meio, devidamente demonstrado.

A propósito, reproduz-se os seguintes escólios:

**Diversamente do compromisso, que deve revestir-se de forma especial, confundindo-se a sua forma com a própria existência do ato (art. 9ª, §§ 1º e 2º, LA), exigindo, portanto, prova *ad substantiam*, a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 4º, § 1º, LA), sendo a prova apenas *ad probationem*. Pode a cláusula ser convencionalizada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra.**

*Primo oculi*, a denominação "cláusula compromissória dá a impressão de só poder ela fazer parte de um contrato - por isso seria uma cláusula - e que a sua função seria a de resolver controvérsias sobre as outras estipulações. Mas a cláusula compromissória não se atrela, necessariamente, a um contrato, posto que ela tem individualidade própria, preserva em relação a ele sua independência e se incorpora no mesmo instrumento contratual por uma questão de comodidade prática, em geral, nem sofre as vicissitudes por que possa passar o próprio contrato, que não a atinge.

A cláusula compromissória é, ela própria, um *outro contrato*, que serve de bússola aos contratantes relativamente a litígios futuros, nascidos ou não de um contrato, indicando-lhes o caminho para chegarem ao juízo arbitral.

**Como a arbitragem foge do modelo-padrão de tutela jurisdicional, deve a cláusula compromissória ser estipulada por escrito, no próprio contrato, ou em apartado que a ele se refira (art. 4º, § 1º, LA), não havendo lugar para um pacto verbal, como admitido por alguns ordenamentos jurídicos nas controvérsias entre comerciantes. Este é também o pensamento de Carmona, para quem, em relação à forma, determina a lei que seja a cláusula celebrada por escrito, sem qualquer outra formalidade, mesmo tratando-se de contrato. Assim, a forma epistolar, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula, já que o legislador fixou a forma rígida apenas para o compromisso. (Alvim, José Eduardo Carreira. Tratado Geral da Arbitragem. Editora Mandamentos. 2000. p. 217-218)**

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

Em relação à forma, determina a Lei brasileira seja a cláusula celebrada por escrito. Tratando de contrato, sem formalidade específica a não ser a utilização da escrita, submete-se a cláusula aos mecanismos gerais previstos na lei civil para a celebração dos contratos. Assim, a forma epistolar, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da arbitragem, já que o legislador fixou forma rígida apenas para o compromisso (art. 9º da Lei). Não está descartada, igualmente, a contratação por via eletrônica, embora esta forma de consolidação da vontade das partes ainda careça, para sua total segurança, de alguma regulamentação que sistematize chaves de autenticação e senhas de confirmação de mensagens (Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª Edição. Editora Atlas. p. 105).

A forma, por fim, para a utilização da arbitragem não sofrerá nenhuma alteração em relação aos contratos físicos, tendo em vista que tanto lá como nos meios eletrônicos será realizada de modo escrito, como exigido pela lei brasileira.

Contudo, há uma tendência de flexibilização do que seja escrito, permitindo-se que meios que podem ser "reduzidos a termo" podem ser utilizados como métodos eficazes de celebração do compromisso arbitral. No direito brasileiro, podem ser colhidos exemplos como os Cadastros de Pessoas Físicas Eletrônicos, que podem ser utilizados como forma clara de manifestação de vontade *on line*.

Finalmente, a troca eletrônica de mensagens também pode permitir a manifestação de vontade e até mesmo o suprimento válido de lacunas nas convenções de arbitragem "vazias" ou patológicas em sentido geral (item 1.6 abaixo), por exemplo. Nada impede que as partes tenham celebrado contrato com cláusula compromissória "vazia" e que, posteriormente, via troca de mensagens de e-mail, tenham optado por uma determinada Câmara de Arbitragem ou instituído forma de nomeação dos árbitros. Em situações assim, a troca de mensagens entre as partes é suficiente para se aferir a manifestação de vontade na estruturação da arbitragem.

A nova lei espanhola de arbitragem prevê expressamente a celebração de convenções de arbitragem firmadas por meio de troca de cartas, telegramas, telex, fax ou outros meios de suporte eletrônico, ótico ou de outro tipo.

