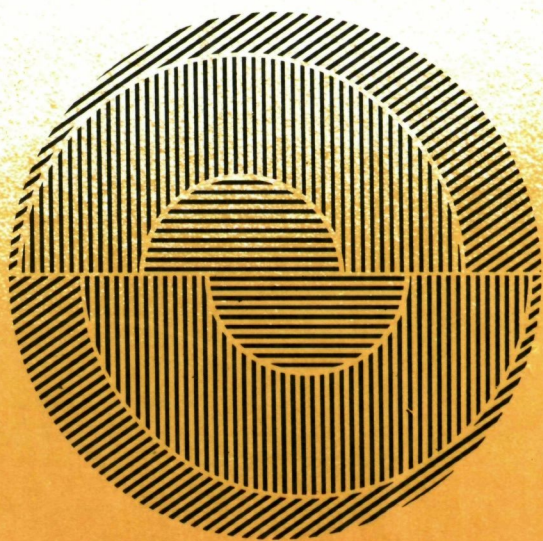


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 100

Arbitragem internacional

Percalços & entraves

MARCOS A. RAPOSO

Advogado e Chefe da Área de Contratos
da Petrobrás Comércio Internacional S. A. —
Interbrás

Uma empresa com sede em um paraíso fiscal, mas administrada a partir do Rio de Janeiro, compra uma partida de baunilha de uma outra estabelecida no Reino de Tonga, na Polinésia. O produto é entregue FOB e o preço, de 500 mil paangas, pago através de uma carta de crédito, mas ao chegar ao porto de destino, verifica-se sua inadequação às especificações contratadas. O contrato elegia o foro de Chicago como competente, mas o advogado norte-americano do comprador informa que a Corte de Chicago provavelmente dar-se-ia por incompetente porque nenhuma das partes tem domicílio ali. Com efeito, não se pode esperar que uma cláusula de eleição de foro, inserta em um contrato qualquer, adquira, só por isso, o condão de fazer funcionar a justiça de um país que nenhuma relação tem com o negócio jurídico ali engendrado. Abram-se aqui parênteses para esclarecer que esse princípio comporta exceções: uma inteligente lei do Estado de Nova Iorque manda que seu Judiciário aceite processar causas independentemente de outras considerações desde que as partes assim o desejem e o valor em jogo ultrapasse determinado limite, que é avultado. O objetivo dessa lei é, evidentemente, incrementar o volume de negócios dos advogados nova-iorquinos, que cobram honorários elevados a seus clientes e pagam pesados impostos ao Estado.

Litigar em Nukualofa, maior cidade do Reino de Tonga, é coisa a que o comprador, por motivos compreensíveis, não se dispõe. A essa altura o advogado que redigiu a infeliz cláusula de eleição do foro percebe que esse tipo de avença, às vezes tão difícil de negociar, revela-se muitas vezes totalmente inócuo.

A alternativa é a cláusula de arbitragem, ou cláusula compromissória. Através dela, as partes determinam que resolverão por arbitragem todas

as divergências que venham a derivar de determinado contrato. Solução perfeita, panacéia infalível, remédio processual moderníssimo, ou nada disso? É o que iremos ver, em continuação.

A arbitragem é velha como o tempo. Se remontarmos em imaginação à pré-história, poderemos considerar como igualmente possível que duas pessoas em desavença procurassem resolvê-la quer recorrendo à autoridade do chefe do grupo, quer ao senso de justiça de um amigo comum, ou de um líder religioso respeitado. Entretanto, parece mais compatível com a natureza humana que aquele que toma a iniciativa, o autor da demanda, procure os meios que produzam desde logo o efeito mais constrangedor possível no espírito do demandado, ou réu. Essa é, provavelmente, a razão da maior utilização da justiça estatal, que é pública, tem ritos constrangedores (basta lembrar o trabalho dos oficiais de justiça) e cujas decisões são executáveis no próprio processo. Já a arbitragem, de ordinário sigilosa, corre sem grande incômodo para o demandado e, quando o laudo é emitido, precisa ainda ser apresentado a um juiz para execução.

