ROBERTA CORREA GOUVEIA FERRO

**ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL
FRENTE À CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958**

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2006**

ROBERTA CORREA GOUVEIA FERRO

**ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL
FRENTE À CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob orientação do Professor Doutor Cláudio Finkelstein.

SÃO PAULO – 2006

BANCA EXAMINADORA

*Aos meus pais, Paulo e Graça, em
agradecimento pelo estímulo aos estudos e
pela educação amorosa.*

*Ao meu marido Mauricio, pelo
companheirismo e torcida.*

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é o resultado não só de pesquisa realizada ao longo dos últimos anos, mas também, e principalmente, das muitas contribuições e estímulos recebidos de familiares e amigos, a quem não poderia deixar de agradecer.

Ao meu orientador, Professor Cláudio Finkelstein, exemplo de generosidade e inspiração acadêmica, pela constante atenção concedida desde o início do curso de mestrado, orientando-me na escolha das disciplinas a serem cursadas, tema desenvolvido, até a conclusão da dissertação.

Ao Professor Ricardo Hasson Sayeg pelo apoio e incentivo ao magistério, de quem fui assistente no curso de graduação da PUC-SP, desde a conclusão do bacharelado.

Ao Professor João Bosco Lee pelas indicações das obras estrangeiras a serem pesquisadas.

À Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), à Comissão de Bolsas da PUC-SP, aos Professores Paulo de Barros Carvalho, Maria Garcia, Heleno Tôrres e aos amigos Terezinha Domingos e Ruy Domingo, pelo apoio durante o tempo que cursei com bolsa e ainda pela amizade conquistada durante a época em que fiz parte da Comissão.

A Marina Carvalho pelo auxílio na pesquisa de material e aos amigos e professores que direta ou indiretamente me ajudaram a concretizar o trabalho.

RESUMO

Objetiva esta dissertação discutir a importância da arbitragem internacional e, em especial, a relevância da ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 e seus reflexos no comércio internacional.

Para tanto, efetua um amplo estudo da Convenção de Nova Iorque de 1958, visando contextualizá-la dentro da arbitragem internacional e suas fontes e culmina com o posicionamento dos tribunais no Brasil e em outros países quanto o reconhecimento e execução dos laudos arbitrais estrangeiros.

A arbitragem é um meio de solução de controvérsias muito utilizado, especialmente no comércio internacional, em razão da sua confidencialidade, conhecimento dos árbitros, liberdade de escolha da lei aplicável ao mérito do litígio e por ser mais flexível que a via judicial, entre outros aspectos.

Ademais, a possibilidade ou não da execução do laudo arbitral é fator preponderante às partes para decidir se vão ou não arbitrar uma causa em determinada jurisdição.

A ratificação da Convenção pelo Brasil em 2002, objeto do estudo, além de inserir definitivamente o país no rol dos atores do comércio internacional, certamente irá influenciar o crescimento de suas relações comerciais internacionais e, conseqüentemente, da arbitragem em nosso país.

ABSTRACT

The essay intends to discuss about the importance of the international arbitration, especially regarding the recently ratified New York Arbitration Convention of 1958 and its consequences for the international commerce.

Therefore, it makes a detailed study of the New York Convention of 1958, aiming at contextualizing in the international arbitration and its sources and ends with the position of the Brazilian courts and of other countries regarding the recognition and enforcement of the arbitral awards.

Arbitration is a way of resolution of controversies very used, especially among the international traders, because of its confidentiality, expertise of the arbitrators, free choice of the law applicable to the merit of the litigation, being more flexible than the judicial proceeding among others aspects.

Also, the possibility or not of the enforcement of the award is a key factor to the parties decision of arbitration regarding a controversy in a determinate jurisdiction.

The ratification of the Convention by Brazil on 2002, object of the present dissertation, besides insering definitely our country in the hall of the players of the international commerce, certainly will influence the growing of its international commercial relations and consequently the arbitration in our country.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ARBITRAGEM INTERNACIONAL	14
1.1 Contexto histórico da Convenção de Nova Iorque	14
1.2 Natureza jurídica.....	16
1.2.1 Contratualista ou privatista	16
1.2.2 Publicista ou jurisdicional.....	18
1.2.3 Híbrida ou mista.....	19
1.2.4 Autônoma.....	21
1.3 Conceito	22
1.4 Diferença entre arbitragem interna e internacional.....	23
2 FONTES DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	27
2.1 Fontes privadas	27
2.1.1 Regulamentos de arbitragem	28
2.1.2 <i>Lex mercatoria</i> e sentenças arbitrais.....	30
2.2 Fontes públicas de origem internacional	36
2.2.1 Fontes públicas de caráter facultativo.....	36
2.2.1.1 Regras de Arbitragem da UNCITRAL	37
2.2.1.2 Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL.....	38
2.2.2 Fontes públicas de caráter obrigatório	40
2.3 Convenções internacionais multilaterais	41
2.3.1 Convenções a vocação universal	42
2.3.1.1 Protocolo de Genebra de 1923.....	42
2.3.1.2 Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927	43
2.3.2 Convenções a vocação regional	44
2.3.2.1 Convenção do Panamá de 1975	44
2.3.2.2 Convenção de Montevideu de 1979.....	47
2.3.2.3 Protocolo de Las Leñas de 1992	48
2.3.2.4 Acordo de Buenos Aires de 1998	51

3 CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958	52
3.1 Campo de aplicação	53
3.1.1 Reserva de reciprocidade	54
3.1.2 Nacionalidade das partes	55
3.1.3 Internacionalidade do objeto.....	55
3.1.4 Reserva de comercialidade	58
3.1.5 Convenção de arbitragem	59
3.1.5.1 Cláusula compromissória e compromisso arbitral.....	60
3.1.5.2 Execução do acordo de arbitragem.....	65
3.1.6 Retroatividade.....	67
3.1.7 Conflito entre a Convenção de Nova Iorque e outros textos	68
3.2 Execução do acordo de arbitragem.....	72
3.2.1 Requisitos formais	75
3.2.2 Outras condições para a execução da convenção de arbitragem	79
3.2.3 Efeitos da não observância de vícios na convenção de arbitragem	81
3.2.3.1 Nulo e sem efeitos.....	83
3.2.3.2 Inoperante	84
3.2.3.3 Inexequível.....	86
3.3 Execução do laudo arbitral	87
3.3.1 Aspectos formais.....	91
3.3.2 Razões para a inexecutabilidade de um laudo arbitral	93
3.3.3 Hipóteses para a inexecutabilidade do laudo arbitral estrangeiro	95
3.3.3.1 Incapacidade das partes	96
3.3.3.2 Invalidade da convenção de arbitragem.....	99
3.3.3.3 Violação do devido processo legal	104
3.3.3.4 Excesso de autoridade do árbitro	110
3.3.3.5 Inconformidade da composição do tribunal arbitral ou do procedimento arbitral	114
3.3.3.6 Sentença arbitral não obrigatória	116
3.3.4 Arbitrabilidade e ordem pública	119
3.3.5 Princípio da eficácia máxima.....	125
4. CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

ANEXO I – CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS DE NOVA IORQUE, DE 1958	142
ANEXO II – LEI N. 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 (LEI DE ARBITRAGEM).....	148

INTRODUÇÃO

A arbitragem internacional é um instituto cada vez mais utilizado pelos operadores do comércio internacional, em vista da ausência de agilidade do processo judicial e da falta de familiaridade dos juízes com os diversos sistemas jurídicos e procedimentos judiciais estrangeiros.

Nesse aspecto, a arbitragem abre larga vantagem, pois as partes podem antecipar a lei a ser aplicada, além de poder indicar como árbitro um *expert* ou uma instituição especializada para decidir a questão.

Além dessas e outras vantagens, também contribuiu para o crescimento do uso da arbitragem como uma alternativa de solução de controvérsias o fato de, por construção jurisprudencial (Protocolo de Genebra de 1923 e Convenção de Nova Iorque de 1958), o laudo arbitral poder ser executado em diversos países e o mérito da decisão não poder mais ser discutido pelo Poder Judiciário.¹

A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958² e ratificada por 137 países até a elaboração desta dissertação, entre eles os principais atores do comércio internacional e países em desenvolvimento, é considerada como a mais importante convenção sobre arbitragem do mundo.

Em razão de tanta importância e uso indiscriminado em várias jurisdições é que se faz necessária uma interpretação harmoniosa da Convenção pelos tribunais.

