

**A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL  
NO DIREITO BRASILEIRO, NOS TERMOS DA LEI N. 9.307  
DE 23/09/1996: ALGUNS ASPECTOS<sup>1</sup>**

*Guido Fernando Silva Soares*

Professor Titular de Direito Internacional Público da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O autor aborda na explanação de sua matéria sobre as Fases das Arbitragens e Sistemas Jurídicos Envolvidos; Arbitragens entre Particulares: Nacionais, Impropriamente Internacionais e Estrangeiras; Arbitragens Internacionais: Suas Fontes Normativas e as Instituições Arbitrais no Comércio Internacional; e, por último, sobre as Perspectivas das Arbitragens Estrangeiras e Internacionais no Brasil.

Abstract:

The author approaches in the explanation of its subject the Phases of the Arbitrations and Involved Legal Systems; Arbitrations between Particulars: National, Improperly International and Foreign; International Arbitrations: Its Normative Sources and the Arbitrational Institutions in the International Trade; e, finally, on the Perspectives of the Foreign and International Arbitrations in Brazil.

**Unitermos:** arbitragens; fontes normativas; instituições arbitrais

I. Introdução

Dos modos de resoluções de disputas, alternativos ao processo perante órgãos dos Poderes Judiciários dos Estados, de que o homem dispõe na atualidade, ressalta-se a arbitragem, instituto tão antigo como a jurisdição exercida pelos órgãos que

---

1. O presente trabalho resultou de uma comunicação apresentada durante o “*Primeiro Encontro Brasileiro de Mediação e Arbitragem*”, organizado pelo Centro de Ciências Jurídicas, Econômicas e Sociais da PUC-SP, pela sua Faculdade de Direito e pelo Núcleo de Estudos Professor Hermínio Marques Porto, na Sessão sobre *Arbitragem Internacional*, no dia 26 de março de 2001, no “campus” daquela Universidade.

a sociedade tem reconhecido como especializados na solução de controvérsias: os juízes togados. A arbitragem, como já apontamos em trabalhos anteriores, é um instituto misto, que se poderia conceituar como um procedimento de soluções de controvérsias, instituído e regulado por uma convenção entre as partes em um conflito, pela qual as mesmas conferem a um terceiro ou terceiros, a tarefa de encontrar uma solução por elas aceitável. Participa a arbitragem, portanto, de dois universos: o relacionado às normas de um direito instrumental (processo), e o referente às normas de direito material, que regulam as relações entre pessoas (direito obrigacional, particularmente contratos), quer dizer, os direitos e deveres nascidos da vontade expressa ou implícita entre as partes, ou aqueles originários de fatos relacionados a negócios jurídicos (obrigações extracontratuais).

Os aspectos contratuais da arbitragem são evidentes: a. na maneira de instituir uma pessoa física, ou uma comissão composta de indivíduos, com poderes judicantes, seja de maneira direta, por normas contratuais, seja de maneira indireta, através da atribuição de tais poderes a uma instituição especializada; b. a partir da mais ampla liberdade conferida às partes litigantes de estabelecerem, por pactos entre elas, os poderes do(s) árbitro(s), no que se refere à condução dos procedimentos e no relativo às leis de direito material a serem aplicadas na solução das controvérsias, a eles submetidas; e c. quando se examinam os direitos subjetivos a uma reparação de dano civil, decorrentes da inadimplência dos deveres do(s) árbitro(s), que foram instituídos pela via de um pacto entre os litigantes e o(s) árbitro(s).

Os aspectos de um direito instrumental (processo civil) presentes na arbitragem, são igualmente evidentes, a partir do exame dos poderes conferidos pelas partes litigantes, a um terceiro ou terceiros não-partes numa controvérsia: a. de resolvê-lo, de maneira terminativa (sentido próprio da noção de jurisdição); b. de possuírem legitimidade para postular, em nome dos litigantes, perante Poderes Judiciários, medidas cautelares, em pedidos de natureza precatória; e c. de produzirem atos terminativos que possuem caráter de executoriedade perante Poderes Judiciários, pela sua própria natureza.

Portanto, qualquer estudo sobre a arbitragem deve levar em consideração sua natureza mista, em particular, quanto se analisam as arbitragens internacionais, que, portanto, carregam com elas a problemática própria dos contratos internacionais e das complexas questões de um Direito Processual Civil Internacional.

Conforme já expusemos em trabalho anterior,<sup>2</sup> a experiência histórica

---

2. *“As Arbitragens e sua Conaturalidade com o Comércio Internacional”*, disponível na Internet, no “site” da OAB-SP, Escola Superior de Advocacia.

permite-nos distinguir os seguintes tipos de arbitragem, levando-se em conta as partes numa controvérsia, e, conseqüentemente, os tipos de normas envolvidas nas mesmas:

a. as arbitragens entre Estados, totalmente regidas pelas normas do Direito Internacional Público, pode ser de dois subtipos: a. arbitragens “ad hoc” constituídas na maioria das vezes, de fontes costumeiras, dentre as quais precedentes arbitrais, seja no que respeita à maneira de constituir um tribunal arbitral ou de investir alguém nas funções de árbitro único, seja no que respeita à condução dos procedimentos arbitrais, seja ainda, no que respeita à normas que o(s) árbitro(s) aplicam(m) e que regulam a substância das relações “sub studio”; e b. arbitragens institucionais, previstas em tratados internacionais sobre soluções pacíficas de controvérsias, ou ainda especiais sobre arbitragens. As arbitragens entre Estados, por vezes denominadas de “arbitragens públicas” têm sido praticadas desde a Antigüidade,<sup>3</sup> e têm servido, na maioria das vezes, para resolver litígios territoriais entre Estados.<sup>4</sup> Na atualidade, têm ganhado transcendental importância, em especial nas relações de comércio regional entre Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai e Uruguai, no contexto do Mercosul (Protocolo de Brasília, de 1991, para a Solução de Controvérsias, reconduzido pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1994, Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul),<sup>5</sup> quando assumem uma forma institucionalizada;<sup>6</sup>

---

3. Vejam-se nossos trabalhos, o verbete “Arbitragens Internacionais”, na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, no seu v. 7, pp. 374-402, que resultou da republicação do artigo editado no ano anterior, na *Revista da Faculdade de Direito da USP*, com o título “Introdução Histórica ao Estudo das Soluções Pacíficas de Litígios e Arbitragens Comerciais Internacionais”, São Paulo, v. 71, (1976), pp. 163-208.

4. Relembre-se que a formação de parte expressiva do território terrestre do Brasil, resultou de sentenças arbitrais, que envolveram países vizinhos, e que foram prolatadas por soberanos estrangeiros, citados como árbitros pelos Estados litigantes. Naquelas arbitragens mais famosas, teve atuação destacada José Maria da Silva Paranhos, o Barão do Rio Branco, como advogado do Brasil.

5. O Protocolo de Brasília de 1991, que se encontra vigente no Brasil, por força de sua promulgação pelo Decreto n. 922 de 10/IX/1993, estabelece um sistema provisório de soluções de litígios entre os Estados-partes do Mercosul, o qual foi reconduzido e em parte modificado, pelo referido Protocolo de Ouro Preto de 1994, no Brasil promulgado pelo Decreto n. 1.901, de 09/V/1996. Veja-se nosso trabalho: “Uma Revisão em Profundidade, em 1996, de: “As Instituições do Mercosul e as Soluções de Litígios no seu Âmbito - Sugestões De Lege Ferenda”. In *Mercosul: Das Negociações à Implantação*, Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, Coordenadores, São Paulo, LTr., 2ª edição revista e ampliada, 1998.