Se é assim, qual a vantagem da via arbitral sobre a justiça do Estado? Na verdade, o sigilo, se por um lado torna a arbitragem menos terrível para o demandado, apresenta grandes vantagens, especialmente entre comerciantes. Isso advém da conhecida resistência dos homens de negócio a permitir que se tornem públicos os detalhes das operações que empreendem. Não raro, a discussão de uma causa comercial no foro judiciário deixa expostos segredos comerciais, composições de preços, política de vendas, abusos do poder econômico, e, por vezes até mesmo fraudes fiscais ou cambiais que o juiz tem obrigação de comunicar às autoridades fazendárias. Não hão de ser poucas as ações que deixaram de ser propostas, mesmo por empresários escrupulosos, apenas para evitar a divulgação de seus segredos.

Já na arbitragem, os segredos continuam reservados, e ainda que se tornem conhecidos dos árbitros e da outra parte, não chegam a atingir o público ou as autoridades. Além disso, o árbitro tenderá a ver com mais compreensão certas "manobras" usuais aos comerciantes, e se for, como geralmente é, do *métier*, perceberá, com maior facilidade que o juiz togado, qual das partes terá agido maliciosamente. A favor da arbitragem diz-se também que um juiz togado, ocupadíssimo com o deslinde de centenas de causas, e com um modo de pensar formalista, tenderá a protelar o julgamento das causas mais complicadas, e, mesmo quando se propõe a julgá-las, julga-as mal porque precisa livrar-se delas. E que o árbitro, ao contrário, pode ter apenas um caso a decidir, e tem interesse em decidi-lo bem para ser indicado para outras arbitragens.

Esses argumentos são de validade discutível. Sob o prisma de imparcialidade, o juiz togado leva geralmente a melhor, por deter as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade etc., além de não ter qualquer relação com as partes. O quanto esse ponto é sensível na arbitragem transparece com nitidez no momento em que as partes desavindas consi-

deram a escolha de um árbitro único. Salvo se o árbitro único for um grande nome da ciência jurídica, essa proposta ocasionará a elevação generalizada dos supercúlios dos advogados, que só voltarão à posição normal quando a idéia for abandonada em prol da nomeação de três árbitros: cada parte indica um, e os dois assim escolhidos apontam um terceiro.

Nesse caso, porém, não estará cada uma das partes, quiçá inconscientemente, considerando que o "seu" árbitro deve dedicar-se com maior afinco à análise dos argumentos que interessem à sua tese, com preferência sobre os do adversário? Não é assim que se sentem quando indicam assistentes técnicos em uma perícia judicial? A questão da confiança e da imparcialidade, que aflora, aqui, tem ainda outros desdobramentos no caso específico de uma arbitragem internacional que deva ter lugar em uma praça comercial onde uma das partes é influente, tem prestígio, e a outra não. Nessas circunstâncias, a atmosfera impessoal dos tribunais pode parecer a esta última mais confortável.

Por outro lado, a arbitragem, dizem os seus defensores, é rápida e barata. Para outros, a arbitragem pode sair muito mais dispendiosa que uma ação em juízo, dependendo do valor em jogo, e pode tomar mais tempo. Uma causa de US\$ 100.000.00, se julgada pela Câmara Internacional de Comércio, por exemplo, custará, entre custas administrativas e honorários dos árbitros, US\$ 5.000.00, valor bem mais elevado que as taxas judiciárias e custas cartoriais normalmente cobradas na justiça. E, se for necessário executar o laudo através do Judiciário, essas taxas e custas se acrescem às despesas de arbitragem.

Quanto à celeridade, é incontestável que as arbitragens costumam demorar menos que as ações em juízo, mas é comum que a parte vencida ataque o laudo no momento de sua homologação ou execução através de Judiciário. Alguns advogados em países adiantados consideram a arbitragem como um mero "ensaio geral" da verdadeira discussão da causa, que tem lugar, afinal, perante as cortes de justiça. Isso sem falar nas demoras normais dos processos complicados, que levam algumas arbitragens a durar vários anos. Ainda quanto a esse ponto, é preciso notar que os árbitros não contam com o poder que a lei confere ao juiz togado (que pode, como se sabe, mandar conduzir testemunhas "debaixo de vara" e ordenar medidas cautelares, entre outras coisas), e dependem dos advogados para futuras nomeações em outros processos arbitrais. Assim, muito humanamente, tornam-se menos severos que os juízes quando precisam "podar" os excessos dos advogados, e estes, muitas vezes, aproveitam-se disso para alongar desnecessariamente o processo, "recheá-lo" de provas e manifestações inúteis etc. Não nos esqueçamos de que o modo de peticionar, as fórmulas e modos de conduzir o processo arbitral em cada país assemelham-se naturalmente àqueles empregados no processo judicial, por mais que se procure simplificar. Desse modo, um advogado norte-americano, por exemplo, fará questão, mesmo em uma arbitragem internacional, de usar as *discovery pro-*