A tendência da redução do uso de papel em transações comerciais é comum também aos meios comerciais eletrônicos como a Internet, provocando uma cura por natural por soluções de controvérsia mais rápidas e menos burocráticas, com a arbitragem. (Guerrero, Luis Fernando. Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral. Coordenação: Carlos Alberto Carmona. Editora Atlas. 2009. São Paulo. p. 59-60)

Afastada, assim, a exigência de aposição de assinatura das partes signatárias no documento em que insere a cláusula compromissória, notadamente em

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

se tratando de meio epistolar, **tem-se, na hipótese dos autos, não remanescer qualquer dúvida sobre a anuência dos contratantes quanto às disposições insertas nas Cartas.**

Por primeiro, afigura-se incongruente, em si, a compreensão de que o Sr. Hugo Pedro de Figueiredo, destinatário da Carta, não teria consentido com todas as suas disposições, se, por meio da ação judicial subjacente, pretende justamente o cumprimento da obrigação assumida pelos demandados, nos moldes estabelecidos na aludida Carta.

Aliás, sendo esta a pretensão, de todo inviável pugnar pelo cumprimento da obrigação assumida, nos moldes ajustados na referida correspondência, e, concomitantemente, recusar-se a observar as demais disposições ali encerradas, entre as quais, a que prevê, no caso de divergência sobre os valores das ações a serem adquiridas, a nomeação de terceiros para solver a controvérsia, **de modo definitivo e irrevogável.**

Não bastasse tal conclusão, a anuência do Sr. Hugo Pedro de Figueiredo sobre as disposições insertas na referida correspondência pode ser constatada sobretudo a partir do próprio contexto em que as negociações restaram consensualmente entabuladas entre as partes.

De fato, por ocasião do acordo de unificação das companhias de navegação Norinter e Norsul, Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A, comprometeram-se a adquirir a participação acionária de Hugo Pedro de Figueiredo quando este viesse a não mais atuar como executivo das companhias em questão, **cuja forma de aquisição dar-se-ia nos termos das Cartas anexadas, na mesma ocasião, ao próprio ajuste (e-STJ, fls. 77-84). Este acordo, ressalta-se, foi subscrito por todas as partes, inclusive, pelo ora demandante.**

Inclusive, no bojo do acordo de unificação das companhias de navegação Norinter e Norsul, ante a reconhecida complexidade da operação societária posta em consecução e a necessária cooperação entre as partes envolvidas, os contratantes convencionaram submeter pontuais divergências à deliberação de um Comitê

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

Consultivo.

E, na primeira Carta (objeto da pretensão vertida na inicial), **anexada ao aludido acordo na mesma oportunidade**, restou convencionado que, no caso de divergência sobre os valores das ações, as partes nomeariam, cada qual, um avaliador, que, por sua vez, não havendo consenso, indicaria um terceiro para tal definição (e-STJ, fls. 68).

É o que, claramente, se verifica do acordo de unificação das companhias de navegação Norsul e Norinter, subscrito, como anotado, também pelo Sr. Hugo Pedro de Figueiredo (e-STJ, fls. 77-84), bem como na primeira Carta a ele anexada (e-STJ, fl. 68), a seguir reproduzidos.

Do acordo de unificação das companhias de Navegação Norsul e Norinter, extrai-se:

## **6.7 CLÁUSULA DE SAÍDA:**

**Na eventualidade de H. P. F. não mais atuar como executivo das COMPANHIAS em questão, a compra de sua posição acionária ocorrerá em conformidade com o exposto nas duas cartas que versam sobre o assunto (anexas) endereçadas a H.P.F. e ambas assinadas por E. S. L., H. L. e LORENTZEN EMPREENDIMENTOS S/A**

## **7. DIVERGÊNCIAS:**

As partes abaixo assinadas, representando de um lado os acionistas da atual COMPANHIA DE NAVEGAÇÃO NORSUL e de outro os acionistas da NORSUL INTERNACIONAL SÁ declaram e assumem ser a operação em pauta bastante complexa à luz de seu contexto temporal e numérico, tornando-se portanto muito difícil "a priori" a definição, a discussão e a formalização de todas as situações que possam vir a ocorrer. Portanto, dentro do espírito de total busca de interesse de todos, aceitam de forma irrevogável e imutável a constituição de um COMITÊ CONSULTIVO sobre eventuais questões divergentes constituído por:

- Sr. FERNANDO OCTÁVIO MARNTINS ALVES
  - Sr. LUIZ ARANHA CORRÊA DO LAGO
  - Sr. LUIZ ANTONIO RAPOSO CARNEIRO
  - Sr. IGNÁCIO FERRAZ JUNIOR
  - Sr. JONES PEREIRA REIS
  - Sócio gerente da Empresa de Auditoria Externa da "NOVA EMPRESA" \*
- \* caso a "NOVA EMPRESA" ainda não esteja formalmente constituída, o Sócio gerente da Auditoria Externa da NORINTER.