6. No caso do Mercosul, os condicionamentos de recurso a elas, bem como a existência de normas sobre a constituição dos tribunais arbitrais, as regras de procedimento mínimas e as normas de direito material aplicável pelos árbitros, constantes nos mencionados tratados internacionais, tornam-nas formas institucionalizadas.

b. as arbitragens entre particulares, que devem ser subdivididas em três tipos<sup>7</sup>, os quais serão analisados no correr do presente trabalho: 1) arbitragens totalmente nacionais, aplicáveis naquelas relações sem qualquer conexão com sistemas jurídicos estrangeiros e que não envolvem a aplicação de qualquer lei estrangeira; 2) arbitragens impropriamente ditas internacionais, realizadas num foro arbitral nacional e submetidas às leis que regulam as arbitragens nacionais, mas nas quais emerge a eventualidade de aplicar-se uma lei estrangeira, em substituição à lei nacional, ou em conjunto com esta, para resolver-se o fundo da questão e 3) as arbitragens internacionais, melhor denominadas arbitragens comerciais internacionais, despregadas de qualquer vínculo com legislações nacionais e levadas a cabo em foros privados internacionais, sem qualquer referencial a um sistema jurídico nacional; e

c. arbitragens entre, de um lado um Estado e de outro, um particular estrangeiro, tipologia recente na História da Humanidade, caracterizada pelo fato de, em determinadas relações jurídicas internacionais, o Estado praticar atos negociais internacionais que, em séculos anteriores, eram da pertinência única de particulares. Avultam de importância, as arbitragens relativas a concessão e exploração de recursos naturais, como o petróleo, que colocam frente a frente Estados e particulares estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, em relações negociais que não podem ser regidas pelo Direito Internacional Público (uma vez que o particular estrangeiro não tem um “*locus standi*” naquele ramo do Direito, que trata de relações entre iguais, os Estados) e que, de certa forma, são excepcionais no que respeita aos contratos clássicos (ou como se referem os administrativistas, são exorbitantes do direito comum), por se tratar de prestação de um serviço público, de atribuição dos poderes públicos de um Estado.

No presente estudo sobre arbitragens internacionais, nossa análise será circunscrita ao segundo tipo de arbitragens, ou seja, aquelas que envolvem pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado interno, ou, como a prática as tem denominado, “arbitragens entre particulares” Partiremos do pressuposto de que se houver a presença direta ou indireta de um Estado, num dos polos na arbitragem, o mesmo não poderá invocar suas prerrogativas de ente público, estando, assim, descartadas quaisquer possibilidades de um tratamento diferenciado entre as partes em litígio,

---

7. Em nosso trabalho citado em rodapé anterior, “*As Arbitragens e Sua Conaturalidade com o Comércio Internacional*”, somente nos referimos, de maneira explícita, a dois tipos de arbitragens entre particulares: as nacionais e impropriamente ditas internacionais. Uma leitura do trabalho, contudo, revela ter havido uma análise das arbitragens comerciais internacionais, o terceiro tipo de arbitragens entre particulares, ainda que as mesmas não tenham sido relacionadas no rol das tipologias, logo no início daquele trabalho.

seja por razões de se tratar de um Estado ou de uma pessoa em seu lugar (as inúmeras formas que os Estados adotam, nos seus negócios internacionais, tais as sociedades de economia mista, as empresas públicas as autarquias, ou quaisquer outras denominações que se lhes dêem), seja porque os bens e direitos envolvidos se encontram afetados a um serviço público. As questões das possibilidades de um Estado submeter-se à arbitragem, na qualidade de um particular, ou as relativas à disponibilidade de direitos relativos a determinados bens submetidos a uma decisão de árbitro(s), dizem respeito à admissibilidade mesma da arbitragem (a questão da arbitrabilidade) e, a nosso ver, constituem requisitos prévios de poder instalar-se, com legitimidade, um procedimento arbitral entre particulares, tal como versadas no Direito comum. O pressuposto lógico das arbitragens entre particulares é o de que elas se instalam e se desenvolvem, com a presunção de que estarem excluídos quaisquer posicionamentos privilegiados entre os litigantes, eventualmente suscetíveis perante procedimentos de conhecimento ou de execução perante órgãos dos Poderes Judiciários dos Estados.

## II. Fases das Arbitragens e Sistemas Jurídicos Envolvidos.

A fim de poder-se bem estudar as diferenças entre os tipos de arbitragens entre particulares, é útil distinguir-se as fases, que se encontram presentes em qualquer outro tipo de arbitragens, inclusive aquelas regidas pelo Direito Internacional Público. Há uma fase prévia, que temos denominado de “fase preliminar de admissibilidade das arbitragens” e três outras, na eventualidade de estas serem possíveis: uma fase pré-arbitral, uma fase arbitral e uma fase pós-arbitral.

Na fase preliminar de admissibilidade das arbitragens, incidem questões relacionadas à possibilidade legal de o instituto poder ser invocado pelas partes em litígio, como um meio de resolver sua contenda. No caso das arbitragens entre Estados, pode haver condicionamentos em normas internacionais preexistentes entre os mesmos, que determinem a legitimidade da instituição de um árbitro único ou de um tribunal arbitral. O costume internacional, revelado pela prática generalizada de se considerar a arbitragem como um meio de solução de controvérsias entre Estados, cujo recurso pressupõe o esgotamento de outros meios menos formais, como as negociações diplomáticas, os bons ofícios, as tentativas de mediação ou de conciliação. Tais pré-requisitos se encontram em cláusulas compromissórias constantes em tratados internacionais, ou em tratados gerais de soluções de controvérsias entre Estados, como no caso do Mercosul, onde há o dispositivo do art. 7º do Protocolo de Brasília de

1991,<sup>8</sup> que condiciona o recurso da arbitragem, seja à aplicação dos procedimentos das negociações diretas, seja da intervenção Grupo Mercado Comum, ou ainda do procedimento geral para reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul.<sup>9</sup>

No caso de arbitragens entre particulares, a fase preliminar de admissibilidade da arbitragem é regulada pelas normas dos direitos nacionais que regulam a arbitragem como um todo. Neste particular, as normas nacionais podem ou não deixar o campo totalmente regulado por elas, de maneira direta (normas de ordem pública) ou permitir que leis estrangeiras sejam aplicadas, pela atuação de suas normas nacionais de Direito Internacional Privado. Trata-se, em tal campo, de determinar: a. a existência mesma, nos ordenamentos jurídicos nacionais, da possibilidade da solução arbitral para resolver litígios entre particulares; b. as matérias susceptíveis de serem arbitradas (incidente da arbitrabilidade); e c. a capacidade de os litigantes poderem submeter-se a uma arbitragem, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo. No primeiro caso, pode-se dar o caso, sem dúvida hipotético, de um sistema jurídico considerar seu Poder Judiciário tão aperfeiçoado, que repila qualquer solução de litígios pela via arbitral, passando, portanto, a arbitragem como um instituto inexistente ou impossível. No segundo caso, a arbitrabilidade é definida pelas normas que regulam as arbitragens nacionais, de maneira direta e sem possibilidade de referimento a um Direito estrangeiro (a exemplo, as arbitragens relativas a bens imóveis sítos no Brasil, que, por força do art. 89<sup>10</sup> do CPC, se encontram reservados à competência exclusiva do Poder Judiciário brasileiro, com exclusão de qualquer outra) e, no terceiro caso, da capacidade para submeter-se, no pólo ativo ou passivo à arbitragem, igualmente pela lei nacional que regula a arbitragem como um todo, ou ainda pela norma de um Direito estrangeiro, que

---

8. Eis o art. 7o do Protocolo de Brasília: “§ 1º Quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos Capítulos II [*Negociações Diretas*] e III [*Intervenção do Grupo Mercado Comum, revogado pelo Protocolo de Ouro Preto*], qualquer dos Estados Partes na controvérsia poderá comunicar à Secretaria Administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece no presente Protocolo. [*colchetes adicionados por nós, para efeito de clareza do entendimento do texto*]. § 2º A Secretaria Administrativa levará, de imediato, o comunicado ao conhecimento do outro ou dos outros Estados envolvidos na controvérsia e ao Grupo Mercado Comum e se encarregará da tramitação do procedimento.

9. Como se sabe, tal procedimento inexistia no Protocolo de Brasília de 1991, tendo sido instituído pelo Protocolo de Ouro Preto de 1994.