ceedings que a lei e a prática de seu país permitem e que consomem bastante tempo.

Outras vezes, o atraso se dá porque o Judiciário é chamado a intervir no curso da própria arbitragem, ou porque alguma das partes dá por suspeito o árbitro, ou porque alguma medida coativa ou acautelatória se torna necessária, e o árbitro não pode decretá-la. Por fim, o entrave ao andamento do processo arbitral pode partir do próprio árbitro, que não atua, e já houve pelo menos um caso em que a parte interessada precisou ingressar em juízo contra o árbitro para compeli-lo a prolatar a decisão. Faça-se a justiça de acrescentar que essa hipótese é raríssima...

Afora isso, sobrenada em países do terceiro mundo uma certa desconfiança relativamente à arbitragem. É que, através de decisões prolatadas por árbitros do primeiro mundo, vai-se criando a chamada *lex mercatoria*, baseada em precedentes, vale dizer, uma forma de direito supranacional, mais adaptada às necessidades dos países desenvolvidos que às dos outros. Isso é especialmente observado com relação aos organismos institucionais organizados nos Estados Unidos e na Europa Ocidental, e que prestam serviços de arbitragem.

Até recentemente, por exemplo, as organizações da República Popular da China recusavam-se a aceitar cláusulas compromissórias em seus contratos internacionais, que indicassem como competente para processar a arbitragem alguma dessas instituições. Ultimamente, verificou-se que essa relutância podia ser contornada convencendo-se que a arbitragem seria *ad hoc* ao invés de institucional.

A esse passo, a diferença entre arbitragem institucional e *ad hoc* já deve ter sido percebida: na arbitragem institucional as partes submetem suas divergências a uma instituição, que conta com normas procedimentais, um corpo de árbitros e um órgão permanente, que mantém atualizadas as normas e o corpo de árbitros, e que atua também para resolver dificuldades de interpretação, ou para preencher eventuais lacunas nos ordenamentos já citados. São exemplos dessas instituições a Câmara de Comércio Internacional (CCI ou ICC), a American Arbitration Association (AAA) e a London Court of International Arbitration (LCI), para citar apenas algumas das mais conhecidas. Já nas arbitragens *ad hoc*, as partes precisam convenionar a forma de escolher o árbitro ou árbitros e determinar as normas que pautarão o processo arbitral. Ainda que mal comparando, é como se a arbitragem institucional fosse uma roupa comprada *prêt-à-porter*, enquanto que a *ad hoc* fosse feita sob medida no alfaiate.

A metáfora só não é muito feliz porque vêm surgindo críticas à arbitragem institucional no sentido de que é, em verdade, mais cara e mais demorada que a *ad hoc*. Mais cara porque as partes devem pagar as taxas administrativas destinadas a custear a estrutura do órgão, que não existe nas arbitragens *ad hoc*, e mais demorada porque esses órgãos costumam tomar algum tempo para indicar os árbitros e rever o seu laudo antes de ser ele considerado final. Diz-se também que essa fase de revisão

do laudo exige mais trabalho dos advogados, cujos honorários, em consequência, elevam-se correspondentemente (nos Estados Unidos, na Inglaterra e em muitos outros países, os advogados costumam cobrar por hora nas causas comerciais).

Se é verdade que a revisão do laudo toma tempo, não é menos certo que tem sua utilidade: pelo menos as partes contarão com a experiência do órgão coletivo permanente da instituição, que poderá detectar imperfeições técnicas no laudo que o tornariam imprestável. Além disso, esse órgão permanente controla o árbitro no que tange aos prazos para completar seu trabalho e, mais importante, serve como instância consultiva para o próprio árbitro, quando se vê em dúvida quanto à condução do processo.