¹ O Brasil adota o juízo de delibação moderado, ou seja, para que a homologação de um laudo arbitral estrangeiro possa ser concretizada, compete ao Superior Tribunal de Justiça apenas observar se a sentença arbitral estrangeira cumpriu determinadas formalidades, sem contudo adentrar no mérito da decisão estrangeira, a menos que seja necessário aferir ofensa à ordem pública, bens costumes ou soberania nacional. Nesse sentido, ver: FINKELSTEIN, Cláudio. Alterações constitucionais em temas de direito internacional. In: TAVARES André Ramos; LENZA Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada: Emenda Constitucional 45/2004*. São Paulo: Método, 2005. p. 124.

² Ver Anexo I.

Para tanto, é adotado o método de comparação de precedentes, ou seja, graças à publicação dos casos proferidos em algumas instituições respeitadas, como a Câmara de Comércio Internacional, é possível analisar como os países-convenientes estão adotando a Convenção.³

Outros instrumentos indispensáveis para a interpretação da Convenção são as regras de interpretação contidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados de 1986 e, ainda, o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Laudo Arbitral Estrangeiro de 1927.

Todavia, como ensina Albert Jan van den Berg, “a arbitragem comercial internacional atual não pode funcionar sem a assistência das Cortes nacionais. A Convenção de Nova Iorque é construída sob esse princípio. Pode ser dito que a Convenção efetivamente deriva da autoridade das Cortes nacionais. A maneira que elas interpretam e aplicam a Convenção é a principal fonte de sua efetividade”.⁴

Isso ocorre porque, para que um laudo ou uma sentença arbitral seja executado, necessariamente deve passar pelos tribunais nacionais, a não ser que a parte demandada resolva adimplir ao laudo proferido espontaneamente.

Assim, para que a Convenção de Nova Iorque, um instrumento criado para otimizar o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, em outros países tenha sua eficácia garantida, mister se faz que os tribunais nacionais a conheçam e a apliquem de maneira harmônica, para trazer mais credibilidade à Convenção.

Esta dissertação visa apresentar a importância da Convenção de Nova Iorque para a arbitragem internacional e sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico.

³ A adoção de um *comparative caselaw method* é apontada como uma solução por Albert Jan van den Berg (*The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. The Hague: Kluwer Law International, 1981. p. 2).

⁴ No original: “*Current international commercial arbitration cannot function without the assistance of the national courts. The New York Convention is built upon this principle. It can even be said that the Convention effectively derives its authority from the national courts. The manner in which they interpret and apply the Convention is the main source of its effectiveness*” (VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 5 – Nossa tradução).

Analisaremos no primeiro capítulo a arbitragem internacional, sua natureza jurídica e seu conceito. Em seguida, desenvolveremos as fontes da arbitragem internacional, visando contextualizar a Convenção de Nova Iorque de 1958.

O terceiro capítulo buscará detalhar a Convenção, trazendo seu campo de aplicação, as reservas que podem ser adotadas pelos países que a ratificam e a questão da retroatividade, entre outros assuntos relevantes.

E, por fim, será apresentada a questão da aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque no nosso ordenamento interno, da visão dos nossos tribunais quando da homologação dos laudos arbitrais estrangeiros e também em outros países que aderiram à Convenção.

Procuraremos ainda destacar a importância da Convenção de Nova Iorque para a arbitragem comercial internacional, bem como o reflexo positivo que a sua ratificação trouxe para as relações comerciais do Brasil. A partir dela, o Brasil recebeu um *label*⁵ que demonstra ser um país que realmente se preocupa em fazer parte do comércio internacional, assegurando aos participantes a certeza e a previsibilidade necessária ao comerciante internacional.

Dessa forma, após a edição da Lei de Arbitragem em 1996⁶, e com a ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958, o Brasil demonstrou à comunidade internacional ser um país em que a arbitragem internacional é respeitada, o que certamente contribuirá para o crescimento das relações internacionais do país, reduzindo parte da incerteza quanto ao Judiciário, item que compõe e influi na determinação do risco-Brasil.

⁵ Label s. rótulo, etiqueta; marca; etc. (HOUAISS, Antonio. Dicionário Inglês Português Websters. Rio de Janeiro, Record, 1982. p. 438).

⁶ Lei n. 9.307, de 23.09.1996 – Anexo II.

1. ARBITRAGEM INTERNACIONAL

1.1 Contexto histórico da Convenção de Nova Iorque

A origem da arbitragem internacional remonta à Idade Média. Segundo Irineu Strenger, “era o método que regulava as divergências entre comerciantes, com a adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da moderna *lex mercatoria*”.⁷

Ainda no início do século XX, a arbitragem comercial internacional baseava-se apenas em leis arbitrais domésticas. Entretanto, as autoridades judiciais mostravam-se muito receosas a respeito do uso desse sistema que estava sendo estabelecido para a resolução de conflitos comerciais.

Segundo Albert Jan van den Berg, após o fim da Primeira Guerra Mundial, a recém criada Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce – ICC) promoveu uma convenção internacional, em vista do aumento do uso da arbitragem comercial internacional. Naquela época, o principal obstáculo era tornar a cláusula arbitral eficaz para conflito futuros. Daquela iniciativa resultou o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923.⁸

Em linhas gerais, o Protocolo de Genebra declarou válida a cláusula arbitral sobre disputas existentes ou futuras, e ainda determinou que o Estado contratante remetesse o caso para arbitragem, se as partes tivessem acordado dessa forma.

Após a consolidação da validade e executabilidade da cláusula arbitral, não custou muito para que o próximo passo fosse a questão da execução da sentença arbitral.

Nesse sentido, em 1927 foi concluída a Convenção de Genebra sobre Execuções de Laudos Arbitrais Estrangeiros, um trabalho realizado pela Liga das Nações.

⁷ STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996. p. 23.

⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 7.

A Convenção de Genebra de 1927 buscava a execução dos laudos arbitrais proferidos nos contratos de arbitragem em conformidade com o Protocolo de Genebra de 1923.

O Protocolo e a Convenção de Genebra constituíram um grande progresso para a arbitragem internacional na sua época, contudo o seu campo de aplicação ainda era limitado.

Para que fosse aplicável, a sentença arbitral deveria ser proferida num país contratante, ou seja, que tivesse aderido à Convenção. Além disso, existia a necessidade de que ela fosse reconhecida no país de origem para ser considerada uma sentença final, e posteriormente deveria ser reconhecida no país em que seria executada.

Esse entendimento das cortes deu origem ao chamado duplo *exequatur*.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o intuito de tornar a arbitragem comercial internacional mais abrangente, a Câmara de Comércio Internacional criou um projeto que visava principalmente uma arbitragem que não fosse regulada por uma lei nacional.⁹

Esse projeto não foi bem aceito entre os países, e foi então que em 1955 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) apresentou um projeto semelhante aos Tratados de Genebra.

O Projeto de Convenção do ECOSOC foi estudado por diversos países, que fizeram suas observações e comentários, a partir dos quais a ECOSOC organizou a Conferência de Arbitragem Comercial Internacional, que ocorreu em Nova Iorque, em 1958.

⁹ SANTOS, Theophilo de Azeredo. A Convenção de Nova York. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 434-440.

Dessa conferência resultou a criação e adoção da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque de 1958, que estudaremos detalhadamente no Capítulo 3.¹⁰

1.2 Natureza jurídica

José Cretella Neto ensina que “estabelecer a natureza jurídica da arbitragem é (...) não apenas mero exercício conceitual, mas passo importante da compreensão do fenômeno e dos efeitos que provoca no mundo do Direito”.¹¹

Na tentativa de classificar a arbitragem, existem posições extremadas que consideram sua natureza contratualista ou jurisdicional. Há ainda outras vertentes, talvez menos científicas, que mesclam ambos os conceitos, e, por fim, uma corrente mais inovadora que considera a natureza desse instituto como autônoma.

Passaremos a seguir a analisar cada uma dessas correntes:

1.2.1 Contratualista ou privatista

Defende a corrente privatista a natureza contratual da arbitragem, em razão de ser acordada em convenção particular, renunciando as partes à jurisdição estatal.

Outro fundamento é que os poderes dos árbitros são delimitados através de acordo entre as partes. As partes escolhem os árbitros, o local da arbitragem e o procedimento a ser adotado, ou seja, a autonomia da vontade das partes prevalece em relação ao procedimento judicial comum.