10. Assim se encontra redigido o art. 89 do CPC: “*Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I- conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II- proceder a inventário e partilha de bem situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional*”

o Direito Internacional Privado do foro indique como competente para dirimir a questão, se o incidente não for considerado de ordem pública. No Brasil, após o advento da Lei n. 9.307 de 23/09/1996, “dispõe sobre a arbitragem”, que é a lei nacional que regula a arbitragem como um todo, tudo indica que o País passou a admitir a arbitragem para dirimir litígios entre particulares, incondicionada à existência de um compromisso formal entre elas; quanto aos incidentes da arbitrabilidade e da capacidade de submissão à arbitragem, encontram-se eles regulados no art. 1º daquela Lei, “*verbis*”: “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”

A arbitrabilidade nas arbitragens nacionais (existência de direitos patrimoniais disponíveis) é, no ordenamento jurídico brasileiro, claramente uma questão preliminar da maior relevância, portanto, norma de ordem pública que repele a aplicação de normas de ordenamentos estrangeiros, a ponto de o art. 25 da Lei brasileira sobre arbitragem, ter previsto que, se “*de sua existência, ou não, depender o julgamento arbitral, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral*”. Contudo, nada disse aquela Lei sobre as preliminares da capacidade de instituir ou de submeter-se a uma arbitragem, o que poderia ter feito, seja quando dispôs sobre as causas de nulidade do compromisso, seja quando regulou as causas de nulidade da sentença arbitral; como se trata de uma capacidade especial, seu regime se rege pelas normas que regulam a capacidade geral e a capacidade para contratar (portanto, além das normas gerais do Código Civil, aquelas relacionadas ao negócio “*sub specie*”).<sup>11</sup> Sendo assim, e não havendo a Lei disciplinado de maneira direta o incidente, na questão da capacidade para submeter-se a uma arbitragem no Brasil, cairá no regime geral da aplicação alternativa da Lei brasileira ou estrangeira, ou seja, submissível às normas do Direito Internacional Privado brasileiro, claro está, sob o controle da não-ofensa à ordem pública nacional.

A fase pré-arbitral diz respeito a todas as questões relacionadas à instituição da arbitragem, e, na esteira de grandes autores internacionais, poderíamos referir-nos a uma “fase de investidura dos árbitros” Nas arbitragens “ad hoc” entre

---

11. Em nosso entender, pela norma de direito material que regula o negócio no qual a arbitragem incide (a título de exemplo, as normas que regulam os contratos mercantis, a compra e venda de bens imóveis, as ações demarcatórias, etc.). Ainda em nosso entender, pelo fato de ter a Lei n. 9.307/96 regulado matéria especial, que é o compromisso, tendo expressamente no seu art. 44 revogado as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil relacionadas àquele contrato, a capacidade de se comprometer numa arbitragem passou a ser regulada inteiramente por aquela Lei, que, como se disse, silenciou sobre tal tipo de capacidade especial.

Estados, ela é regida pelas normas costumeiras do Direito Internacional Público, em especial, nas regras que regem os efeitos das cláusulas compromissórias nos tratados e convenções internacionais ou nos tratados internacionais que consagrem compromissos entre os Estados-partes; nas arbitragens institucionalizadas, como no caso do Mercosul, a fase pre-arbitral se encontra totalmente regida nos instrumentos internacionais que as disciplinam, ou seja, os mencionados Protocolos de Brasília de 1991 e de Ouro Preto de 1994.

A nosso ver, é a fase pré-arbitral a mais criativa do instituto das arbitragens entre particulares, onde seu caráter misto de contrato e jurisdição mais se ressalta. Nesta fase, à semelhança dos legisladores constituintes ou constitucionais dos Estados ao criarem órgãos dos Poderes Judiciários internos, indivíduos ou empresas, ou como os temos denominados, os particulares, de maneira direta, ou por intermédio da atuação de um organismo privado de arbitragem, à qual expressamente se referem, investem, um indivíduo, ou uma comissão composta de pessoas físicas, com um poder jurisdicional, ou seja, conferem-lhes as faculdades de “dizer o direito”, no caso; dirimir um litígio, de maneira terminativa e cogente, entre eles. No fundo, trata-se da instituição de um poder-dever de dizer as normas jurídicas, a fim de dirimir controvérsias, por força de normas contratuais cujos efeitos são regulados por uma lei nacional, e, na atualidade, regulados igualmente por tratados e convenções internacionais, tornando-se, assim, a vontade dos particulares, “*a fonte jurídica do poder jurisdicional*” do(s) árbitro(s).<sup>12</sup>

A manifestação da vontade dos particulares pode assumir as formas de uma “convenção de arbitragem” definida na Lei brasileira, como uma cláusula compromissória ou um compromisso e, a nosso ver, ainda a forma de um contrato de arbitragem geral, ou seja, estipulação de resolver futuras controvérsias nos contratos já existentes entre eles, pela via arbitral.<sup>13</sup> A convenção de arbitragem, no Direito

---

12. Retiramos tais conceitos da extraordinária obra do advogado francês, Maître M. DE BOISSÉSON, no seu livro “*Le Droit Français de l’Arbitrage Interne et International*”, Paris, GLN-édition, 1990, em particular, p. 94.

13. Tal tipo de contrato não se encontra descrito na Lei n. 9.307/1996 do Brasil, sendo contudo assimilável a uma cláusula compromissória, pelos seus efeitos futuros. Contudo nada impede sua existência, à vista dos termos do art. 4º § 1º assim redigido: “*A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira*” (sublinhado por nós acrescentado). O que se poderia eventualmente questionar é sobre a possibilidade de tais contratos abarcarem contratos supervenientes aos mesmos. Nas arbitragens internacionais, admite-se a hipótese, pelo efeito de “contaminação” que as cláusulas compromissórias exercem sobre todas as relações entre os contratantes, que já tenham estipulado a via arbitral para a solução de seus litígios num determinado contrato (existência de uma vontade implícita de arbitrar, estando presente os mesmos contratantes).

Comparado, como é sabido, tem um duplo efeito: a. positivo, de obrigar as partes naquela convenção a se socorrerem da arbitragem, no caso de controvérsias a que a mesma se referem; e b. negativo, de impedir o Poder Judiciário de um Estado, de julgar aquelas controvérsias, tendo em vista a existência de uma convenção de arbitragem entre os litigantes. Na verdade, o caráter misto da arbitragem faz, novamente, sua emergência: a convenção de arbitragem é um contrato de fazer, e, ao mesmo tempo, um “contrato judiciário”, que pode ser definido como uma estipulação de caráter privado entre particulares, mas que igualmente produz efeitos entre as partes e em relação aos Poderes Judiciários dos Estados, portanto, com um caráter de um Direito Público.<sup>14</sup> A importância da convenção de arbitragem é de tal ordem, na atualidade, que os tratados e convenções internacionais sobre arbitragem comercial, instituem a obrigação de os Estados, que neles são partes, se estabelecerem nos respectivos ordenamentos jurídicos internos, normas que dêem eficácia aos mencionados efeitos da convenção de arbitragem.

No Brasil, até o advento da Lei n. 9.307, de 23/09/1996, os efeitos positivos de uma cláusula compromissória<sup>15</sup> ou de um compromisso, eram inexistentes. Na verdade, as obrigações de as partes instituírem um árbitro único (pela aceitação de pessoa indicada pela outra parte) ou de formarem um tribunal arbitral (pela indicação de árbitro, por provocação da outra parte), eram configuradas pela Jurisprudência brasileira e pela doutrina dos civilistas, como obrigações de fazer, cuja inadimplência resultava em constituir a parte inadimplente, em devedor de perdas e danos, de difícil ou impossível aferição. Com a entrada em vigor daquela Lei, as obrigações de fazer, contidas na convenção de arbitragem, seja cláusula seja compromisso, ganharam uma realidade, com as possibilidades de acionamento do Poder Judiciário, para suprir a vontade da parte recalcitrante (procedimento judicial contemplado no art. 7º) ou de se colocar em funcionamento eventuais mecanismos automáticos de constituição de tribunais arbitrais, conforme previstos em algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada em arbitragem, que as partes tenham previsto na cláusula compromissória (art. 5º).