A falta de um órgão dessa natureza, a arbitragem *ad hoc* deve ser precedida da determinação pelas partes de normas procedimentais tão precisas quanto possível. No entanto, é de todo conveniente que essas normas sejam determinadas já no contrato, na própria cláusula de arbitragem, pois uma vez instalada a divergência entre as partes, será evidentemente muito mais difícil negociar o que quer que seja. Entre os pontos a serem cobertos, vale citar os seguintes:

- a) pagamento (adiantado ou não) dos custos da arbitragem e dos honorários dos árbitros;
- b) local e prazo para a realização da arbitragem; forma de notificação às partes;
- c) apresentação de inicial, contestação e fixação da lide pelo árbitro, com a determinação dos pontos a decidir;
- d) produção de prova e contraprova escrita e pericial; audiências de instrução para colher prova oral;
- e) razões finais e decisão, em audiência ou por escrito; forma e fundamentação da sentença;
- f) autorização (ou não) para que o árbitro julgue por equidade;
- g) modo de se registrar e comunicar às partes os atos processuais; indicação de escrivão ou secretário, quando for o caso;
- h) indicação da lei processual aplicável subsidiariamente na ausência de norma regulamentar;
- i) língua a ser usada nos atos processuais e tradução de documentos.

A relação acima, evidentemente exemplificativa, deixa entrever as complexidades a serem enfrentadas numa arbitragem *ad hoc*. Se todos esses pontos não estiverem cobertos no acordo, e se, ao tempo da desavença,

uma das partes decidir que a arbitragem não é de seu interesse, pode-se imaginar os entraves que criará ao estabelecimento das normas procedimentais, senão ao próprio andamento do processo. É claro que, na ausência de normas convencionais, aplica-se a lei nacional que certamente cobrirá os pontos mais importantes envolvidos no processamento da arbitragem. Diga-se, aliás, que a lei nacional deve necessariamente ser compulsada para evitar algum conflito entre o regulamento preparado pelas partes e alguma norma legal imperativa, ou que interesse à ordem pública. A questão que surge nesse particular é a de saber-se qual a lei nacional aplicável, quando se trata de arbitragem internacional. Imagine-se o caso de haverem as partes escolhido a lei de um país diferente daquele onde a arbitragem se realiza, e de onde a sentença arbitral deve ser homologada e executada. Pode haver ocasião para conflitos de difícilíssima solução.

Desses conflitos, por sinal, não está isenta a arbitragem institucional. Em que pese ao zelo com que são redigidos os regulamentos das instituições de arbitragem, refletem eles preferencialmente o pensamento dominante em certos sistemas jurídicos, e podem não harmonizar-se com as leis nacionais de determinado país. O Código de Processo Civil Brasileiro, por exemplo, determina que não pode ser árbitro quem não tenha a confiança das partes, os incapazes, os analfabetos, os legalmente impedidos para servir como juiz ou os suspeitos de parcialidade (art. 1.079). Por aí se vê que o árbitro deve ser uma pessoa física indicada pelas partes, o que também decorre do art. 1.074 do Código de Processo Civil. Há aí amplo campo para o conflito nas arbitragens em que a instituição indicada na cláusula arbitral é quem nomeia o árbitro, e não as partes diretamente, como é freqüentemente o caso. A confiança, pela lei brasileira vigente, deve estar depositada no árbitro, e não na instituição, sob pena de não poder o laudo arbitral ser homologado.

Essa é uma das prováveis razões para o pequeno número de arbitragens institucionais em nosso País. É claro que as partes podem confirmar o árbitro escolhido pela instituição mediante a assinatura de um compromisso arbitral em linha com o disposto no art. 1.074 do CPC, mas não é isso que acontecerá se, a esse tempo, uma delas já não estiver interessada em uma decisão rápida e inatacável.