¹⁰ Sobre o efeito da Convenção de Nova Iorque no Brasil, ver: MAGALHÃES, José Carlos. A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5, n. 18, p. 309-318, out./dez. 2002.

¹¹ CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

Aqui se abre um parêntese para esclarecer que a autonomia da vontade, neste contexto, exercida sob a égide da autonomia privada¹², é a liberdade que as partes têm para fixar livremente os termos da arbitragem, dentro dos limites da lei e da ordem jurídica.¹³

Vale notar que, sob o ponto de vista da teoria geral do direito, não se confunde autonomia da vontade e liberdade contratual. No primeiro caso, a autonomia da vontade é algo intrínseco ao indivíduo, por outro lado, a liberdade contratual está inserida na autonomia da vontade, pois é a liberdade que um sujeito tem para contratar ou deixar de contratar, escolher a outra parte e fixar suas condições.¹⁴

Cláudio Finkelstein traça um paralelo entre a autonomia privada, autonomia da vontade e a liberdade contratual imaginando um quadro, em que a autonomia privada é a moldura, ou seja, o exercício pelo Estado de atividade legislativa, a autonomia da vontade a tela, que fixa os limites da atuação das partes, e a liberdade contratual a própria pintura, isto é, o pleno exercício da liberdade atribuída às partes.¹⁵

Especificamente para a arbitragem na ordem internacional, a autonomia da vontade das partes é vista como a liberdade delas escolherem a lei aplicável ao mérito do litígio.¹⁶

Feita essa distinção, retornemos à corrente contratualista, em que os árbitros seriam uma espécie de representantes das partes, e o laudo arbitral produzido a vontade comum delas.

Os poderes dos árbitros são limitados, pois eles não têm os poderes inerentes à jurisdição estatal, não podendo impor medidas coercitivas de execução.

¹² Heleno Tórres define autonomia privada como sendo “o poder conferido constitucionalmente aos particulares para que estes possam criar normas jurídicas visando à constituição de situações jurídicas, fundando direitos subjetivos sobre bens disponíveis, sob tutela e garantia do Estado” (*Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107).

¹³ ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49.

¹⁴ TÔRRES, Heleno, *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*, cit., p. 124.

¹⁵ Notas de aula ministrada no Curso de Pós-graduação em Direito das Relações Econômicas da PUC-SP.

¹⁶ ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, cit., p. 49.

O poder dos árbitros advém das próprias partes, depende da vontade delas, no sentido de que a parte sucumbente cumpre o laudo arbitral por livre e espontânea vontade, caso contrário a outra parte terá que executá-la judicialmente.

Em razão da falta de coercitividade, considera-se a arbitragem como de natureza contratual. Tal fato se evidenciava na necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário local, para que pudesse produzir seus efeitos.

Embora na maioria dos países a necessidade de homologação tenha sido dispensada, deve-se admitir que os árbitros não dispõem ainda de meios coercitivos auto-aplicáveis, apesar de que em alguns países poderem aplicar multas ou impor sanções, mas de maneira geral, o laudo arbitral, para que seja executado, depende exclusivamente da vontade das partes, o que confere à arbitragem um caráter predominantemente contratual.

Em suma, essa tese é fundamentada, conforme Cretella Neto, pelos seguintes motivos: “Inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium* estatal, imposto a todos; o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.”¹⁷

1.2.2 Publicista ou jurisdicional

Por outro lado, a corrente publicista ou jurisdicional entende que a natureza da arbitragem deve ser caracterizada tendo em vista a sua finalidade, qual seja, a de resolver o litígio entre as partes e, além disso, o árbitro desempenha o papel do juiz estatal ao proferir o seu laudo, que equivaleria a uma sentença.

¹⁷ CRETELLA NETO, José, *Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*, cit., p. 18.

Outrossim, a arbitragem equipara-se ao poder estatal de julgar, uma vez que possui as mesmas prerrogativas, quais sejam, de julgar, de convocar as partes, de decidir o mérito e ainda de executar a decisão, no sentido de que o laudo pode ser executado por uma parte, caso a outra não cumpra de livre e espontânea vontade o que foi decidido pelo árbitro.

Essa tese, sustentada por alguns juristas como Carlos Alberto Carmona, Humberto Theodoro Júnior, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, tem guarita no artigo 18 da Lei de Arbitragem, que diz que “o arbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

Dessa forma, assim como num processo de conhecimento, o árbitro conhece a matéria e, tal como o juiz, põe fim ao procedimento através de uma decisão judicial irrecurável e que produz efeitos, embora o árbitro não tenha poder coercitivo.

1.2.3 Híbrida ou mista

Em decorrência de a arbitragem possuir características próprias da jurisdição estatal e ademais ter sua origem em uma convenção ou contrato, pode-se dizer que a natureza da arbitragem é mista ou híbrida.

Com efeito, a teoria mista defende tanto a teoria contratual como a jurisdicional, pois a arbitragem se inicia em uma fase em que as partes voluntariamente optam por resolver suas controvérsias pela via arbitral, mas, em uma segunda fase, o procedimento arbitral e o laudo proferido, para terem validade, têm que seguir os princípios legais, e seus efeitos são determinados por lei.

Por essa razão, existe certa dependência, na medida que é necessário que a arbitragem ocorra a partir de regras, ou na esfera de um sistema jurídico, em geral vinculado ao local de sua sede.

Nesse sentido, Irineu Strenger menciona que “não se pode deixar de acentuar o aspecto contratual e, pois, voluntário da arbitragem, mas, como salienta Philippe Fouchard, a doutrina moderna se orienta em sentido um pouco diferente, com autores que proclamam a arbitragem como instituição *sui generis*, de natureza híbrida, emprestando certos caracteres do direito contratual, e certos outros do direito processual. Contudo o acordo de vontades continua essencial”.¹⁸

Essa também é a posição de José Alexandre Tavares Guerreiro, ao afirmar, seguindo os ensinamentos de Clive Schmitthoff¹⁹, que “o instituto (da arbitragem) tem, simplesmente, um elemento contratual e um elemento jurisdicional. O primeiro (*the agreement of the parties*) é que determina ou que dá causa à existência do segundo (*the jurisdiction of the arbitrator*)”.²⁰

Outrossim, a jurisprudência comentando a convenção de arbitragem aponta nessa direção: “Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem na medida que em que se reveste a um só tempo das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.”²¹

Assim, se por um lado a arbitragem é contratual em sua origem, é porém jurisdicional em seus efeitos e na forma de solução de controvérsias.

¹⁸ STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 35.

¹⁹ SCHMITTHOFF, Clive M. *Schmitthoff's Export Trade: the law and practice of international trade*. 9. ed. London: Stevens & Sons, 1990. p. 577-579.

²⁰ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 37.

²¹ STJ – RESP n. 612.439/RS (2003/0212460-3), rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU, de 14.09.2006, p. 299.

1.2.4 Autônoma

Atualmente, existe uma nova tendência que entende que a arbitragem tem fundamentos e desenvolve-se com base em suas próprias e específicas regras, sem qualquer ligação com um sistema jurídico interno, sendo assim considerada autônoma.

A teoria autônoma baseia-se na desnacionalização da arbitragem, pois acredita ser um instituto transnacional, uma vez que o tribunal arbitral não faz parte do Poder Judiciário local e, ademais, o processo arbitral internacional é completamente desvinculado, em alguns casos, da lei do país de sua realização.

Esta corrente vem sendo corroborada pela jurisprudência internacional e, nesse sentido, Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio citam decisões proferidas na França e nos Estados Unidos que consideram que “uma decisão arbitral proferida no exterior não integra a ordem jurídica deste Estado estrangeiro”.²²

Por essa razão, ainda que os laudos arbitrais proferidos não coadunem com a lei local da sede do tribunal arbitral, as decisões devem ser reconhecidas nos países de sua execução, em função de sua natureza autônoma.

Apesar da coerência desta corrente, entendo que a posição que reflete melhor a arbitragem internacional é a que defende a natureza mista ou híbrida, pois a arbitragem traz em si caráter contratual, em razão da autonomia da vontade das partes, mas também elementos jurisdicionais, vez que a decisão do árbitro equivale a uma decisão de um juiz, devendo colocar fim ao mérito da controvérsia.