---

14. Outra estipulação de natureza privada entre particulares, mas que tem um caráter de Direito Público, por produzir efeitos em relação aos Poderes Judiciários, é a cláusula de eleição de foro, como a cláusula compromissória, igualmente susceptível de determinar a jurisdição dos tribunais judiciários dos Estados.

15. Havia, como ainda se encontra vigente no Brasil, o Protocolo de Genebra sobre cláusulas de arbitragem, assinado sob a égide da Liga das Nações, a 24 de setembro de 1923, promulgado pelo Decreto n. 21.187 de 22 de março de 1932, que jamais foi considerado pela Jurisprudência brasileira, como capaz de produzir efeitos no território nacional.

Quanto aos efeitos negativos da convenção de arbitragem, que são, como se acentuou, verdadeiros fenômenos de natureza processual civil, o Código de Processo Civil, antes da entrada em vigor da Lei n. 9.307, de 23/09/1966, de maneira imperfeita, reconhecia tão-só ao compromisso, o poder de dar causa à extinção de um processo judicial, sem julgamento do mérito, (art. 267, inc. VII), no caso de ser aquele contrato existente e na condição de ser invocado pelo réu, na sua contestação (art. 301 inc. IX). A referida Lei, no seu art. 41, ao ter substituído, nos mencionados artigos do CPC as palavras “compromisso arbitral”, por “convenção arbitral”, estendeu os efeitos negativos, igualmente às cláusulas compromissórias. Claro está que os efeitos negativos da convenção de arbitragem devem ser lidos, em estreita correlação aos seus efeitos positivos: no caso de serem acionados os mecanismos automáticos previstos no art. 5º, os mesmos devem produzir os mesmos resultados jurídicos que os procedimentos judiciais contemplados no art. 7º, ou seja, de extinguir os processos judiciais; contudo, no caso de se tratar de mecanismos contemplados nas funções de órgãos arbitrais ou de entidades especializadas em arbitragens, existe o pressuposto lógico de serem tais órgãos ou entidades constituídos ou sediados no Brasil, levando-se em conta que não se poderia admitir que um órgão ou entidade estrangeiros tivesse o condão de extinguir um processo judicial no País, à vista do art. 90 do CPC,<sup>16</sup> que, proibindo a litispendência internacional (extinguibilidade de um processo judicial no Brasil, por existir um semelhante em curso em outro país), com mais forte razão, proibiria efeitos junto ao Poder Judiciário nacional, de decisões de órgãos privados estrangeiros ou de entidades privadas estrangeiras. Esta questão diz respeito à competência de órgãos do Poder Judiciário brasileiro, e, portanto, constitui matéria de ordem pública, o que impede que qualquer Direito estrangeiro possa substituir o Direito nacional brasileiro neste campo.

Na fase arbitral propriamente dita, que se inicia, nas arbitragens entre particulares, com a instalação do árbitro único ou do tribunal arbitral (no Direito brasileiro, a partir da aceitação das nomeações, pelo árbitro único ou por todos os componentes do tribunal arbitral, cf. art. 19 da Lei n. 9.307/1996), os procedimentos arbitrais desenvolvem-se, conforme as regras que os litigantes direta ou indiretamente instituíram, ou que deixaram ao(s) árbitro(s) fixar. A autonomia da vontade dos litigantes é plena, pois a referida Lei institui tal liberalidade, nos termos do seu art. 24, podendo, no caso, os litigantes ou o(s) árbitro(s) escolherem normas de órgãos ou entidades

---

16. Assim se lê o referido art. 90 do CPC do Brasil: “*A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma e das que lhe são conexas*”.

estrangeiras, para as arbitragens brasileiras, sempre que não haja ofensa à ordem pública brasileira. Na eventualidade de necessidade de medidas cautelares ou de providências constritivas contra terceiros (a exemplo: condução de testemunhas “*sub vara*”, exibição compulsória de livros contábeis, realização de perícia ou para a produção de provas consideradas imprescindíveis para o prosseguimento da arbitragem), cabe ao(s) árbitro(s) e não a um dos litigantes, solicitá-las ao Poder Judiciário brasileiro competente, nos termos do art. 22 e §§ da citada Lei, fato esse que ressalta o caráter processual da arbitragem entre particulares, uma vez que a Lei conferiu ao(s) árbitro(s) legitimidade ativa para acionar o Poder Judiciário, naquelas matérias procedimentais. Trata-se de um procedimento de cooperação entre órgãos judicantes, à semelhança das cargas precatórias intercambiadas entre órgãos do Poder Judiciário nacional, segundo o qual, a autoridade deprecada tem o dever de cumprir com um pedido de outra.

Enfim, na fase pós-arbitral, que, nas arbitragens entre particulares, se inicia com a prolação da sentença arbitral, os direitos constituídos por esta, saem da esfera da arbitragem, que se considera, portanto, terminada (art. 29 da Lei n. 9.307/1996), para integrar o universo “*erga omnes*” dos direitos e deveres entre os litigantes, salvo nas hipóteses de ainda permanecer algum ponto litigioso não-resolvido pelo(s) árbitro(s) (sentenças arbitrais “*citra petita*”), de haver a decisão arbitral sido proferida fora dos limites da convenção arbitral ou de faltar à decisão arbitral um dos requisitos obrigatórios que a Lei exige, hipóteses essas que legitimam o Poder Judiciário, num pedido de decretação da nulidade da sentença, ou em embargos do devedor, ordenar ao(s) árbitro(s) que profiram nova sentença arbitral (art. 33 § 2º inc. II e § 3º da Lei n. 9.307/1996). Esta fase da arbitragem entre particulares se situa eminentemente num campo do processo civil, onde inexistente a autonomia da vontade dos litigantes, uma vez que se trata de efeitos instituídos em relação aos mesmos, mas referenciados ao Poder Judiciário do país em que a arbitragem foi realizada; portanto, é matéria de ordem pública.

### III. A Tipologia das Arbitragens entre Particulares: Arbitragens Nacionais e Arbitragens Estrangeiras.

Relembre-se que a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, é uma Lei brasileira, originária de fontes legisladoras brasileiras e, sendo assim, disciplina ela fenômenos jurídicos acontecidos no Brasil, ou que devem produzir efeitos no território nacional. Não pretende ela ter efeitos além do território nacional e, portanto, não tem efeitos extraterritoriais, ou seja, não poderia regulamentar as arbitragens que podem,

eventualmente, ser válidas em qualquer outra parte do mundo; tais atributos somente podem ser conferidos às arbitragens, através da uma disciplina jurídica conferida por uma norma de fonte internacional, como os tratados e convenções internacionais ou ainda os usos e costumes do comércio internacional. Isto posto, é necessário ressaltar que a Lei brasileira, ademais da sua vocação de disciplinar as arbitragens tipicamente brasileiras, versa unicamente aquelas arbitragens estrangeiras, que se pretende serem válidas e eventualmente exequíveis no Brasil. Portanto, a Lei brasileira somente versa de dois tipos de arbitragens: as brasileiras e as estrangeiras, pouco importando que estas últimas tenham ou não uma nacionalidade, ou que sejam despregadas de qualquer vínculo com legislações nacionais de outros países, que sejam válidas em qualquer lugar do mundo ou ainda regidas por uma “*lex mercatoria*” Portanto, para a Lei brasileira, conforme se verá, as arbitragens ou são brasileiras, com ou sem incidência de leis estrangeiras, ou são estrangeiras.