Responde-se que esse inconveniente desaparece se a arbitragem não estiver sujeita à lei brasileira, por haverem as partes convencionado sua realização em um outro país, cuja lei, por hipótese, não contenha os requisitos em questão e onde, portanto, o laudo arbitral seja inatacável. E, de fato, essa tem sido a solução usual nos contratos entre empresas brasileiras e estrangeiras. No entanto, a dificuldade, que parecia aniquilada, ressurgiu no caso de haver sido vencida a parte brasileira. É que, nesse caso, a decisão arbitral precisará, com toda probabilidade, ser executada no Brasil, onde o vencido possui bens. E, pelo art. 1.097 do CPC, só a homologação do laudo no Brasil lhe confere eficácia de título executivo.

Um excelente artigo, ainda inédito, de CLÓVIS DO COUTO E SILVA ⁽¹⁾, indica-nos que as condições para a execução de uma sentença estrangeira no Brasil (sem distinção, portanto, entre sentença judicial e sentença arbitral) são as que constam do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, a saber:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que for proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda na lição abalizada de COUTO E SILVA, a relação de requisitos da Lei de Introdução não estará completa sem o acréscimo de três outros: o primeiro, constante do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 215 e segs.) é no sentido de que a sentença arbitral esteja fundamentada ⁽²⁾. O segundo, de que o laudo já venha homologado por órgão judiciário do país de origem ⁽³⁾, e o terceiro e último de que no processo arbitral se haja regularmente assegurado às partes plena oportunidade de se defenderem.

Quanto ao segundo requisito, cabe anotar que a lei processual de diversos países não contempla a hipótese de homologação judicial de laudos arbitrais, o que tem tornado impossível a respectiva homologação pelo STF. Todavia, segundo o magistério de J. C. BARBOSA MOREIRA ⁽⁴⁾, um laudo arbitral proveniente de um desses países tem lá a mesma força de uma sentença judicial, devendo portanto, ser homologado pela nossa Corte Suprema para efeito de adquirir eficácia no Brasil. O argumento parece correto e seu acolhimento evitará situações esdrúxulas que equivalham a uma verdadeira denegação de justiça. Com efeito, pode dar-se que no país de origem a cláusula compromissória barre o acesso das partes ao Judiciário local, que este não tenha competência legal para homologar o laudo, e, ainda, que o vencido só possua bens no Brasil. Numa tal hipótese extrema, pode-se talvez pensar em ajuizar a execução no país de origem e cumpri-la através de carta rogatória à justiça brasileira, mas é pelo menos duvidoso que as cortes do país de origem aceitem processar

(1) *L'Arbitrage en Droit Brésilien*, 1986.

(2) BRASIL. STF. SE 2.766/6. Anderson Clayton S. A. *DJ*, Brasília, 23-9-1983, p. 14.496.

(3) RTJ. Rio de Janeiro, *DIN*, 54: 714, dez. 1974.

(4) In ——— *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. V. 5, p. 82.

a execução se o executado não tiver domicílio, ou bens, em tal país, e se inexistir outra relação jurídica que de algum modo estabeleça a competência territorial para a sua execução lá.

De todo modo, resulta difícil, quando não impossível, executar no Brasil uma decisão arbitral proferida em país cujas leis não contemplem a sua homologação local. Ainda, entretanto, que se haja obtido essa homologação local, é preciso às vezes enfrentar um novo óbice: é que o processo homologatório no exterior requer, naturalmente, a citação do vencido, por hipótese brasileiro, e a citação, em grande número de países, perfaz-se pelo correio. Assim, o réu brasileiro é freqüentemente citado no Brasil através de um expediente postado no país de origem e assinado pelo juiz estrangeiro. Ora, é conhecida a orientação do STF no sentido de que um tal modo de citar sem a participação do judiciário brasileiro é imprescritível em nosso país, e que resulta contrário à ordem pública brasileira conceder o "exequatur" nesses casos. É claro que, se o réu houver atendido à citação, mesmo que não efetivada através de carta rogatória, essa defesa não lhe aproveitará.

De observar que as dificuldades atinentes à homologação pelo STF não são peculiares às arbitragens institucionais, mas alcançam também as *ad hoc* que se realizem no exterior. Como vimos, entretanto, a arbitragem *ad hoc* encontra em nossa lei menos obstáculos para sua realização no Brasil que a institucional e é, aliás, a única que o Código de Processo Civil contempla expressamente. Nem por isso, no entanto, fica isenta de percalços, o principal dos quais consiste na exigência, constante do artigo 1.074-III do CPC, de que as partes assinem um termo de compromisso que deve conter, além do nome do árbitro, "*o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor*".