O COMITÊ CONSULTIVO poderá se valer de pareceres de profissionais qualificados externos aos quadros do GRUPO, a fim de ajudar a tomada de decisão deste COMITÊ no seu parecer de orientação aos acionistas.

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

**(Memória - Protocolo - da Operação das Cias de Navegação - e-STJ, fls. 77-84)**

E, da Primeira Carta, objeto da pretensão contida na inicial, colaciona-se:

Com relação as ações de seu controle na Companhia advinda da unificação da Companhia de NAVEGAÇÃO NORSUL e NORSUL INTERNACIONAL SA, na eventualidade de cessar a sua atuação como principal executivo destas Empresas, por qualquer motivo, inclusive no caso de falecimento ou invalidez, as partes abaixo assinadas se comprometem a comprar 7% (sete por cento) de suas ações da(s) Empresa(s) unificada(s) nas Condições abaixo:

- A compra só se efetuará se você ou seus sucessores assim desejarem ("put option")

- O valor das ações deverá refletir o valor de mercado da(s) Empresa(s) considerando entre outros, o valor patrimonial ajustado ao mercado, "good will", etc...;

**Caso não seja acordado tal valor dentro de 30 (trinta) dias, as partes nomearão dois avaliadores (um indicado por cada parte), que apontarão um terceiro, se necessário for, e no prazo de no máximo 60 (sessenta) dias apresentarão o valor de mercado para a(s) Empresa(s). A decisão dos avaliadores será final, definitiva e acatada pelas partes;**

- A partir dessa decisão, o pagamento da compra das ações será realizado em até 90 (noventa) dias atualizados nas condições prevaletentes nos mercados financeiros onde forme efetuados os pagamentos. **(Primeira Carta, objeto da pretensão contida na inicial - e-STJ, fl. 68)**

Nesse contexto, revela-se manifesto o consentimento de todas as partes contratantes acerca das disposições insertas nas mencionadas Cartas, tudo em conformidade com a remissão expressamente feita no acordo de unificação das companhias de navegação, subscrito por todas as partes e àquele anexadas (e-STJ, fls. 77-84).

Resta perquirir, por conseguinte, se a disposição contida na apontada correspondência, acima em destaque, tal como consta do acórdão ora impugnado, consubstancia, em si, uma cláusula compromissória, ainda que vazia.

Como é cediço, por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro - o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes -, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. As partes poderão escolher, inclusive, o direito, material e processual, ou mesmo a adoção da equidade, dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e das regras internacionais do comércio, a ser aplicado para tal escopo (*ut arts. 1º, 2º e 13 da Lei n. 9.307/96*).

Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

Nessa linha de entendimento, Carlos Alberto Carmona conceitua compromisso arbitral como o *"pacto através do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de um determinado contrato", apto "a afetar a competência do juiz estatal"* (Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96, Editora Malheiros. 1998. p. 28)

Segundo a lei de regência (Lei n. 9.307/96), a atuação do Poder Judiciário, a depender do modo pelo qual as partes tenham redigido a cláusula compromissória, pode ser anterior à instauração da arbitragem, contudo, com o exclusivo propósito de levá-la a efeito (art. 6º), ou pode ser posterior, tão-somente nos específicos casos em que a sentença arbitral seja passível de anulação (art. 32).

Diz-se "cheia", a cláusula compromissória que contém a indicação do regulamento arbitral escolhido pelas partes (art. 5º, *caput*, primeira parte), ou a previsão do procedimento de nomeação dos árbitros (art. 5º, *caput*, segunda parte, *c/c* art. 19, *caput*). Nesse caso, a instituição da arbitragem é imediata, inexistindo margem de atuação do Poder Judiciário para esse fim. Por sua vez, em se tratando de cláusula compromissória "vazia", em que há a previsão de solução por árbitro da solução de

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

conflitos oriundo da relação contratual subjacente, sem especificar o método ou o critério para a sua nomeação, a instituição da arbitragem se dará – não havendo consenso entre as partes – impositivamente pela via judicial.

A doutrina aponta, ainda, as denominadas "cláusulas arbitrais patológicas", definindo-as, segundo Carlos Alberto Carmona, como *"aquelas avenças inseridas no contrato que submetem eventuais litígios à solução de árbitros mas que, por conta da redação incompleta, exdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem"*. O insigne jurista, ao especificá-las, afirma serem patológicas, *"as cláusulas arbitrais vazias (ou seja, aquelas que não disciplinam o modo de indicar o árbitro), as cláusulas arbitrais que indicam órgão arbitral inexistente, ou ainda as cláusulas arbitrais que apontam um mecanismo inoperante para a indicação do árbitro"* (Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª Edição. Editora Atlas. p. 112). **Em qualquer caso, seja uma cláusula compromissória vazia, seja patológica, a implementação da convenção de arbitragem dá-se por meio do Poder Judiciário.**

A lei de regência, é certo, respalda esta compreensão, nos seguintes termos:

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.

**Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.**

**Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.**

**Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada**

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

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

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

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

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

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

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

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

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

**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.**

Destaca-se, pois, que a lei de regência confere ao juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da *Komptetenz Kompetenz*, cabendo-lhe, assim, **deliberar sobre a sua própria competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador**, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, o que deve ser detidamente observado na hipótese dos autos.

Na espécie, segundo convencionado pelas partes contratantes, a eventual divergência sobre o valor das ações pertencentes ao Sr. Hugo Pedro de Figueiredo, a serem adquiridas por Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

Empreendimentos S.A, deve ser dirimida por um avaliador nomeado por cada parte e, não havendo consenso, estes, em conjunto, indicariam um terceiro, para tal propósito, cuja decisão, segundo expressamente ajustado, seria final e aceita pelas partes de modo definitivo.

Trata-se, pois, na compreensão deste relator, de inequívoca cláusula compromissória, por meio da qual as partes signatárias convencionaram que a controvérsia acerca da definição do valor das ações a serem adquiridas (conflito de interesses determinado, portanto), advindos de uma relação contratual subjacente (no caso, do acordo de unificação das companhias de navegação), deve ser decidida por dois "avaliadores", indicados por cada parte, que, se necessário for, indicarão um terceiro para tal propósito, cuja decisão **"será final, definitiva e acatada pelas partes"**.

Efetivamente, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes, ao elegerem um terceiro para, em definitivo e em sua substituição, solver específica controvérsia advinda no bojo de uma relação contratual, estabeleceram, inarredavelmente, uma convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória. Para tal propósito, é irrelevante, o termo utilizado na avença ("avaliador", "arbitrador", etc).

Aliás, merece especial destaque o fato de as partes contratantes, após a saída do Sr. Hugo Pedro de Figueiredo da administração da Norsul e de sua manifestação em exercer seu direito de venda parcial de suas ações, terem entabulado, por meio de seus representantes, no período de 23 de agosto de 2010 à 14 de janeiro de 2011, uma série de discussões paralelas quanto ao correlato valor, sem, todavia, colocar em prática, tal como efetivamente ajustado e reconhecido, a convenção de arbitragem, conforme se denota das seguintes passagens (e-STJ, fls. 87; 115; 116-117; 118; 119; 120-121; 122-124; 125-128; 129-130; 131-133 e 134) :

[...] Ademais, contrariamente ao que foi afirmado em sua carta, entendo não existir qualquer óbice legal ou mesmo prático para que pudéssemos prosseguir no processo de avaliação econômica da Norsul, tal como regulado e previsto na carta-compromisso onde inserida a opção de venda concedida a HPF. [...] Inicialmente, bastaria às partes nomear seus respectivos avaliadores, a estes obter as informações necessárias para produzir sua avaliação do valor de mercado da Norsul, segundo os

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

critérios julgados por eles como aplicáveis, somente cabendo a nomeação conjunta de um terceiro avaliador caso às partes não chegassem um consenso baseado nos laudos produzidos pelos avaliadores por elas escolhidos anteriormente. Por mais singelo que seja essa descrição, sempre tivemos absoluta confiança de que o procedimento de avaliação era capaz de produzir o resultado almejado pelas partes. Causou-me, pois, surpresa o questionamento a respeito desses assuntos, já que em todas as reuniões havidas até agora tais pontos foram objeto de discordância significativa entre nós. Entendo essa posição das partes que representa como uma recusa indireta, senão explícita, em nomear o avaliador que lhes caberia neste procedimento. (correspondência do representante de Hugo Pedro de Figueiredo enviada ao representante de Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A - e-STJ, fls. 131-132)

Acuso o recebimento de sua carta datada de 07/01/2011. Estamos, como sempre estivemos disponíveis para negociações de boa-fé que levem a uma conclusão satisfatória da transação originada do exercício de Opção de Venda datada de 14/09/1995. Contudo, correspondências que busquem constituir direito inexistente não servirão a este propósito e, de forma alguma, contribuem para a conclusão da transação. [...]