Na verdade, como existe a possibilidade, por sinal cada vez mais freqüente, sobretudo na área de negócios jurídicos, da presença de elementos estrangeiros nos negócios celebrados no território nacional ou que tenham relação com o Brasil, os quais contaminam as relações jurídicas vigentes no País, com direitos e deveres regulados por normas de outros países, o sistema jurídico nacional deve regular tais fenômenos, em que um elemento de estraneidade relevante se apresenta. Como se sabe, é função do Direito Internacional Privado nacional, determinar a norma, entre a nacional e a estrangeira, que deverá reger aquele fenômeno, onde incidem, ao mesmo tempo, duas ou mais normas de sistemas jurídicos nacionais; no caso do sistema jurídico brasileira, o Direito Internacional Privado se encontra na Lei de Introdução ao Código Civil, (arts. 7º a 19) e na legislação esparsa, que regula os fenômenos vários do Direito, nos aspectos em que emerge a presença de um elemento estrangeiro relevante. Neste particular, na hipótese de numa arbitragem haver a incidência de leis estrangeiras, se a sentença arbitral for proferida no Brasil (*a contrario sensu*, como se verá), ela será brasileira, ainda que haja importantes e muito relevantes vínculos significativos com sistemas jurídicos estrangeiros.

No caso das arbitragens entre particulares, a Lei n. 9.302/1996 regula, no seu Capítulo VI, ementado “Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, insista-se, tão-somente as arbitragens estrangeiras, e não as arbitragens internacionais; quanto às arbitragens nacionais com a incidência de vínculos relevantes com sistemas jurídicos estrangeiros, são elas reguladas nos demais capítulos daquela Lei, ou seja, conforme o mesmo regime jurídico que as arbitragens totalmente nacionais,

com os temperamentos trazidos pelo Direito Internacional Privado brasileiro. As sentenças arbitrais estrangeiras, se fossem as arbitragens unicamente contratos, teriam validade direta no território nacional, mas, sendo igualmente jurisdição, necessitam de um procedimento de sua nacionalização, que tem por finalidade, conferir às arbitragens estrangeiras os mesmos efeitos entre as partes e em relação a terceiros, que uma sentença arbitral nacional produz, e outros efeitos típicos de negócios internacionais (como a necessidade de prova de um título judicial para a remessa de valores para o Exterior) ou ainda tem por fim tornar um título de natureza privada originado no Exterior, num título exequível no Brasil, num eventual processo de execução judicial compulsória.

O legislador brasileiro, dentre os possíveis critérios existentes para a tipificação das arbitragens como sendo estrangeiras,<sup>17</sup> determinou no art. 34 parágrafo único, que fosse o lugar em que a sentença arbitral foi proferida, bem como determinou que tal lugar deverá constar como elemento obrigatório do compromisso arbitral (art. 10 inciso IV). O critério é sem dúvida imperfeito, pois o melhor parece que teria sido conferir uma “sede jurídica” da arbitragem no Brasil ou no Exterior; como se sabe, o “lugar da prática de um ato” não se confunde com “sede jurídica” que significa um universo mais amplo que a simples localização espacial de um negócio através de um dos seus elementos constitutivos, por sinal, o menos relevante, como sua formalização por escrito; o conceito de sede de uma arbitragem, conforme utilizado na maioria das legislações comparadas, é complexo, e se baseia em critérios menos simplistas, tais como “centro de gravidade das arbitragens” “interesses do comércio internacional” “ligações relevantes através de vários elementos de conexão da arbitragem, com uma legislação nacional”

De qualquer forma, respeitada a opção do legislador brasileiro, ainda sobreleva uma dificuldade: nos casos de arbitragens fundadas numa cláusula

---

17. As outras opções se encontram arroladas na Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, da Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional, Uncitral, de 1985, no seu art. 1º § 3º assim redigido: “*Uma arbitragem é internacional quando: a. as partes numa convenção de arbitragem, no momento da conclusão da mencionada convenção, têm seus domicílios em Estados diferentes; b. um dos lugares a seguir mencionados, se encontra situado fora do Estado no qual as partes têm seus domicílios; c. o lugar da arbitragem, se estiver estipulado na convenção de arbitragem ou determinado em virtude da mesma; d. qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações originárias da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio tenha a conexão mais relevante; e. as partes expressamente convencionaram que o objeto da convenção de arbitragem tenha relacionamento com vários países*” Veja-se nosso trabalho “Arbitragem Comercial Internacional o Projeto da Uncitral (Lei Modelo)”, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 83 (jan/dcz) 1988, pp. 176-218.

compromissória, em que as partes tendo deixado ao(s) árbitro(s) ou a um órgão ou instituição arbitral estrangeiros determinarem a norma de procedimento, poderão estes fixar livremente o lugar onde será proferida a sentença, numa arbitragem que, por todos os seus títulos, deveria ter sido realizada no Brasil! Nossa convicção é de que a matéria da determinação do lugar onde será proferida uma sentença arbitral, é matéria de processo civil, portanto de ordem pública, uma vez que, conforme se verá a seguir, implica na determinação do regime jurídico da validade, no território nacional, de um ato privado, com efeitos na competência e jurisdição do Poder Judiciário brasileiro e, inclusive, na determinação do juiz de primeiro grau que terá competência para decretar eventuais medidas cautelares pedidas pelos árbitros, e todo regime das nulidades do compromisso e da sentença arbitral. Na verdade, as arbitragens nacionais produzem os mesmo efeitos entre as partes e seus sucessores que as sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro e, sendo condenatórias, constituem, no Brasil, título executivo (art. 31), bem como se encontram submetidas a controles de validade dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro (em particular, art. 32 e art. 33), ao passo que as arbitragens estrangeiras, somente têm seus efeitos reconhecidos no País e podem ser executadas no território nacional, após sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 35 da Lei brasileira. Por outro lado, nas arbitragens brasileiras, os árbitros têm uma competência paralela àquela dos juízes nacionais de primeiro grau, a ponto de terem legitimidade de pedir, por direito próprio, “medidas coercitivas ou cautelares ao órgão do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa” (art. 22 § 4º); ora, nas arbitragens estrangeiras, mal se vê como poderia um juiz de primeiro grau aceitar um pedido precatório provindo do Exterior (e muito menos o STF, órgão do Poder Judiciário para conhecer, originariamente das arbitragens estrangeiras), sem pelo menos uma chancela do “exequatur” do STF.<sup>18</sup> Ademais, deixar tais incidentes relativos à competência e jurisdição de órgãos do Poder Judiciário brasileiro, ao alvedrio de órgãos e entidades estrangeiras especializados em arbitragem, seria completa subversão de princípios que regem o Processo Civil brasileiro, razão pela qual, a fixação do lugar onde é proferida uma sentença arbitral, pelas conseqüências

---

18. Na verdade, se for considerado que o pedido de um árbitro a um juiz de primeiro grau seja semelhante a uma carta precatória, com mais forte razão um pedido de um árbitro estrangeiro deverá ser assimilado a uma carta rogatória, cuja execução no Brasil, como se sabe, depende do “exequatur” do STF. Outro entendimento, seria dar a um pedido de um árbitro sediado no estrangeiro, mais força de autoexecutoriedade no território nacional, do que um pedido formal advindo de um órgão do Poder Judiciário estrangeiro.

que acarreta, na órbita do processo civil, é uma questão de ordem pública, pois aquela fixação irá determinar se uma arbitragem é brasileira ou estrangeira.

As normas que regem a validação da sentença arbitral estrangeira no território nacional, como se disse, exigem sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Vale a pena transcrever o art. 35 da Lei n. 9.307/1996: “*Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal*” O advérbio “unicamente” constante neste dispositivo da Lei, não foi por acaso: com ele, instituiu-se a competência exclusiva para o STF de conhecer, originariamente, pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, em paridade a sentenças judiciais estrangeiras, tendo-se assim, tornado caducos os precedentes daquela Suprema Corte, que exigiam a apresentação das sentenças arbitrais estrangeiras, homologadas por Poderes Judiciários de outros países.<sup>19</sup> Estando afastado o sistema da dupla homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, a Lei brasileira foi coerente com os princípios que adotou quanto às arbitragens nacionais: se as sentenças arbitrais nacionais não mais dependem de homologação dos juizes de primeiro grau, para produzirem seus efeitos (relembre-se, elas têm o mesmo valor que as sentenças judiciais), igualmente as sentenças arbitrais estrangeiras, independem da homologação dos juizes de primeiro grau estrangeiros, do lugar onde foram proferidas. Por outro lado, pelo fato de ter a Lei afastado a dupla homologação, afastou ela, em definitivo, o fantasma de provar-se haver sido citada a parte residente no Brasil, de conformidade com os procedimentos rogatórios do Regimento Interno do STF, no então exigido processo de homologação da sentença arbitral estrangeira, que tinha curso, quando possível,<sup>20</sup> frente aos Poderes Judiciários estrangeiros.