Afasta-se a teoria da autonomia do instituto da arbitragem, em função de sua transnacionalidade, pois embora possível, raramente as partes escolhem não fazer parte de qualquer sistema jurídico, pois isso traz uma insegurança às partes e falta de credibilidade pelo Judiciário no laudo arbitral.

²² DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96.

1.3 Conceito

Analisada a natureza jurídica da arbitragem, torna-se mais claro o seu conceito. Irineu Strenger, citando Matthieu Boissésou, define a arbitragem como “uma instituição pela qual as partes confiam aos árbitros, livremente designados, a missão de resolver seus litígios”²³, e completa que esse conceito revela a natureza composta da arbitragem, pois nasce de uma convenção, demonstrando o seu aspecto contratual, e se encerra através de um laudo que representa a sentença, trazendo o aspecto jurisdicional, e ainda, o aspecto processual, em função do desenvolvimento de uma instância arbitral.

A Lei Modelo da UNCITRAL, por sua vez, em seu artigo 1²⁴, determina critérios específicos para a definição da arbitragem internacional, como sendo “aquela em que (a) as partes têm domicílio ou estabelecimento em Estados diferentes; ou (b) um dos lugares adiante referidos esteja fora do Estado em que as partes tenham seu domicílio ou sede: (i) se for o lugar da arbitragem fixado na Convenção de Arbitragem ou por esta determinável; ou (ii) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou do lugar com o qual o objeto do litígio se encontre mais estritamente conexo; ou (c) quando as partes tiverem expressamente convencionado que o objeto da Convenção de Arbitragem tem conexão com mais de um país”²⁵.

²³ BOISSÉSON, Matthieu. *Le droit français de l'arbitrage*. Paris: Guide Loyrette Nouel, 1983. p. 5, apud STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 34.

²⁴ “Artigo I - Campo de Aplicação 1 - A presente Lei aplica-se à arbitragem comercial internacional; ela não contende com qualquer acordo multilateral ou bilateral a que o presente Estado se encontra vinculado. 2 - As disposições da presente Lei, à exceção dos artigos 8, 9, 35 e 36, só se aplicam se o lugar da arbitragem estiver situado no território do presente Estado. 3 - Uma arbitragem é internacional se: a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento: I) o lugar da arbitragem, se estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta; II) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção da arbitragem tem conexões com mais de um país. 4 - Para fins do parágrafo 3 do presente artigo: a) se uma parte tiver mais de um estabelecimento, o estabelecimento a tomar em consideração é aquele que tem a relação mais estreita com a convenção de arbitragem; b) se uma parte não tiver estabelecimento, revela para este efeito a sua residência habitual. 5 - A presente Lei não contende com qualquer outra Lei do presente Estado em virtude da qual certos litígios não possam ser submetidos à arbitragem ou apenas o possam ser por aplicação diferentes das da presente Lei.” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*, cit., p. 865).

²⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 446.

A Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96) não define a arbitragem, mas tão-somente dispõe sobre sua aplicabilidade, qual seja, de mecanismo para dirimir conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Embora sendo um instituto antigo sujeito a mudanças no decorrer dos anos, a arbitragem pode ser definida em geral como um método de solução de controvérsias em que as partes interessadas designam um ou mais árbitros, através de um acordo privado, uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, que irá ao final de um processo arbitral produzir uma decisão, laudo ou sentença arbitral, o qual produzirá efeitos entre as partes.

1.4 Diferença entre arbitragem interna e internacional

A questão da diferença entre a arbitragem doméstica e internacional irá depender do critério ou sistema adotado por cada país, porque não há diferença substancial entre a arbitragem interna e a internacional, pois a arbitragem, como dito é uma maneira de solucionar controvérsias em que as partes têm a liberdade de escolher as regras aplicáveis, sendo resolvida por juízes de fato, os árbitros, os quais em geral são designados pelas partes ou pela instituição que elas escolheram.

Antes de adentrar a diferenciação de arbitragem interna e internacional, é importante também esclarecer que normalmente se confundem os termos nacional ou interno e estrangeiro ou internacional para referir-se à arbitragem.

Todavia, para evitar trocas terminológicas, diz-se que a arbitragem pode ser interna ou internacional e a sentença que dela é proferida pode ser nacional ou estrangeira, dependendo do caso.²⁶

²⁶ Um exemplo prático é o caso Companhia Paranaense de Energia Elétrica (COPEL) v. UEG Araucária, em que as partes firmaram um contrato em que a COPEL se dispôs a adquirir por US\$ 40 por megawatt-hora toda a produção da UEG Araucária, uma termelétrica que tem potência instalada de 469 megawatts – o suficiente para abastecer uma população de 1,5 milhão de pessoas –, num custo total de R\$ 450 milhões por ano. A cláusula *take or pay* (pegue ou pague) obriga a aquisição dessa energia, mesmo que não precise dela. Em 2003, a COPEL, por orientação do então governador do Estado, tentou estabelecer negociações com os sócios controladores da UEG Araucária, com o intuito de rever os termos dos contratos assinados na gestão anterior, no entanto, não obteve êxito. Pelo contrato de compra e venda de potência assegurada

De acordo com João Bosco Lee²⁷, o Brasil neste caso adotou o sistema monista²⁸, pois não distinguiu na Lei n. 9.307/96 a arbitragem doméstica da internacional, que apenas fornece elementos para que uma sentença arbitral estrangeira seja internalizada.

Embora o Brasil adote o sistema dualista em seu ordenamento jurídico, concede o mesmo tratamento a ambos os tipos de arbitragem.

Segundo o artigo 34 desse diploma legal, considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional. Por esse motivo, Carmem Tiburcio e Jacob Dolinger entendem que o critério adotado pelo nosso país para determinar

para uma usina termelétrica a gás natural de ciclo combinado, ficou convencionado que qualquer controvérsia seria solucionada por arbitragem de acordo com as “Normas de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, França” a ser conduzida em “Paris, França”. Dessa forma, a UEG resolveu executar o contrato iniciando um procedimento arbitral perante a CCI, tentando condenar a estatal paranaense ao pagamento de multas e indenizações que totalizam perto de 850 milhões de dólares. Ocorre que a COPEL alegou a impossibilidade de solução do impasse por meio de arbitragem, ante a ausência de lei autorizadora e a necessidade de submissão ao regime de direito público, por se tratar de sociedade de economia mista; a UEG, por outro lado, argumentou que houve a aceitação sem ressalvas da referida cláusula quando da celebração do contrato, além de que ao árbitro cabe decidir sobre a sua competência. Ainda, a desnecessidade de autorização legislativa e que o contrato foi celebrado em condições de igualdade, regendo-se, por isso, pelo direito privado. Paralelamente, a COPEL ingressou na Justiça com uma ação para que fosse declarada nula a cláusula arbitral, entendendo que o foro judicial para discussão de questões contratuais da Administração Pública é o da sua sede, no Brasil, portanto. Reconhecendo razão aos argumentos da COPEL, a 3ª Vara da Fazenda Pública concedeu à estatal uma liminar em junho de 2003, mais tarde confirmada em sentença de mérito. A UEG Araucária ingressou com recurso de apelação e obteve por medida liminar o efeito suspensivo da medida que lhe ordenava abster-se de atos visando ao prosseguimento da arbitragem no exterior, até a conclusão de novo julgamento. Com o despacho proferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, a COPEL derrubou aquela liminar e restabeleceu a situação anteriormente vigente, favorável por atender ao interesse da sociedade paranaense e da própria empresa. Importante salientar que, em razão do artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque, o Judiciário brasileiro estaria impedido de conhecer a questão. De qualquer forma, o caso COPEL é um bom exemplo de que, embora as partes estejam domiciliadas no Brasil e a princípio trata-se de uma arbitragem interna, o laudo proferido seria estrangeiro, uma vez que o procedimento ocorreu em Paris, França. (TJPR – AG ns. 142683-1 e 145895-3/Curitiba, 3ª. Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, Acórdão n. 24.357, rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, DJ, de 21.04.2004, p. 6.598).

²⁷ LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, p. 347-359, 2001.