Aproveito a oportunidade para reiterar, conforme já proposto anteriormente, minha disposição para me reunir com o Sr. Hugo Figueiredo para que possamos efetivamente buscar uma solução que seja definitiva e aceitável pelas partes (correspondência enviada pelo representante de Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A ao representante de Hugo Pedro de Figueiredo - e-STJ, fls. 134)

Dos teores acima transcritos, ressaltou-se evidenciado que, enquanto o demandante atribuiu aos demandados a dificuldade de implementar a arbitragem convencional, estes, por sua vez, não a recusaram, sendo uníssono entre os contratantes, portanto, que a resolução do conflito (valor da participação acionária) restou efetivamente delegada a um terceiro.

**Se assim ajustaram as partes em delegar a solução de específica controvérsia a um terceiro, cuja decisão seria final, definitiva e por elas acatada, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se nessa tarefa, podendo, quando muito, ser acionado para efetivar o cumprimento da convenção de arbitragem.**

Sobre o termo "avaliador" utilizado pelos contratantes – sem descuidar da existência de alguma controvérsia no âmbito doutrinário –, este deve, sim, ser compreendido como "árbitro", na medida em que, no caso dos autos, a ele se atribuiu a

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

função de dirimir específica controvérsia (decisão sobre o valor das ações a serem adquiridas), **com força de definitividade e em substituição às partes.**

Efetivamente, afigura-se absolutamente possível que as **partes**, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, **ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão.**

Assim, com o propósito de atender as particularidades de cada contrato, notadamente naqueles em que seus efeitos perduram ao longo do tempo, as partes podem reputar necessário, sob o enfoque da preservação do objeto contratual, ou mesmo desejável, sob o aspecto da manutenção do ambiente de cooperação e parceria entre os contratantes, que as pontuais divergências surgidas nesse interregno sejam imediatamente dirimidas por um terceiro ou um "colegiado" criado para tal propósito.

Nesse contexto, os contratantes, ainda baseados no princípio da autonomia da vontade, devem estabelecer a natureza conferida à decisão a ser prolatada pelo terceiro ou pelo "colegiado", **se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva,** disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada.

Ressalta-se, por oportuno, que a discussão quanto à existência ou não de distinção entre os aludidos termos ("árbitro" x "arbitrador", "avaliador", "perito", etc) remonta à própria gênese dos chamados "*dispute boards*".

Na definição de Arnoldo Wald, cuja lição será oportunamente transcrita, *dispute boards* "são painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boardes - DRB*) **ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boardes* -**

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

**DAB**), ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards - CDB), **conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes**". Esse método de solução de conflitos foi concebido originariamente em meio à contratação de grandes obras de construção, em que as pontuais divergências ensejavam imediata solução, aplicando-se, posteriormente, a outros contratos, notadamente aqueles relacionados às operações societárias e aos interesses dos acionistas, obtendo, inclusive, regulamentação da CCI (Câmara Internacional de Comércio).

Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

Sobre tais considerações, de extrema valia, como adiantado, trazer à colação o escólio de Arnaldo Wald, que, após tecer um detido estudo de Direito Comparado sobre os institutos sob comento (árbitro x arbitrador/arbitragem contratual e *dispute boards*), propõe uma interpretação aberta aos diversos métodos de heterocomposição dos conflitos de interesses, sempre com adstrição, necessariamente, ao princípio da autonomia da vontade :

**21. Nos contratos cuja totalidade dos efeitos não se exaure de imediato, podem surgir, entre as partes, divergências ou litígios referentes à interpretação das cláusulas ou à execução das prestações. Tais divergências podem encontrar soluções já previstas pelo contrato ou serem negociadas posteriormente, ou, caso contrário, ensejar litígios entre os contratantes, que se resolverão por arbitragem ou pela via judiciária.**

[...]

23. A distinção entre as simples divergências e os litígios decorre da densidade do desacordo existente entre os contratantes, das disposições contratuais que podem definir o regime que lhes são aplicáveis e da própria postura das partes.

24. É possível que o contrato incompleto dê competência a um terceiro para fixar determinados elementos, valores ou condições que não puderam ser definidos adequadamente no momento de sua celebração.

25. A delegação de competência e um mandatário comum de ambas as partes, para determinados fins, pode decorrer do próprio contrato.

26. Assim, o nosso Código Civil de 2002, repetindo o texto constante no anterior, e que já estava previsto no Código Napoleão, admite que, na compra e venda, o preço possa ser fixado por terceiro. Se este não o fizer, a venda será considerada nula (art. 485). O texto legal não se refere

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

à arbitragem, mas admite a "fixação do preço possa ser deixada ao arbítrio de terceiro".