É fácil compreender que o termo de compromisso não se confunde com a cláusula compromissória, nem pode substituir-se por ela, pois não há como descrever o objeto do litígio à época do contrato, quando as partes não estão em desavença. Assim, alguém que tenha firmado um contrato contendo uma cláusula compromissória, mas que prefira a via judicial no momento em que a controvérsia estala, simplesmente deixa de firmar o termo de compromisso e, com isso, frustra a arbitragem. Isso, é claro, se a arbitragem houver de realizar-se no Brasil.

Diz-se que a recusa à assinatura do compromisso constitui descumprimento de uma obrigação de fazer, engendrando o dever de indenizar. Entretanto, não há como mensurar adequadamente o valor da indenização, pois dirigindo-se ao Judiciário, a parte diligente pode fazer valer seu direito contra a outra tão bem, pelo menos em tese, quanto através da arbitragem. Há quem considere possível, ao invés de exigir indenização, que a parte diligente obtenha, nos termos do art. 639 do CPC, uma decisão judicial que supra a assinatura da parte inerte no termo de compromisso. Toda-

via, o resultado prático seria desastroso em termos de tempo: se se vai propor uma demorada ação judicial para conseguir iniciar um processo arbitral, porque não submeter o mérito da pendência desde logo aos tribunais judiciais? Além disso, o art. 693 do CPC é de duvidosa aplicação ao caso, pois dirige-se ao cumprimento da obrigação de concluir um contrato, e um termo de compromisso é muito mais que um contrato.

Considera-se possível, por outro lado, que a parte diligente pleiteie, através da ação de preceito cominatório (CPC, art. 644), a imposição da multa periódica à parte inerte, com o objetivo de forçá-la a assinar o compromisso. Não conhecemos precedente judiciário a tal respeito, mas a uma ação dessa natureza o réu provavelmente objetará que, como a lei processual vigente restringe o exercício do poder de arbitrar a "*quem quer que tenha a confiança das partes*" (CPC, art. 1.079), ninguém pode ser compelido, contra sua vontade, a confiar a árbitro algum o encargo de dirimir controvérsia envolvendo direito seu. Assim, a promessa de confiar, a que se resume a cláusula compromissória, terminaria tendo o mesmo destino da promessa pura de doar, que se considera inválida por razão semelhante, vale dizer, porque não se pode obrigar alguém a exercer liberalidade (e o mesmo vale para a confiança) que já não encontra lugar em seu espírito.

Tema muito debatido em matéria de arbitragem é a questão da *autonomia* da cláusula arbitral. Observa-se por vezes que, logo ao iniciar-se a arbitragem, o demandado argúi a ineficácia da cláusula arbitral, quando não a própria inexistência ou nulidade do contrato do qual ela consta, donde a conclusão de que o árbitro não pode julgar por não ser, na verdade, árbitro. Surge a dúvida: deve o árbitro decidir se é árbitro ou, uma vez que sua competência haja sido posta em xeque, deve abster-se?

Como a jurisprudência brasileira é inexistente a respeito, vale citar um precedente britânico a título de ilustração: a Sra. Willcox, de mudança para a Nova Zelândia, contratou uma empresa especializada, Pickford Removals Ltd., para transportar sua mobília. Tendo inspecionado a mobília, a Pickford enviou-lhe uma estimativa do valor, na qual se achava impressa uma cláusula de arbitragem, e a Sra. Willcox telefonou ao representante da Pickford aceitando o preço. Em seguida, os móveis foram retirados pela Pickford, mas vieram a perder-se em um incêndio, e a Sra. Willcox moveu contra a Pickford uma ação judicial objetivando a recomposição de seus prejuízos. A Pickford requereu e obteve o trancamento dessa ação judicial fundamentando-se na existência da cláusula de arbitragem, e a Sra. Willcox pediu a anulação dessa medida afirmando que o contrato que fizera com a Pickford fora fechado verbalmente e que jamais havia concordado com a cláusula arbitral constante da estimativa escrita da Pickford. Em primeira instância, logrou êxito a tese da Sra. Willcox, mas essa sentença foi revertida em grau de recurso. Finalmente a "Court of Appeals", pelo voto de Lord Roskill, restabeleceu a sentença de primeira instância, por considerar que só o Judiciário pode decidir nos casos em que a competência do árbitro

esteja em jogo⁽⁵⁾. Aliás, desde *Heyman v. Darwin*⁽⁶⁾ ficara já assente que o árbitro não pode decidir sobre sua própria jurisdição.