Outra consequência de tal regime novo da Lei, no relativo às arbitragens estrangeiras, foi o de haver-se dado aos procedimentos citatórios da parte residente ou domiciliada no País, utilizados nas arbitragens, os efeitos de plena validade no Brasil,

---

19. Para uma apreciação da jurisprudência do STF no regime normativo brasileiro, anterior à Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, vejam-se nossos trabalhos: “*Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: Vicissitudes*” Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 78, v. 641, (mar. 1989), pp. 29-57 e “*O Supremo Tribunal Federal e as Arbitragens Comerciais Internacionais: “De Lege Ferenda”*”. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 78, v. 642, (mai. 1989), pp. 38-71.

20. Relembre-se que muitos pedidos de homologação de arbitragens eram repelidos em Judiciários estrangeiros, pela simples razão de que eram pedidos inúteis e inexistentes nas legislações estrangeiras, sendo dado que estas já consideravam as sentenças arbitrais em paridade com as sentenças judiciais locais.

desde que levados a cabo de conformidade com a convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, “*admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegura à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa*” (art. 39, parágrafo único). Sendo assim, o STF, ao homologar uma sentença arbitral estrangeira, não mais poderá invocar a ordem pública e indeferir um pedido de homologação, com a fundamentação de que na arbitragem realizada no Exterior, os procedimentos de citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, não seguiram os moldes e os caminhos impostos pelo Código de Processo Civil brasileiro, para as citações judiciais no País.

Uma análise do capítulo da Lei brasileira sobre arbitragem relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, revela sua perfeita harmonia com as normas das convenções multilaterais internacionais vigentes na maioria dos Estados da atualidade, seja daquelas regionais em que o Brasil é parte, seja daquela universal em que ainda não é parte, tal a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada na sede da ONU, a 16 de junho de 1958. Aquele capítulo é bastante simples: tendo realizado a equiparação da sentença arbitral estrangeira à natureza de uma sentença judiciária estrangeira, a Lei n. 9.307/96 no seu art. 36, manda aplicar os procedimentos homologatórios já existentes no Brasil no concernentes a esta (arts. 483 e 484 do CPC que fazem remissão aos dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal),<sup>21</sup> aos procedimentos homologatórios de sentenças arbitrais estrangeiras. Somente são elencados as necessidades particulares de, nos pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, juntarem-se: “*a. o original da sentença arbitral ou cópia devidamente certificada, autenticada pelo Consulado brasileiro, acompanhada de tradução oficial e b. o original da convenção da arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução*

---

21. Como se sabe, a homologação de uma sentença judiciária estrangeira perante o STF, segue o denominado procedimento delibatório: o magistrado brasileiro, não podendo julgar o mérito do que se encontra decidido pelo Judiciário estrangeiro, ou homologa por inteiro uma decisão judicial, ou não a homologa, sendo-lhe vedado modificar os dispositivos daquela decisão. As causas de denegação da homologabilidade são restritas e encontram-se elencadas no Regimento Interno do STF, de maneira taxativa, no art. 211 (seus efeitos “*atentem contra a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”) e no art. 212: ausência “*de algum dos seguintes requisitos: I- revestir-se das formalidades necessárias à sua execução, segundo as leis do respectivo Estado; II- ter sido proferida por juiz competente, após citação das partes ou verificação de sua revelia, consoante os preceitos legais; III- ser irrecorrível; IV- estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial, dispensada a sua transcrição no registro público*”

*oficial*”<sup>22</sup> Da mesma forma como as causas de denegação da homologação da sentença judiciária estrangeira, as causas de denegação da homologação para o reconhecimento ou execução de sentença estrangeira são taxativas, nos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.307/96, e configuram, igualmente, um procedimento delibatório (que limita o poder do juiz homologador, a meramente conceder ou denegar eficácia no Brasil à sentença arbitral estrangeira, sem que o mesmo possa julgar o mérito do “*decisum*” dos árbitros no Exterior). Tais normas nada mais são do que a transcrição, no ordenamento jurídico nacional, das normas da Convenção de Nova York para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, as quais, por sua importância, conforme reescritas nos dispositivos da Lei brasileira, merecem transcrição “*in verbis*”:

Art. 38 – Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I- as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

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

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

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

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

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

---

22. A equiparação que a Lei n. 9.307/96 faz entre a sentença arbitral estrangeira e a sentença judicial estrangeira, é evidente. Na verdade, tal como o Regimento Interno do STF exige a autenticação pelo cônsul brasileiro de um sentença judicial estrangeira (art. 212 inc. IV), a Lei igualmente exige autenticação consular das sentenças arbitrais estrangeiras. Note-se que, no que se refere à convenção arbitral, por se tratar de um ato privado entre dois particulares, sem a intervenção de árbitro(s), a Lei dispensa sua autenticação consular, no caso de se tratar de cópia, mas tão-somente exige uma cópia certificada, de qualquer modo aceita no Processo Civil brasileiro.

Art. 39 – Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

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

II- a decisão ofender a ordem pública nacional.

Parágrafo único—Não será considerada ofensa à ordem pública nacional, a efetivação de citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país, onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal como prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Finalmente, o art. 40 da Lei n. 9.307/96, permite a renovação pela parte interessada, do mesmo pedido de homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, que tenha sido denegado por vícios formais, “uma vez sanados os vícios apresentados”. A nosso ver, os únicos vícios sanáveis dizem respeito a uma decisão arbitral “*citra petita*” (inc. IV do art. 38), eventualidade em que as partes deverão, de comum acordo, novamente dirigir-se ao(s) árbitro(s) para que completem a sentença arbitral, e a perda de provisoriedade desta, no lugar onde foi proferida (inc. VI), seja por se ter tornado obrigatória, seja pelo fato de sua suspensão por órgão judicial do país daquele lugar sido tornada sem efeito, naquele foro. A nosso ver, os demais vícios são insanáveis numa sentença arbitral estrangeira que já tenha sua homologação sido rejeitada pelo STF.

#### IV. As Arbitragens Internacionais: Suas Fontes Normativas e as Instituições Arbitrais Privadas no Comércio Internacional.

As dificuldades inerentes à tipificação do que seja um contrato internacional, em confronto com os contratos tipicamente nacionais, se refletem na arbitragem entre particulares, pois, como já acentuamos, esta tem um caráter misto de contrato e jurisdição. Por outro lado, a questão da competência internacional dos Poderes Judiciários internos dos Estados, no que se refere à validade de seus atos, nos ordenamentos jurídicos de outros Estados, igualmente se encontra presente no assunto, dada aquela natureza bivalente das arbitragens e ao caráter de assimilação a uma sentença judiciária, que, na atualidade, os laudos arbitrais (perfeito sinônimo de “sentença arbitral”) se revestem. Sendo assim, a arbitragem verdadeiramente internacional, que se denomina arbitragem comercial internacional, seria aquela que estaria ancorada em

normas de natureza internacional, que estariam vigentes no território de qualquer Estado, cuja fase preliminar de existência da arbitragem, e fases pré-arbitral, do procedimento arbitral e fase pós-arbitral, estariam reguladas por normas de extração internacional, em particular: tratados e convenções multilaterais entre os Estados e sobremaneira os usos e costumes do comércio internacional. De igual forma importa notar, que, em princípio, uma arbitragem comercial internacional, por pretender ter uma validade em qualquer lugar do mundo, no pressuposto de que existiria uma relativa harmonia ou unificação entre normas internas dos Estados, dispensaria a necessidade de se ter de escolher entre normas conflitantes, e, portanto, nela, o Direito Internacional Privado não teria guarida. Enfim, o lugar da sede da arbitragem comercial internacional seria um incidente de importância menor, unicamente importante para as eventuais providências e medidas compulsórias solicitadas a um Poder Judiciário local, tendo em vista que elas se tipificam como “internacionais”, ou seja, “estrangeiras” em qualquer parte do mundo. Isto posto, a atribuição de uma “nacionalidade” a uma arbitragem comercial internacional, teria efeitos bastante limitados, quando seus atos fossem apreciados por autoridades administrativas internas dos Estados, em particular, seus Poderes Judiciários.<sup>23</sup>