²⁸ A teoria monista não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas, ou seja, para essa corrente, o direito interno e o direito internacional não teriam diferenças fundamentais entre si. A teoria dualista, por sua vez, defende a autonomia das duas ordens jurídicas e que, dessa forma, não existiriam conflitos entre elas. É também conhecida como a “teoria da incorporação”, ou seja, “para que a norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado é preciso que este faça primeiro a sua transformação em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico”. A importância prática do conhecimento é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pois ele mostra à comunidade internacional qual é o entendimento no Brasil sobre o direito internacional (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 114). Para uma análise mais aprofundada sobre o monismo e o dualismo, ver: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

uma arbitragem internacional é o geográfico²⁹. Por outro lado, há quem entenda que a nossa legislação não procurou distinguir a arbitragem interna da internacional, mas apenas estabeleceu regras para a homologação do laudo arbitral.

A Convenção de Nova Iorque, embora se aplique apenas à arbitragem internacional, não tratou da sua definição, versando somente sobre o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras.

Segundo João Bosco Lee, existem dois critérios para definir a internacionalidade da arbitragem: o econômico e o jurídico ou objetivo.³⁰

O critério econômico é o do artigo 1.492 do Código de Processo Civil francês, para o qual “é internacional a arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional”.³¹

Ademais, esse critério pode ser também adotado quando o objeto da matéria litigiosa envolve uma operação relativa à circulação de bens, serviços ou capitais através das fronteiras.

Por outro lado, os critérios objetivo, jurídico ou geográfico é o do artigo 176 da Lei de Direito Privado suíça³², que caracteriza a arbitragem como sendo internacional quando as partes têm os seus respectivos domicílios ou sedes em países diferentes.

É possível a adoção de critérios cumulativos, como previsto pelo artigo I da convenção europeia sobre arbitragem comercial internacional (Convenção de Genebra de 1961) que, além do domicílio, exige que o objeto da arbitragem seja relativo ao comércio internacional.

²⁹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*, cit., p. 29.

³⁰ LEE, João Bosco, A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, cit., p. 347-359.

³¹ “Article 1.492 - Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.”

³² “Article 176. I. Champ d'application; siège du tribunal arbitral - 1. Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et se au moins l'une des parties n'avait au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.”

A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 1º, alínea (3), prevê a possibilidade de se adotar um critério alternativo para determinar a internacionalidade da arbitragem.

No entanto, existem outros critérios, como o adotado pelo Reino Unido, Dinamarca e Suécia, entre outros, que é o do local onde o tribunal arbitral está sediado.

Segundo Carmem Tibúrcio³³, há ainda países que consideram o critério da proximidade para determinar a nacionalidade de uma arbitragem, de acordo com a convenção sobre conflitos de leis sobre nacionalidade para determinação de nacionalidade de pessoas físicas (Convenção de Haia de 1930).

Diante de tantos critérios utilizados pelos países atores do comércio internacional, conclui-se que para a arbitragem internacional, a utilização de um critério alternativo entre o geográfico ou econômico para determinar a internacionalidade da arbitragem é o que melhor atende às necessidades daquele instituto e do comércio internacional como um todo.

A determinação da nacionalidade da arbitragem é de suma importância, pois a partir dela é possível determinar o tribunal arbitral que eventualmente terá que intervir no caso, a lei aplicável e o procedimento para a execução do laudo arbitral.

³³ TIBURCIO, Carmen. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 93.

2 FONTES DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

As fontes jurídicas revelam a origem de um direito e caracterizam o momento histórico de um povo ou uma sociedade.³⁴

Ensina Irineu Strenger que existem diferentes classificações das fontes de direito internacional³⁵. Amílcar de Castro, Irineu Strenger e Nádia de Araújo³⁶ entendem que as principais fontes do direito internacional privado são: (i) lei interna; (ii) tratados normativos; (iii) costume interno; (iv) jurisprudência; (v) doutrina.

No caso da arbitragem em geral não é diferente. Na arbitragem internacional incidem diversas normativas de origem internacional, diferente da arbitragem interna, em que se aplicam fontes internas.

As fontes da arbitragem internacional são de duas ordens: públicas ou privadas.

2.1 Fontes privadas

Em relação às fontes privadas da arbitragem comercial, podemos citar os regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais, como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), a American Arbitration Association (AAA) e a London Court of International Arbitration (LCIA), entre outras.

Além dos regulamentos, são fontes privadas da arbitragem internacional os laudos ou sentenças arbitrais, os usos e costumes do comércio internacional e a *lex mercatoria*, como veremos a seguir.

³⁴ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104.

³⁵ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 106.

³⁶ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, cit., p. 105-126; STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 88-132; ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, cit., p. 123-158.

2.1.1 Regulamentos de arbitragem

Atualmente, é cada vez maior o número de instituições de arbitragem no país, especialmente após o advento da Lei de Arbitragem. Na esfera internacional, algumas instituições, como a CCI, já são uma realidade há muito tempo. Trata-se de pessoas jurídicas de caráter privado que não estão sujeitas ao controle e supervisão de órgãos públicos.

Entretanto, essas instituições têm um papel muito importante na administração dos procedimentos arbitrais. Os regulamentos de arbitragem criados pelas instituições arbitrais são considerados fontes privadas da arbitragem comercial internacional, pois trazem principalmente disposições sobre o procedimento da arbitragem, que podem ser utilizados tanto em uma arbitragem institucional, como na arbitragem *ad hoc*.³⁷

Além de seus regulamentos, algumas instituições também oferecem modelo de cláusula arbitral, além de outras informações fundamentais para os operadores de arbitragem em geral.

Submeter as demandas a uma instituição não significa necessariamente que o local da arbitragem será o da sede da instituição, mas simplesmente que o procedimento arbitral será supervisionado e administrado pela instituição, mediante o pagamento de suas taxas.

A autonomia da vontade das partes é amplamente observada, tanto na escolha do local da arbitragem, pois o procedimento arbitral pode ser realizado em qualquer lugar,

³⁷ Arbitragem *ad hoc* é aquela que decorre da livre escolha das partes, incluindo a escolha do árbitro, do procedimento e do direito material aplicável. Tal vontade das partes é manifestada na cláusula compromissória. Por outro lado, a arbitragem institucional é aquela que é “administrada” por uma instituição de arbitragem, a qual tem suas regras próprias, que deverão ser seguidas pelas partes. A arbitragem institucional pode ser regida por um órgão público, destinado à arbitragem entre Estados soberanos, entre estes e organismos internacionais ou entre organismos internacionais entre si. Um exemplo desses órgãos é a Corte Internacional de Arbitragem. Pode ser também administrada por uma instituição privada; desvinculadas de qualquer poder público estatal, esses órgãos possuem regulamento próprio e assim como nos demais, promove a solução de litígios (principalmente envolvendo contratos internacionais comerciais) extrajudicialmente entre pessoas de direito privado. Exemplo desse tipo de instituição é a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) em Paris, que visa dirimir litígios que versem sobre relações jurídicas privadas internacionais.

como na aplicação do regulamento da arbitragem, pois elas têm liberdade para aplicá-lo total ou parcialmente.

Em que pesem os altos custos envolvidos em uma arbitragem institucional, se comparada à arbitragem *ad hoc*, essa forma de resolver controvérsias é bastante vantajosa para as partes, em razão da segurança e confiança em todas as fases do procedimento arbitral, devido ao “selo de qualidade” conferido por instituições como a CCI aos laudos arbitrais.

Para ilustrar, entre algumas das disposições conferidas pelo regulamento da CCI, estão a independência dos árbitros e a confidencialidade, além do controle prévio do laudo arbitral, o que garante a eficácia de sua supervisão às partes.³⁸

Importante observar que as instituições arbitrais são independentes, cada qual com seus objetivos e regulamentos. A CCI, talvez a mais antiga a tratar de arbitragem internacional comercial, tem seu regulamento atual desde janeiro de 1998³⁹. A LCIA tem como principal objetivo o procedimento arbitral internacional e possui seu regulamento próprio, além de recomendar cláusulas e atualmente diferencia-se por treinar e certificar árbitros.⁴⁰

Embora o principal negócio da AAA seja arbitragem doméstica e *alternative dispute resolution*⁴¹, é crescente o número de casos de arbitragem internacional, graças à criação, em 1996, do Centro de Arbitragem Internacional⁴². Na opinião de Thomas Carbonneau, a AAA possui um regulamento mais bem elaborado que a CCI e a LCIA⁴³.