[...]

**27. De acordo com o princípio da autonomia da vontade das partes, que prevalece sempre que não haja norma de ordem pública em sentido contrário, a delegação, a terceiro, da competência para fixar um dos elementos do contrato pode, em tese, ocorrer em todos os contratos, e não só no de compra e venda, abrangendo qualquer uma das prestações, desde que haja cláusula nesse sentido.**

[...]

29. Não obstante, a licitude da delegação a terceiro na matéria é relevante, constituindo, em nosso entender, um mandato que lhe é dado, por ambas as partes, para determinados fins.

**30. Essa delegação pressupõe a possibilidade de divergência entre as partes, pois, se entre elas, houvesse acordo, não haveria razão para recorrer a um terceiro.**

**31. Entendemos que, nos textos legais, essa delegação é vinculada à arbitragem seja pelo fato de se denominar árbitro quem decide no interesse das partes, como ocorre na lei francesa, seja por que ao mesmo cabe decidir de acordo com o seu arbítrio para usar a terminologia do nosso Código Civil.**

33. No direito brasileiro, há a distinção entre a arbitragem e o arbitramento e entre árbitro e arbitrador, mas o arbitramento tem acepção própria no Código de Processo Civil e o arbitrador, embora considerado como avaliador, tem sentido genérico, como se verifica pelas definições dos vários dicionários que o definem - quando o fazem - como "quem arbitra, julga ou avalia" ou ainda "quem faz às vezes do perito no arbitramento" (Houaiss, 1ª ed. 2001, p. 276).

34. A doutrina reconhece que, no caso do art. 485 do CC/2002, o terceiro é arbitrador e não árbitro, embora se discuta a natureza jurídica do contrato que o vincula à parte, entendendo alguns que é um mandato e outros que se trata de simples perícia.

35. Embora sujeitos a regimes jurídicos distintos, as duas formas de arbitragem vêm se reaproximando no tempo em virtude da prática contratual. Efetivamente, as cláusulas contratuais passaram a conter fórmulas negociais para superar as divergências entre os contratantes, deixando, para último recurso, as soluções litigiosas e, entre estas, geralmente preferindo a arbitragem ao recurso ao Poder Judiciário.

36. Essa preocupação das partes e dos seus advogados está ligada à vontade das mesmas de manter em vigor o contrato, mesmo no caso de existirem divergências, entendendo, na maioria dos casos, os contratantes, que deveriam ter soluções pacíficas. Já se disse aliás que o comércio, a negociação e a arbitragem são as armas da paz, tanto no plano internacional, como nas relações comerciais internas.

**37. Enquanto o recurso à Justiça faz parte da luta pelo direito à qual aludia Von Jhering, sendo uma guerra para assegurar a paz, as diversas formas de arbitragem, pelo clima que criam entre as partes e pela sua confidencialidade, procuram não só o acertamento do passado e a solução das divergências presentes, mas também garantir a manutenção de boas relações futuras entre os**

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

contratantes. Na medida do possível, tratam de salvar o contrato, fazendo com que permaneça em vigor, ainda que com algumas complementações ou modificações.

[...]

39. Na doutrina e na jurisprudência francesa, consagrou-se essa distinção entre o arbitrador da arbitragem contratual, denominado terceiro, e o árbitro que funciona na arbitragem processual. Essa distinção terminológica - que nos parece superada, pelas razões que, em seguida, exporemos, ainda permaneceu em alguns regulamentos da CCI como o de 01.01.1990, que regula a ação cautelar pré-arbitral.

40. Na realidade, desde a década de 1970, autores como René David, Bruno Oppetit e Philippe Fouchard defenderam a unificação dos dois conceitos de arbitragem, vislumbrando que neste sentido esta se inclinava a jurisprudência dos tribunais, embora, em alguns dos seus artigos, considerassem que caberia ao legislador esclarecer definitivamente a matéria.

41. Na época, já existiam certos regulamentos profissionais que previam a nomeação, pelas partes, por ocasião da celebração dos contratos das grandes obras civis públicas ou privadas, de um perito, cuja função consistiria em recomendar as partes a melhor solução no caso de divergência. Embora as suas decisões não tivessem caráter vinculatório, funcionava como uma espécie de mediador cuja experiência e idoneidade deveria encaminhar a adoção de fórmulas para esclarecer a interpretação e facilitar a execução do contrato no caso de desacordo das partes. [...]