Na verdade, a doutrina internacionalista tem admitido a existência de uma “*lex mercatoria*” um verdadeiro “*corpus juridicus*” composto de normas jurídicas, que regeriam as arbitragens comerciais internacionais. Tais normas seriam um “*jus scriptum*” constante de tratados ou convenções multilaterais ou de atos unilaterais de organizações interestatais, como a ONU ou a OEA, e/ou expressas em normas costumeiras do comércio internacional ou em decisões arbitrais repetidas, proferidas por árbitros únicos ou por tribunais arbitrais, constituídos sob a égide de órgãos ou instituições privadas especializadas em arbitragem, de fama internacional, entidades essas que têm um corpo de regras e decisões colegiadas, e, sobretudo, normas declaradas em várias decisões arbitrais pelo mundo afora, e que uma substancial contribuição da doutrina comparada internacional tem procurado tipificar e analisar.

---

23. Na qualificação de uma arbitragem pela nacionalidade de um país, são possíveis critérios variados, como a nacionalidade do árbitro ou do superárbitro, o lugar de prolação da sentença arbitral, a nacionalidade da lei que regula a arbitragem como um todo, ou, eventualmente, a lei que regula a fase pré-arbitral, em particular, a validade e efeitos da convenção arbitral. Dentre os efeitos da atribuição, num foro nacional, de uma nacionalidade a uma arbitragem comercial internacional, estariam, eventualmente, razões de discriminação contra determinados Estados, por motivos de reciprocidade ou os condenáveis de retorsão comercial.

Conforme já nos expressamos, “*nos dias correntes, existe uma simbiose quase que necessária entre o instituto da arbitragem e o comércio internacional. A extraordinária expansão das relações econômicas, nomeadamente as comerciais, entre pessoas submetidas a sistemas jurídicos nacionais distintos, nos nossos dias, coincide com um revigoração do instituto da arbitragem, sobretudo naqueles negócios que necessitam de soluções expeditas e especializadas, na eventualidade de litígios que venham a surgir entre parceiros. Os negócios internacionais, na verdade, em apenas alguns aspectos limitados, podem ser assimilados àqueles que nascem, se desenvolvem e se esgotam inteiramente dentro de um sistema jurídico nacional: a presença de elementos estrangeiros relevantes, pode torná-los institutos mistos, entre aqueles do Direito brasileiro e de outros países, nos quais, na eventualidade de controvérsias sobre sua interpretação e aplicação, se necessitem examinadores e/ou julgadores com um conhecimento diferente de quem se acha habituado a unicamente ter à vista o Direito brasileiro. Pode-se dizer, com toda certeza, que o atual prestígio do instituto da arbitragem, nada mais representa que a consagração de um meio de soluções de controvérsias, num mundo globalizado, cada vez mais distante das soluções propiciadas exclusivamente por leis nacionais*”

Os tratados e convenções multilaterais internacionais sobre arbitragem comercial internacional, fenômeno recente na história das relações internacionais, cumprem com uma dupla função: a. estabelecem padrões normativos internacionais, com a obrigação de os Estados-partes adequarem suas legislações internas, aos mesmos (funções de um direito uniforme ou de uma harmonização das legislações nacionais, seja no que respeita às leis que regulam a arbitragem como um todo, seja no que respeita às normas do processo civil, no que respeita à validade das sentenças arbitrais); b. constituem normas que o(s) árbitro(s) do comércio internacional aplica(m) diretamente, nas arbitragens comerciais internacionais nas quais devem decidir. Podem ser classificados em três tipos:

a. *universais*, abertos a todos os Estados da atualidade, tal a Convenção de Nova York para o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10/VI/1958, elaborada sob a égide da ONU e que, na atualidade, juntamente com a Convenção do BIRD, de 18/III/1965 (veja-se além), constitui os dois grandes pilares das arbitragens internacionais, os quais agrupam elas os Estados mais importantes para o comércio internacional nos dias correntes. Deve dizer-se que o Brasil, até o momento, unicamente permanece ligado ao Protocolo, de 1923, como um importante Estado do comércio internacional, solitário, neste diploma legislativo internacional de caráter

mumificado,<sup>24</sup> o qual continua regendo as relações entre os particulares nacionais, domiciliados ou residentes naqueles países, que, por não serem partes da Convenção de Nova York, ainda permanecem partes do mesmo: Albânia, Birmânia, Congo (ex-Zaire), Gâmbia, Guiana, Iraque, Jamaica, Malta, Ilhas Maurício, Paquistão e Zâmbia.<sup>25</sup>

b. *regionais*, circunscritas a Estados de uma determinada região geográfica, das quais se destacam duas, no continente americano, elaboradas sob a égide da Organização dos Estados Americanos, a OEA, e vigentes na órbita internacional: 1) a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá, a 30/01/1975 (cópia aperfeiçoada da Convenção de Nova York, de 1958), que o Brasil assinou e promulgou como lei interna, pelo Decreto n. 1.902 de 09/05/1996, a qual apresenta grande interesse para o Brasil, tendo em vista que por ela se podem regular as relações comerciais, no campo da arbitragem, entre parceiros comerciais submetidos à Lei brasileira e ao Direito norte-americano e b) a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, adotada em Montevideu, em 1979, assinada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 2.411 de 2/08/1997

c. *sub-regionais*, naqueles tipos de organizações de integração econômica regional, que não adotaram procedimentos judiciais (tribunais judiciários institucionalizados) para a solução de litígios comerciais, como no Nafta (North American Free Trade Association) e, em especial, no Mercosul, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (estes países, Estados associados ao Mercosul), aprovados pela Resolução CMC n. 03/98, de 23/07/1998, ambos, nos dias correntes, em processo de aprovação pelo Poder Legislativo brasileiro, para fins de ratificação. No que respeita a facilidades para o reconhecimento de sentenças arbitrais comerciais prolatados no âmbito do Mercosul, no território dos Estados-partes, ainda há de referir-se às normas do Protocolo de Las Leñas, de 23/09/1992, sobre Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial,

---

24. Há notícias de já ter sido enviada Mensagem Presidencial à Câmara de Deputados, com o texto da Convenção de Nova York, para fins de aprovação legislativa, o que permitirá ao Brasil aderir à mesma.

25. De acordo com o art. VII § 2o da Convenção de Nova York, o Protocolo de Genebra, de 1923, foi revogado para os países que assinaram aquela Convenção ou a ela aderiram. Confira-se, *apud* Ph. Fouchard, E. Gaillard e G. Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris, LITEC, 1996, p. 140 § 241.

Trabalhista e Administrativa (em especial, arts. 16 a 24),<sup>26</sup> no Brasil promulgado pelo Decreto n. 2.067, de 12/11/1996, e ao Protocolo de Buenos Aires, de 1994, sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (especialmente art. 4º, inc. 2º), no Brasil promulgado pelo Decreto n. 2.095, de 17/12/1996.