A título de curiosidade, de acordo com as estatísticas da CCI, em 2005 foram apresentados 521 pedidos de arbitragem perante a sua Corte de Arbitragem, dos quais 1.422 partes são de 117 países diferentes. Em pelos menos 13% dos casos, uma das partes

³⁸ CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULISSON, Jan. *Annotated guide to the 1998 ICC arbitration rules: with commentary*. New York: Oceana Publications, 1998. p. 57 e ss.

³⁹ Disponível em: <www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp>. Acesso em: 30 mar. 2006.

⁴⁰ Disponível em: <www.lcia.org>. Acesso em: 30 mar. 2006.

⁴¹ O *alternative dispute resolution* ou método de solução de controvérsias alternativo é uma via extrajudicial para a solução de litígios, que inclui negociação, conciliação, mediação e arbitragem.

⁴² Disponível em: <www.adr.org>. Acesso em: 30 mar. 2006.

⁴³ CARBONNEAU, Thomas E. *Cases and materials on the law and practice of arbitration*. 3rd ed. New York: Juris Publishing, 2003. p. 1.181.

é entidade pública, estatal ou paraestatal. A internacionalidade da arbitragem resta caracterizada ao observar que os lugares da arbitragem escolhidos pelas partes se localizam em 50 países diferentes ao redor do mundo e, além disso, foram indicados ou apontados 68 árbitros de diferentes nacionalidades, de acordo com as regras da CCI. As quantias envolvidas nas disputas são superiores a 1 milhão de dólares em 54,3% dos novos casos e, por fim, foram proferidos 325 laudos arbitrais.⁴⁴

Diante desses números, não resta dúvida da importância de uma instituição como a CCI para a arbitragem internacional, sendo tanto seus regulamentos como as decisões ali proferidas importantes fontes da arbitragem internacional, em função da ampla utilização das mesmas pelos particulares, o que demonstra que a arbitragem vem conquistando cada vez mais a confiança dos comerciantes internacionais que buscam eficiência, profissionalismo e resultados.

2.1.2 *Lex mercatoria* e sentenças arbitrais

Outras importantes fontes privadas são os usos e costumes do comércio internacional, também conhecidos como *lex mercatoria*, e ainda as sentenças arbitrais. Essas fontes estão amplamente relacionadas, pois principalmente a sentença arbitral é uma das formas em que a *lex mercatoria* se materializa (desde que não pautada em uma lei nacional).

A *lex mercatoria* surgiu da atividade privada na Idade Média como um corpo de leis criadas pelos comerciantes daquela época para substituir as regras feudais e o direito romano, que já não correspondiam às necessidades do comércio local e internacional.⁴⁵

Deve-se lembrar que, a partir do século XI, houve o incremento das relações econômicas internacionais na Europa, e assim era necessária a utilização de um direito pelos comerciantes, para amparar as suas relações, com regras legais que substituíssem as

⁴⁴ Disponível em: <www.iccwbo.org/court/english/right_topics/stat_2005.asp>. Acesso em: 30 mar. 2006.

⁴⁵ STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996. p. 59.

existentes e que fossem sólidas o suficiente para a expansão do comércio. O resultado foi a então chamada *lex mercatoria*.

A *lex mercatoria* foi aplicada durante 800 anos entre os *traders* europeus, entretanto, com o renascimento do nacionalismo e da codificação no século XIX, a lei dos comerciantes foi incorporada pelas legislações de cada país, mesclando-se com as particularidades da lei nacional, perdendo o seu caráter uniforme.⁴⁶

Como os Estados passaram a ter controle do comércio internacional, as disputas extraterritoriais passaram a ser resolvidas pelo direito internacional, dentro de limites estabelecidos pelas regras de conflitos entre leis.

No início de 1960, a exclusividade das leis estatais dentro do contexto das relações econômicas internacionais passou a ser questionada. Alguns autores, como Berthold Goldman, René Davi e Philip Fouchard começaram a desenvolver a teoria da *nova lex mercatoria* como uma tendência autônoma.⁴⁷

Essa teoria era defendida porque os comerciantes não encontravam no direito positivo a segurança e a praticidade necessárias, por serem as regras obsoletas e inaplicáveis pela comunidade de negócios internacionais e que, por isso, os próprios comerciantes estariam criando a sua nova *lex mercatoria*.

Alguns fatores influenciaram a busca por regras que trouxessem a praticidade e a segurança necessárias para as relações comerciais, qual seja, a globalização, os contratos comerciais, novos elementos trazidos pela Convenção de Viena de 1989 e os princípios comerciais da UNIDROIT.

⁴⁶ ABOU-NIGM, Verónica Ruiz. The *lex mercatoria* and its current relevance in international commercial arbitration. *DeCITA: Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, Buenos Aires, n. 2, p. 101-125, nov. 2004.

⁴⁷ STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 52.

Nesse sentido, Berthold Goldman define a *lex mercatoria* como um conjunto de princípios e regras de costumes espontaneamente criadas e usadas no comércio internacional, sem referência a um sistema nacional de direito.⁴⁸

Ole Lando, por sua vez, assim entende a *lex mercatoria*: “As partes em um contrato internacional às vezes acordam em não aplicar a lei nacional para resolver disputas. Ao invés disso, se submetem aos costumes e usos do comércio internacional, às regras de direito que são comuns a todos ou à maioria dos Estados engajados no comércio internacional. O árbitro aplica regras que pareçam para ele as mais apropriadas ou a equidade, e fazendo isso ele leva em conta regras de diversos sistemas legais. Esse processo judicial em que parcialmente é aplicada a regra legal e parte um processo criativo seletivo, é chamado de aplicação da *lex mercatoria*.”⁴⁹

Embora as definições variem, pode-se concluir que a nova *lex mercatoria* é uma ordem legal autônoma que incorpora os usos e costumes comerciais, e esse corpo de regras é aplicável alternativamente a uma lei nacional. O seu propósito é regular as transações comerciais internacionais, através de um sistema de leis que evite as lacunas dos diferentes sistemas nacionais.⁵⁰

Segundo Cláudio Finkelstein, a *lex mercatoria* é um sistema “anacional”, ou seja, um corpo de leis “sem vínculo algum com um sistema jurídico estatal ou mesmo sem alguma substantivação, ainda que mínima”.⁵¹

⁴⁸ GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law: the *lex mercatoria*. In: LEW, Julian D. M. (Ed.). *Contemporary problems in international arbitration*. London: Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986. p. 116.

⁴⁹ No original: “*The parties to an international contract sometimes agree not to have their dispute governed by any national law. Instead they submit it to the customs and usages of international trade, to the rules of law which are common to all or most of the states engaged in international trade or in those states connected with the dispute. Where such common rules are not ascertainable the arbitrator applies the rule or chooses the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so he considers the law of several legal systems. This judicial process is partly an application of legal rules, partly a selective and creative process. The choice described here is the choice of the ‘lex mercatoria’ as the system of law to govern the contract.*” (LANDO, Ole. The law applicable to the merits of the dispute. In: LEW, Julian D. M. (Ed.). *Contemporary problems in international arbitration*. London: Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986. p. 104 – Nossa tradução).

⁵⁰ WILKINSON, Vanessa L. D. The new *lex mercatoria* reality or academic fantasy? *Journal of International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, v. 12, n. 2, p. 101, jun. 1995.

⁵¹ FINKELSTEIN, Cláudio. A “*e-lex mercatoria*”. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, n. 11, p. 99, abr./maio/jun. 2005.

Em sentido estrito, a nova *lex mercatoria* compreende os princípios gerais e os costumes internacionais do comércio. Além dos princípios e regras de natureza não nacional usados na prática do comércio internacional como alternativa a uma lei doméstica, a nova *lex mercatoria* em amplo sentido é uma lei transnacional, por envolver princípios de diversas jurisdições, ou anacional, por não estar respaldada pela soberania legislativa de alguma jurisdição.

Berthold Goldman afirma que a aplicabilidade da *lex mercatoria* resulta das cláusulas dos contratos internacionais e das regras efetivamente aplicadas pelos laudos internacionais.⁵²

Michael Mustill⁵³ cita como exemplos de regras da *lex mercatoria* aplicadas nos contratos internacionais as regras *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, abuso do direito e boa-fé, entre outras.

Por outro lado, há autores, como Cláudio Finkelstein⁵⁴, que entendem que os exemplos citados podem ser considerados como princípios gerais de direito, e cita as regras da Câmara de Comércio Internacional, como os INCOTERMS, como uma forma de materialização da *lex mercatoria*.