Esses precedentes da jurisprudência britânica emprestam bem o princípio de que o árbitro não é soberano, como o é o Poder Judiciário: o árbitro não tem competência para decidir sobre sua própria competência. No entanto, a idéia da autonomia da cláusula arbitral leva precisamente a que o árbitro tenha essa competência, e em diversos países isso é lei. Com efeito, alguns precedentes têm sido reportados nos Estados Unidos em favor da noção de que o árbitro pode decidir a respeito de sua competência, mas o direito austríaco, o alemão ocidental, o britânico e, com reservas, o suíço e o italiano não o admitem.

A tese da autonomia da cláusula arbitral foi imaginada para dar suporte teórico à solução prática do problema que se cria com a arguição de nulidade ou inexistência do acordo para arbitrar. Segundo essa tese, a cláusula arbitral é autônoma em relação ao contrato do qual consta, da mesma forma que o aval é autônomo em relação à emissão de uma nota promissória. Não parece válida essa assimilação do aval à cláusula de arbitragem, exatamente porque o aval exsurge de um ato realmente autônomo em relação à emissão do título, enquanto que a cláusula de arbitragem é mera parte do ato jurídico representado pelo contrato.

A cláusula pode ser autônoma, sim, quando ajustada em separado do contrato ao qual se dirige (como é o caso do termo de compromisso), pois aí há dois atos jurídicos distintos. Mas, se a cláusula integra o contrato, só não será atingida se a nulidade deste for parcial e não se estender a ela. É o princípio do art. 153 do Código Civil brasileiro, *verbis*:

“A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável” (*omissis*).

Esse princípio nada tem de novo, e torna desnecessário o recurso à noção, destituída de suporte lógico, de que a cláusula arbitral é sempre autônoma. Mesmo em termos práticos, não faz sentido, e pode ocasionar prejuízos irreparáveis, autorizar o árbitro a proferir decisão quando a própria validade do acordo para arbitrar é contestada. Trata-se, à evidência, de uma questão que ao árbitro não cabe dirimir, e sim ao Judiciário. A questão da competência do árbitro engendra, aliás, um dilema curioso: se o árbitro tivesse o poder-dever de decidir se é ou não válido, ou existente, o acordo para arbitrar, deveria, em termos de pura lógica, abster-se de julgar caso se convencesse pela negativa. Nesse caso, não deveria abster-se de decidir até mesmo que deveria abster-se? E essa abstenção já não

(5) *Willcox v. Pickford Removals Ltd.* (1979) 1 Lloyds Rep. 244, CA.

(6) *Heyman v. Darwin* (1942) 72 LI LR 65: “An arbitrator cannot decide his own jurisdiction”.

constituiria *per se* uma decisão, que o árbitro não pode adotar porque lhe falta competência para decidir o que quer que seja a respeito?

De tudo o que ficou exposto, verifica-se que a solução de conflitos pela via arbitral é amplamente desfavorecida pelo direito pátrio. Não apenas os textos legais, mas a doutrina, o trabalho dos advogados e a jurisprudência têm conduzido, quase em uníssono, ao desprestígio da arbitragem em nosso País. A nosso ver, esse repúdio de *mens* jurídica brasileira à arbitragem, e a conseqüente preferência pela justiça do Estado revelam uma enraizada desconfiança (consciente, ou não, confessada, ou não) na imparcialidade dos árbitros, que na verdade não parte apenas das profissões legais, mas constitui um traço característico de nossa psicologia coletiva. Basta ver como são tratados pelo público os árbitros dos certames esportivos.

E nem é apenas brasileira essa tendência, mas universal, em maior ou menor grau. De notar que mesmo nos países onde estão sediadas as mais conhecidas instituições de arbitragem do mundo, e de onde provém o estímulo em favor da arbitragem, é ela incomparavelmente menos utilizada que a via judicial para a solução de divergências.