Fato relevante a considerar no presente tema, é que os mencionados característicos da arbitragem, que a tornam um instituto mais adequado a resolver litígios entre negociantes internacionais, comparativamente aos procedimentos judiciais internos dos Estados, tem sido observados, de maneira pragmática, no correr do Séc. XX, pelos grandes agentes do comércio internacional, os particulares. Foi por sua iniciativa que relevantes instituições propiciadoras de serviços relacionados à arbitragem comercial internacional tem sido constituídos, em todas as praças comerciais do mundo, alguns de natureza geral, como a Corte de Arbitragem<sup>27</sup> da Câmara de Comércio Internacional de Paris, a prestigiada CCI, ou a *London Court of International Arbitration*, outros, especializados em determinados assuntos como o comércio de café, de cacau, de obras cinematográficas, para citar apenas alguns temas. Na verdade, as mais relevantes câmaras de comércio bilaterais existentes no mundo, possuem um centro ou uma comissão de arbitragem, que copiaram os serviços e regras oferecidos pela CCI. Em data recente, a 1993, por iniciativa dos Estados, foi instituído, junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a OMPI, com sede em Genebra, como um órgão daquela organização internacional, um Centro de Arbitragem e Mediação, destinado a solucionar disputas entre particulares, em matéria de propriedade industrial e de direitos de autor e conexos e que apesar de sua infância, já se tem notabilizado por resolver litígios internacionais em matéria de Informática Jurídica, em particular, no relativo a nomes de domínio na Internet, em confronto com nomes e marcas comerciais.

Tais centros ou comissões de arbitragem institucional, que não devem ser confundidos com um árbitro único ou com um tribunal arbitral (este, por vezes igualmente denominado de comissão arbitral), os quais são os julgadores eleitos pelas partes, através da intervenção daqueles centros ou comissões de arbitragem, se constituem de quatro elementos:

---

26. O Protocolo de Las Leñas facilitou o trâmite do processo de reconhecimento das sentenças arbitrais providas de países do Mercosul, perante o STF, conferindo-lhes um trâmite de cartas rogatórias, e por intermédio de autoridades centrais designadas pelos Estados.

27. Em que pese sua denominação, não se trata de uma corte composta de árbitros, mas de uma comissão composta de ilustres personalidades eleitas em várias partes do mundo, segundo critérios daquela organização privada.

a. um corpo de regras sobre os modos de se proceder para a investidura de um árbitro único ou a constituição de um tribunal arbitral;

b. um conjunto de regras mínimas sobre o procedimento a ser seguido pelo árbitro único ou pelo tribunal arbitral no decorrer da arbitragem, bem como sobre indicação do direito material a ser aplicado, normas todas de caráter supletivo, que podem ser alteradas pelas partes litigantes;

c. normas que instituem um corpo de funcionários, com a particular incumbência de auxiliarem, na constituição do tribunal arbitral (recebimento e remessa de notificações entre os litigantes, indicação de árbitro, em caso de impossibilidade ou de recusa de indicação pela parte litigante, indicação de superárbitro, em casos semelhantes), de auxiliarem nos procedimentos arbitrais (fornecimento de serviços de secretariado) e, enfim, de guarda dos atos produzidos durante tais procedimento, nomeadamente, do laudo arbitral e, finalmente,

d. uma lista com nomes de pessoas (eventualmente também de instituições), da qual podem ser retirados os nomes de eventuais árbitros e/ou superárbitros e seus possíveis substitutos, a serem nomeados pelos litigantes, se assim o desejarem.

Enfim, o presente estudo não ficaria completo, sem referência obrigatória a uma forma especial de arbitragem, já referida, ou seja, a arbitragem entre um Estado e um particular estrangeiro, que se encontra regulamentada, em nível internacional, pela Convenção de Washington, de 18/03/1965, sob os auspícios do Banco Mundial, que instituiu o Centro Internacional para a Resoluções de Disputas Relativas a Investimentos, o CIRDI (ou, em inglês ICSID). Na verdade, a Convenção CIRDI de Washington contempla aqueles quatro elementos que compõem as arbitragens institucionais típicas entre particulares, anteriormente mencionados: um corpo de regras de constituição e investidura dos julgadores arbitrais, um conjunto de regras supletivas sobre procedimentos e direito aplicável à substância do litígio, dispositivos sobre atribuições a funcionários do Centro e, finalmente, uma lista com nomes de pessoas elegíveis a árbitros e/ou superárbitros. Note-se que o Brasil não assinou nem aderiu à Convenção de Washington, de 1965, não sendo, portanto, parte do CIRDI, que, como se sabe, é uma das entidades que constituem o que se denomina o Grupo do Banco Mundial.<sup>28</sup>

---

28. Os componentes do denominado "Grupo do Banco Mundial", são: o próprio Banco Mundial (ou seja, o BIRD), a Corporação Financeira Internacional (CFI), a Agência Internacional de Desenvolvimento (AID), o CIRDI, e a Agência Internacional de Garantia de Investimentos (o denominado MIGA, a partir da sigla de sua denominação em inglês). Como se disse, o Brasil somente não é parte do CIRDI.

## V. Perspectivas das Arbitragens Estrangeiras e das Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil.

No caso de ser considerada pelo Supremo Tribunal Federal, uma norma que não conflita com a vigente Constituição Federal do Brasil,<sup>29</sup> a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, colocará o País, no devido lugar que lhe cabe, como um “*global trade*”, que ele é, e que portanto, deve oferecer aos agentes do comércio internacional, a solução mais apropriada para eventuais conflitos que venham a surgir no campo dos negócios celebrados no Brasil, com vínculos relevantes vinculados às legislações estrangeiras ou em negócios internacionais. A adoção daquela Lei não representou uma necessidade isolada do País de adequar seu sistema de soluções de litígios internos, a medidas universalmente dominantes na atualidade, mas antes deve ser interpretada como uma imposição resultante da economia vigente nos dias correntes, de início de século, qual seja, da formação de blocos de integração econômica regional. Na verdade, a quantidade de normas referentes à arbitragem, que regem as relações entre particulares no Mercosul, provam tal assertiva.

No que se refere à adequação da Lei brasileira às normas internacionais, acreditamos que a mesma é das mais perfeitas. Não-só a Lei n. 9.307/96 encontra-se coerente com as normas de convenções internacionais regionais vigentes no País, como a Convenção Interamericana do Panamá, mas também baseou-se no modelo preconizado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, a Uncitral, a qual extraiu da maioria das legislações internas dos Estados mais importantes da atualidade, os princípios e regras jurídicas neles encontrados, como compendiou usos e costumes do comércio internacional, na forma de sua Lei Modelo, de 1985, que constitui um perfeito paradigma para legislações nacionais sobre arbitragem.

Deve ressaltar-se, igualmente, como já o fizemos, que a Lei n. 9.307/96 se encontra perfeitamente concatenada aos princípios e normas da Convenção de Nova

---

29. Como se sabe, encontra-se, desde novembro de 2000, em julgamento pendente perante o STF, no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira, N. 5206-7 Reino da Espanha, sendo partes M. B. V. Commercial and Export Management Establishment (agravante) e Resil Indústria e Comércio Ltda (agravada), um pedido de homologação de laudo arbitral estrangeiro, prolatado na Espanha, cujo pedido fora encaminhado de comum acordo entre as partes, com a finalidade de constituir-se um título judicial, para efeitos de remessa de divisas ao Exterior. Numa ação incidental, o Ministro Relator invocou a constitucionalidade da Lei n. 9307, de 23/09/1996, na parte que confere efeitos processuais à convenção de arbitragem, em particular os negativos. Lei essa que, conforme seu voto, estaria em conflito com a norma da Constituição Federal, de 1988, contida no art. 5o, inciso XXXV, assim redigida: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada na sede da ONU, a 16 de junho de 1958 e que, como já constatado, constitui a norma por excelência que rege as arbitragens que incidem nas relações do comércio internacional, em nível mundial.

Ora, estando a Lei brasileira sobre arbitragem numa situação da mais plena conformidade com aquela Convenção de Nova York, poderia haver a indagação de ainda ser necessário, para aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional da arbitragem, a adesão àquela Convenção.

Nossa resposta é obviamente pela afirmativa. Bastaria analisar a reação de investidores estrangeiros ou de negociantes internacionais, inclusive norte-americanos (que desconhecem a Convenção Interamericana do Panamá), de perplexidade frente a uma situação de um País como o Brasil, que, na esfera internacional, ainda não se comprometeu, perante a comunidade dos Estados, a conferir às arbitragens estrangeiras, ou naquelas em que há um elemento estrangeiro relevante, uma eficácia no seu ordenamento jurídico interno, conforme a esmagadora maioria dos Estados da atualidade o fazem!

São Paulo, março de 2001.