Para os contratos internacionais, a nova *lex mercatoria* é um fenômeno que não deve ser estudado fora do contexto da arbitragem internacional, dada a sua importância.

Os árbitros se envolvem no processo criativo para a escolha da solução que pareça mais apropriada, quando as partes resolvem submeter sua controvérsia aos usos e costumes internacionais.

Essa discricionariedade dos árbitros é criticada pelos opositores da *lex mercatoria*, no entanto é importante observar que a flexibilidade e a liberdade são não só os pilares da

⁵² GOLDMAN, Berthold, The applicable law: general principles of law: the *lex mercatoria*, cit., p. 116.

⁵³ MUSTILL, Michael. The new *lex mercatoria*: the first twenty-five years. *Arbitration International*, v. 4. n. 2, p. 86, 1988.

⁵⁴ Notas do Curso de Contratos Internacionais ministrado na PUC-SP/COGEAE.

arbitragem comercial internacional, como também os diferenciais entre a arbitragem e a Justiça comum.

Em razão dessa liberdade dos árbitros, é que se observa cada vez mais a aplicação da nova *lex mercatoria* nos laudos arbitrais proferidos sob a administração da CCI.⁵⁵

Há aproximadamente 30 anos, a CCI edita resumos de seus laudos no *Journal du droit international* e, alguns anos depois, no *ICCA yearbook of commercial arbitration*, com o intuito de fazer conhecer o trabalho dessa instituição, sem com isso prejudicar a confidencialidade das partes.

Embora não fosse a intenção criar precedentes, desde então, de maneira crescente, os tribunais arbitrais passaram a basear suas decisões nos precedentes de outros laudos arbitrais anteriores.

A publicação dos laudos arbitrais por parte da CCI, em especial aqueles que estão fundados em regras de direito com independência na aplicação específica das legislações nacionais, contribuíram para o desenvolvimento da *lex mercatoria*.

Nesse sentido, quando as partes não elegem uma legislação nacional para decidir o mérito do assunto, o artigo 17 do Regulamento da CCI permite aos árbitros aplicar as normas jurídicas que considerarem apropriadas. Em decorrência dessa previsão, houve o maior desenvolvimento de precedentes, o que permitiu que, em diversos casos, os árbitros da CCI citassem como precedentes laudos anteriores.

No célebre caso *Société Norsolor S.A. v. Pabalk Ticaret Sirketi*⁵⁶, as partes não elegeram nenhuma lei nacional para dirimir a relação contratual, e assim o tribunal arbitral entendeu que para a solução do conflito contratual, as partes deveriam seguir as regras da *lex mercatoria* ou os princípios de boa-fé na negociação e execução dos contratos. Sustentou ainda que na *lex mercatoria*, que deveria ser aplicável para resolver a questão de

⁵⁵ DIOS, Miguel Angel de. *Arbitraje y lex mercatoria*. Notas de aula ministrada no Curso de Contratos Internacionais da PUC-SP/COGEAE.

⁵⁶ Arbitragem CCI n. 3.131, *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 9, p. 109, 1984.

fundo, existe uma regra que estabelece a obrigação de indenizar a parte inocente dos danos e prejuízos sofridos em consequência da rescisão unilateral de um contrato com culpa.

A Norsolor recorreu da decisão perante o Tribunal de Apelação da Áustria, que em princípio revogou parte da decisão arbitral, referente ao montante dos danos, sustentando que, na ausência da eleição de lei aplicável ao mérito, o tribunal arbitral deveria ter recorrido aos elementos de conexão para determinar a lei aplicável, ou seja, deveria ter aplicado a legislação da França ou da Turquia para resolver a controvérsia.

Não obstante, a Suprema Corte de Áustria reverteu a decisão, entendendo que os árbitros não haviam violado nenhuma regra fundamental de direito, ao proferir o laudo baseado na aplicação da *lex mercatoria*. Com efeito, a aplicação de princípios gerais de equidade para estabelecer o valor indenizável à Pabalk não excedia as faculdades conferidas aos árbitros, nos termos do acordo arbitral.

Berthold. Goldman⁵⁷ ensina que a *lex mercatoria* não apenas foi recepcionada pelos laudos internacionais, mas também pelas leis nacionais citando como exemplo o Código de Processo Civil francês, que em seu artigo 1.946 (1) permite ao árbitro aplicar as regras de direito escolhidas pelas partes; sendo assim, o uso da expressão “regras de direito” significa que a lei autoriza tanto a utilização dos costumes quanto das regras legislativas. Além disso, ressalta que a *lex mercatoria* também foi recepcionada pelas convenções internacionais e regras de arbitragem estabelecidas pelos órgãos internacionais.

Nesse contexto, é importante observar que a Lei Modelo da UNCITRAL, que serviu de base às leis nacionais de muitos países, permite aos árbitros a aplicação de regras anacionais somente quando as partes escolherem essas regras como aplicáveis ao mérito da disputa.

Em outros casos, como as leis francesa, italiana e holandesa, é permitido que os árbitros apliquem a *lex mercatoria* até na ausência de escolha pelas partes.

⁵⁷ GOLDMAN, Berthold, The applicable law: general principles of law: the *lex mercatoria*, cit., p. 119.

Igualmente, os regulamentos da AAA e da LCIA, assim como o da CCI, outorgam ao árbitro a liberdade de escolha da lei aplicável, o que aumenta a importância da *lex mercatoria*.

Em relação à execução dos laudos arbitrais que utilizam a *lex mercatoria* para resolver o mérito da questão, a tendência é a aceitação, uma vez que a Convenção de Nova Iorque favorece a legitimidade da *lex mercatoria* para as questões de fundo e não procedimentais.

Conforme dispõe o artigo V, contanto que a convenção arbitral seja válida, a corte é obrigada a executar a sentença, ainda que baseada na *lex mercatoria*, uma vez que não se permite a revisão do mérito de um laudo arbitral estrangeiro pela corte que irá executá-lo.

2.2 Fontes públicas de origem internacional

As fontes públicas de origem internacional são regras que advêm de organizações internacionais. Elas podem ter caráter facultativo ou obrigatório.

As fontes de caráter facultativo independem de ratificação. Em geral, as organizações internacionais criam normas sobre um determinado assunto e os países aderem em seu ordenamento jurídico ou não, independente de aceitação formal.

Por outro lado, as fontes de caráter obrigatório somente são válidas e passam a fazer parte do ordenamento jurídico de um país se ele expressamente aderir a essa norma.

2.2.1 Fontes públicas de caráter facultativo

Como exemplo de fontes de caráter facultativo, podem ser citadas as criadas pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), cuja sede se encontra em Viena, que tem a função de uniformizar e harmonizar as regras do comércio internacional.

2.2.1.1 Regras de Arbitragem da UNCITRAL

Em 1976, a UNCITRAL criou as Regras de Arbitragem, aprovadas em 28 de abril, e recomendadas pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em sua resolução de 15 de dezembro de 1976.

As Regras foram criadas com o intuito de regular principalmente a arbitragem *ad hoc*, pois havia uma lacuna em relação a essa matéria no comércio internacional.

Além disso, alguns países, como os socialistas e os países em via de desenvolvimento, não confiavam em instituições como a Câmara de Comércio Internacional.

Assim é que a Comissão resolveu criar esse regulamento, pois dessa maneira as partes poderiam convencionar e conduzir os procedimentos arbitrais decorrentes de eventual controvérsia de sua relação comercial com base nas regras de arbitragem da UNCITRAL.

São muito utilizadas em arbitragem *ad hoc*, bem como em arbitragens institucionais, especialmente por países em via de desenvolvimento e socialistas, por ser menos oneroso para as partes adotá-las.

Essas Regras compreendem todos os aspectos de um processo arbitral, incluindo a sugestão de um modelo de cláusula arbitral, até os efeitos e interpretação do laudo arbitral; no entanto, como se trata de um regulamento de 1976, necessita de atualização, devido às mudanças ocorridas no comércio internacional desde então.

Além das Regras de Arbitragem de 1976, foi criada ainda pela mesma Comissão a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional.