42. Para dar maior força à decisão do perito, evitando que tivesse um aspecto meramente consultivo, as partes podiam, no seu contrato, dar-lhe efeito vinculatório, o que fizeram em alguns casos, nos quais consideraram o terceiro como mandatário de ambas as partes. Diante dessa evolução, a CCI chegou a baixar outro regulamento referente às relações contratuais, no qual tratava da possibilidade de incluir cláusula, no contrato, de acordo com o qual caberia a um terceiro "uma missão puramente contratual de adaptação do contrato", podendo atribuir-lhe a função de fazer recomendações ou, ao contrário, poder decisório. O terceiro em questão não era considerado árbitro e o procedimento por ele seguido não devia necessariamente obedecer as regras referentes à arbitragem. E caso houvesse recusa das partes em obedecer à sua decisão que, pelo contrato, era considerada vinculatória, poderiam as partes submeter o caso à arbitragem.

43. Philippe Fourchard, escrevendo na época, considerou os mecanismos criados válidos, mas excessivamente complexos, concluindo que, se de arbitragem não se tratava, com a mesma muito se parecia a solução do terceiro com poder decisório, que era vinculatória para as partes.

[...]

45. Dessa conjunção entre a evolução da função do perito ou arbitrador nos contratos de grandes obras de construção, com poderes mais ou menos amplos, na forma prevista pelo Código Civil

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

francês e pelo regulamento da CCI, e da experiência norte-americana no mesmo sentido, surgiu e se consolidou rapidamente, a partir de 1990, o *Dispute Adjudication Board*, que representou uma simbiose da chamada arbitragem contratual das jurisdicional.

46. Os dispute boards (DB) são painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boardes - DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boardes - DAB), ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards - CDB), conforme do caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.

[...]

49. Podem, em tese, as partes convencionar que as decisões proferidas não estão sujeitas a qualquer recurso, caso em que só serão declaradas nulas se violarem normas legais de ordem pública.

[...]

57. A flexibilidade nos dispute boards é imensa, pois a sua estruturação e competência decorrem da aplicação do princípio da autonomia da vontade, podendo as partes escolher o modelo que mais lhes convêm, tendo em vista a natureza e duração do objeto do contrato. Por outro lado, embora, originalmente, os dispute boards tenham sido concebidos para os contratos de obras civis, nada impede que possam ser utilizados em concessões e parcerias público-privadas, em contratos de fornecimento a longo prazo e até para dirimir eventuais divergências no campo societário, quando se tratar de interpretação e aplicação de um acordo de acionistas.

[...]

64. A Câmara de Comércio Internacional (CCI) aprovou um Regulamento referente aos *Dispute boards*, que entrou em vigor em 01.09.2004, após discussões e debates que levaram mais de dois anos com a colaboração dos diversos comitês nacionais.

66. Na apresentação do regulamento, a CCI faz a distinção entre o novo mecanismo de solução de conflitos e a arbitragem, de um lado, e as perícias, de outro. Esclarece que somente no caso da arbitragem teremos uma sentença com força executória, enquanto que as decisões dos *boards*, mesmo quando vinculatórias, só obrigam as partes. [...]

76. De acordo com as tradições do direito francês e de algumas outras legislações, os diputes boards não se podem confundir com os tribunais arbitrais. Em outros sistemas jurídicos, mais flexíveis ou mais recentes, como o nosso, é, todavia, possível conceber ou admitir que, conforme o caso e a vontade das partes, funcionem ou não como verdadeiros órgãos arbitrais.

77. Não sofremos com o peso da tradição de outros países e o regime antigamente aplicável, na Europa, ao engenheiro consultor não nos inibe de dar ao dispute board atual todas as suas dimensões, não só em relação ao seu campo de aplicação, mas

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

**também no tocante aos efeitos de suas decisões.**

[...]

**79. Ao lado dos processos ordinários, já adotamos os sumários e sumaríssimos e complementamos os sistema judiciário tradicional com a criação dos juizados especiais. Talvez também no campo da arbitragem possamos instituir novas fórmulas criativas, ao lado das arbitragens fast track, que já existem, e conjugá-las com a ação dos dispute boards e, em particular, do dispute adjudication board.**

**80. Diante de um novo Código Civil e de uma lei de arbitragem moderna, que tem sido interpretada construtivamente pelos tribunais, como verdadeira legislação aberta que é, talvez tenha surgido o momento de fazer do dispute board mais um instrumento facultativo de solução de conflitos, que obedeça aos princípios básicos de eticidade, socialidade e operabilidade que norteiam o legislador de acordo com a lição de Miguel Reale. (Wald, Arnaldo. A Arbitragem Contratual e os *Dispute Boards*; Revista de Arbitragem e Mediação.: RArb, v. 2. n.6, jul./set2005))**