A nosso ver, é preciso avançar com cautela nesse campo, pois acham-se em jogo interesses da maior relevância. O anteprojeto de lei proposto ao exame público pela Portaria n.º 76 do Ministério da Justiça (*DOU*, de 27-2-87) está a merecer ampla crítica no particular. Se transformado em lei, o laudo arbitral, independentemente de homologação, passará à categoria de título executivo extrajudicial, em cuja execução os embargos de devedor não terão efeito suspensivo. Pior ainda, a nulidade do laudo só poderá ser declarada em ação ordinária com fulcro em uma restrita enumeração de casos, entre os quais não está, por exemplo, o cerceamento de defesa do vencido. E mesmo a prova da corrupção do árbitro só em processo penal será admitida, com sentença transitada em julgado.

Por manifesta que seja a nulidade do decisório arbitral, portanto, o vencido não poderá defender-se alegando-a no processo de execução, se vingar esse anteprojeto. Sofrerá o constrangimento da execução forçada e, se for comerciante, poderá ver requerida sua falência, ao passo que sua defesa correrá pelas vias ordinárias, não importando sequer se foi regularmente cientificado da realização da arbitragem ou não, se sua defesa foi cerceada ou não. Iniludivelmente, o anteprojeto em exame trata com inadmissível severidade o vencido brasileiro, e só ele, pois, se o vencido for estrangeiro, a execução por certo que será processada em seu país, e segundo outras leis.

A dispensa de homologação, pelo STF, de sentença arbitral estrangeira para que possa ser executada no Brasil merece análise à parte. Intenta-se conferir ao laudo proferido no exterior um grau de eficácia no território brasileiro de que nem as sentenças prolatadas por juiz estrangeiro gozam, pois estas prosseguiriam dependendo de *exequatur*. A par de imprópria,

a dispensa de homologação pelo STF afronta irremediavelmente o art. 118, § 3.º, letra *d*, da vigente Constituição, que estabeleceu a competência da Corte Suprema para “*homologar sentenças estrangeiras*”. O laudo é indubitavelmente uma sentença, pois decide matéria controversa entre partes litigantes através de “juízes de fato e de direito” (C. Civ. 1.041), e nem o dispositivo constitucional citado, nem o Regimento Interno do STF a que ele se refere distinguem entre sentença judicial, arbitral ou de outra natureza. Aliás, J. C. BARBOSA MOREIRA anota mais de um caso em que o Supremo homologou decisão de órgão executivo estrangeiro, não relacionado com o Judiciário do país de origem, e acrescenta que um laudo provindo de país cuja lei não preveja a homologação local tem eficácia sentencial, e não pode deixar de ser tratado como sentença (7).

Em resumo: se a própria lei brasileira vier a dispensar a homologação, o laudo, se a sentença já não fosse, passaria a sê-lo, com toda condição de eficácia em nosso País. Isso, entretanto, não poderia ocorrer enquanto vigente a norma constitucional que exige a homologação da sentença estrangeira pelo Presidente do STF. Aliás, o STF tem exercido sem discrepância sua competência para homologar laudos arbitrais estrangeiros, com fulcro na ditada norma constitucional, não se admitindo que a lei ordinária pudesse despojá-lo de tal atribuição.

BIBLIOGRAFIA

- ARKIN, Henry L. *International Ad Hoc Arbitration: a practical alternative. International Business Lawyer*. London, 15 (01): 5-12, jan. 1987.
- CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE. *Le Droit de l'Arbitrage en Europe*. Paris, CCI, 1981, 376 p. (Publication n° 35).
- COUTO E SILVA, Clóvis. *L'arbitrage au Brésil*. (Artigo inédito).
- HUCK, Hermes Marcelo. *Deficiências da Arbitragem Comercial Internacional*. (Artigo inédito).
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Guide to arbitration*. Paris, ICC, 1983, 139 p. (Publication n° 382).
- HOW to control legal costs. *Business Law Brief*. New York, Financial Times, p. 10, Oct. 1985.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, vol. 5.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *A arbitragem no comércio internacional. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 37 (156): 233-268, out./dez., 1980.*

(7) In: ——— *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. V. 5, pp. 82-83.