Na hipótese dos autos, interessante notar que as partes contratantes, cientes da complexidade da operação societária de unificação das companhias de navegação, assim como da necessidade de manutenção de um ambiente de cooperação e parceria dos signatários, chegaram a nomear um Comitê Consultivo para, em caráter opinativo, dirimir as questões divergentes pontuais. Ressai evidente que, nesse contexto, a deliberação do Comitê Consultivo não teria, em princípio, o condão de vincular definitivamente as partes contratantes porque assim não avençaram.

Diversamente, para a específica divergência quanto aos valores das ações a serem adquiridas, na hipótese de o Sr. Hugo Pedro de Figueiredo deixar o cargo de executivo das companhias em questão, as partes avençaram que a correlata decisão do terceiro/árbitro seria final, definitiva e aceita pelas partes, o que encerra, inarredavelmente, método alternativo de heterocomposição, a merecer, necessariamente, o respaldo do Poder Judiciário.

Tecidas tais considerações, é de se concluir que o presente processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Explica-se.

Nos termos relatado, as pretensões exaradas pelo demandante, ora recorrido, em sua exordial, podem ser assim sintetizadas: *i)* a declaração judicial de que "os réus se obrigaram, por meio da Primeira Carta (documento 4), a adquirir ações

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

ordinárias da Norsul, de titularidade do Sr. Hugo, equivalentes a 7% (sete por cento) do capital social da Nova Norsul; **ii) a apuração do valor de mercado da Norsul, tal como descrito na Primeira Carta, por meio de perícia técnica a ser determinada por esse MM. Juízo;** e **iii)** a condenação dos demandados a cumprir a obrigação assumida em carta-compromisso emitida em 14 de setembro de 1995, em que se comprometeram a adquirir 7% das ações ordinárias (em um total de 25%) de titularidade do autor, emitidas pela Companhia de Navegação Norsul, da qual também são acionistas.

Em relação aos pedidos constantes dos itens I e III, nos termos expendidos pelos réus, em sua peça contestatória, não há, da parte deles, qualquer resistência.

De fato, as demandadas reconhecem, sem qualquer ressalva, a obrigação de adquirir a participação acionária, assumida por ocasião do acordo de unificação das companhias de navegação, nos moldes dispostos na Primeira Carta a ele anexada, não se eximindo, é certo, de seu cumprimento. Pugnans, tão-somente, que se observe a integralidade das disposições insertas na aludida correspondência, notadamente em relação ao valor das ações a serem adquiridas, no que reside propriamente a controvérsia, cuja solução, como visto, foi atribuída à arbitragem, de modo definitivo e irrevogável.

Ressai evidenciado, no ponto, a própria ausência do interesse de agir.

No tocante ao pedido de apuração judicial do valor da participação acionária, nos moldes descritos na "Primeira Carta" (item *ii*), como demonstrado ao longo do presente voto, trata-se de questão controvertida, cuja solução, por expressa disposição contratual, foi atribuída a terceiro, com força de definitividade, não sendo possível ao Poder Judiciário dirimi-la, em descompasso com a vontade externada pelas partes que elegeram a arbitragem como método alternativo de solução deste específico conflito.

Aliás, já se destacou a inviabilidade de se pugnar pelo cumprimento da obrigação assumida, nos moldes ajustados na referida correspondência, e, concomitantemente, recusar-se a observar as demais disposições ali insertas, especialmente quanto à convenção de arbitragem.

# Superior Tribunal de Justiça

MB 28

A jurisdição estatal, caso haja resistência de qualquer das partes em implementar a arbitragem convencionada – o que, por ora, apenas se pode atribuir ao próprio demandante, já que não há recusa expressa nesse sentido pelo demandados, inclusive a partir das negociações travadas entre as partes anteriores ao ajuizamento da presente ação – poderá, como visto, ser acionada para o exclusivo propósito de efetivar a instauração da arbitragem, a quem caberá solver a controvérsia reservada pelas partes, conforme dispõe o art. 7º da Lei n. 9.307/96.

Em arremate, na esteira dos fundamentos expendidos, DOU PROVIMENTO ao presente recurso especial, para extinguir o processo, sem julgamento de mérito, com lastro no art. 267, VI e VII, do CPC. Por consectário, condeno o demandante a arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios da parte adversa, os quais, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, arbitro em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

É o voto.