2.2.1.2 Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL

As principais características da Lei Modelo da UNCITRAL, adotada em 21 de junho de 1985 e recomendada em 11 de dezembro de 1985, são a facultatividade e a universalidade, ou seja, os países podem adotá-la ou não, pois se trata de uma *soft law*.⁵⁸

Além de criar a Lei Modelo, a Comissão recomendou aos Estados a incorporação de um texto semelhante à sua legislação doméstica sobre arbitragem comercial, adaptado para o sistema jurídico dos países, a fim de harmonizar e proporcionar segurança jurídica aos Estados sobre essa matéria.⁵⁹

De fato, praticamente todos os países que reformaram suas legislações em matéria de arbitragem ou adotaram a Lei Modelo ou se inspiraram nela, o que é muito vantajoso para o comércio internacional, pois no momento em que um país a adota, harmoniza suas regras arbitrais com as dos outros países.⁶⁰

⁵⁸ Esse conceito recente é o de uma norma que não possui caráter coercitivo, mas se trata de uma norma de conduta. A *soft law* pode assumir diversas formas ou denominações, como *non binding agreements*, *gentlemen's agreements*, códigos de conduta, memorandos, declaração conjunta, declaração de princípios, ata final, e até mesmo denominações tradicionalmente reservadas a normas da *hard law*, como acordos e protocolos. Nas palavras de Guido Fernando Silva Soares, “um domínio entre a política internacional, em que prevalece a inventividade dos Estados e de seus negociadores, em que se releva a parca preocupação com legalidade, ou mesmo em que pode ser nula a preocupação formal (...). Trata-se de um campo nebuloso no qual incidem as necessidades *de lege ferenda*, pelo menos do ponto de vista da tipificação dos fenômenos, os quais, por todos seus elementos, têm aparência de possuírem todas as características clássicas de uma fonte do Direito Internacional” (*Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 139).

⁵⁹ CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 943.

⁶⁰ Mais de quarenta países: Alemanha, Austrália, Azerbaijão, Bahréin, Bangladesh, Belarus, Bulgária, Canadá, Chile, Chipre, Croácia, Egito, Espanha, Estados Unidos da América, Rússia, Grécia, Guatemala, Hungria, Índia, Irã, Irlanda, Japão, Quênia, Lituânia, Madagascar, Malta, México, Nigéria, Nova Zelândia, Omã, Paraguai, Peru, Hong Kong, Coreia, Reino Unido, Bermudas, Cingapura, Sri Lanka, Tailândia, Tunísia, Ucrânia, Zâmbia e Zimbábue (Disponível em: <uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status>. Acesso em: 30 mar. 2006).

Ao elaborar a Lei Modelo, a Comissão buscou abranger não só a arbitragem, mas também outros métodos de *alternative dispute resolution*, como a conciliação e a mediação.⁶¹

Embora tenha sido criada para resolver principalmente disputas relativas ao comércio internacional, sua aplicação pode ser estendida a disputas comerciais domésticas, dado o seu caráter de neutralidade.

A Lei Modelo também confere uma grande liberdade às partes na organização da arbitragem e eficácia à convenção de arbitragem e à sentença arbitral.

Em suma, a referida Lei harmoniza os sistemas nacionais de arbitragem comercial internacional e a conciliação entre conceitos de *common law* e *civil law*.

Alguns países, como a Suíça, a Holanda, a Itália e o Brasil, não adotaram a Lei Modelo, por considerá-la simples demais em comparação com a sua legislação interna, ou por ela possuir diferenças processuais ou de sistemas jurídicos.

Talvez um dos motivos pelos quais o Brasil não adotou completamente a Lei Modelo é que, no caso da recusa do árbitro, segundo o princípio da competência-competência⁶², caberia recurso se o árbitro se declarasse incompetente, mas, na Lei de Arbitragem brasileira, não cabe nesse caso recurso.

Além disso, a Lei n. 9.307/96 entende que, em determinados casos, a cláusula compromissória necessita do compromisso arbitral, conforme os seus artigos 6º e 7º. Nesse

⁶¹ A mediação é um método alternativo de disputa (ADR), em que as partes solicitam a ajuda de um mediador para chegar a um acordo. É um método de autocomposição, diferentemente da arbitragem, em que as partes escolhem um terceiro, o árbitro, para decidir a questão em conflito. O árbitro é um juiz de fato e irá produzir um laudo, em que geralmente não cabe recurso das partes. Na mediação, as partes podem ou não chegar a um acordo, enquanto no final da arbitragem, haverá uma decisão definitiva.

⁶² A Lei Modelo prevê a competência do árbitro em determinar a sua própria competência para decidir, conhecido como o princípio da competência-competência. (PINTO, José Emilio Nunes. O árbitro deve decidir. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 129, 12 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4454>>. Acesso em: 19 fev. 2006).

aspecto, a Lei Modelo é mais flexível, pois basta que a arbitragem seja determinada por algum documento escrito, que passa a ser válida.

2.2.2 Fontes públicas de caráter obrigatório

As fontes de arbitragem de caráter obrigatório são as convenções internacionais multilaterais que tratam exclusivamente de arbitragem internacional.

Excluem-se as convenções internacionais bilaterais, pois as convenções existentes em geral tratam a arbitragem de maneira acessória, como as de cooperação judicial e proteção de investimento, entre outras.

Ressalta-se que o Brasil, até a presente data, não ratificou qualquer tratado bilateral em matéria de investimento⁶³. Tanto é assim que a Convenção de Washington, também conhecida como do Banco Mundial, de 18 de março de 1965, sobre a solução de controvérsias relativas a investimentos entre Estados e particulares, que criou o International Center of Settlement of Investment Disputes (ICSID), foi ratificada por 143 países⁶⁴, não incluindo o Brasil.⁶⁵

O ICSID foi criado para reduzir a influência da soberania dos Estados em resolver litígios relacionados a investimentos estrangeiros no contexto das transações comerciais internacionais.⁶⁶

O processo arbitral do ICSID é um mecanismo de resolução de controvérsias autônomo. O Poder Judiciário local não pode interferir no procedimento arbitral, mas tão-somente reconhecer e executar o laudo arbitral final.

⁶³ Disponível em: <www.worldbank.org/icsid/treaties/i-1.htm>. Acesso em: 30 mar. 2006.

⁶⁴ Disponível em: <www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>. Acesso em: 30 mar. 2006.

⁶⁵ LEE, João Bosco. Arbitragem e empréstimos internacionais. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas á luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 448.

⁶⁶ CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 911.

Importante ressaltar que internamente é possível anular ou recorrer de um laudo arbitral do ICSID, o que, se por um lado pode ser vantajoso para a parte sucumbente, na prática se apresenta como um dos motivos pelo qual historicamente é um fator que reduz a procura pela organização.

Embora os casos para se argüir nulidade sejam específicos, de acordo com o artigo 52⁶⁷ da Convenção, ainda assim pode-se dizer que é um aspecto negativo desse sistema de solução de controvérsia, pois inclusive põe em risco a “execução automática” prometida pela Convenção.

Além disso, apesar de um dos motivos da criação ser minimizar o problema da soberania dos Estados, eles podem se recusar a participar de um procedimento arbitral e a adimplir o laudo, uma vez que, na realidade, os Estados não derrogam seu poder judicante.

De qualquer forma, o ICSID é um centro de solução importante para a arbitragem internacional, pois o investidor estrangeiro não quer que suas controvérsias sejam dirimidas por um Poder Judiciário que não seja do seu país.

Por essa razão, a arbitragem é um meio adequado a garantir o crescimento do investimento estrangeiro em um país ratificante dessa Convenção.

2.3 Convenções internacionais multilaterais

As convenções internacionais multilaterais versando sobre a arbitragem em geral podem ser convenções a vocação universal ou regional.

⁶⁷ “Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:(a) that the Tribunal was not properly constituted;(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.” (ICSID Convention, Regulations and Rules, ICSID/15/Rev.1, January, 2003).

2.3.1 Convenções a vocação universal

Chamamos convenções a vocação universal aquelas que foram elaboradas com o intuito de harmonizar as regras de arbitragem de maneira global, visando levar o maior número de Estados a elas aderir. No caso da arbitragem, essas Convenções foram criadas pela Organização das Nações Unidas.

Exemplos dessas convenções são o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção de Genebra de 1927 e a Convenção de Nova Iorque de 1958, que será analisada no Capítulo 3.

2.3.1.1 Protocolo de Genebra de 1923

O Protocolo sobre Cláusula de Arbitragem foi firmado em 24 de setembro de 1923 em Genebra, sob a coordenação da Liga da Sociedade das Nações.

Ratificado em 22 de março de 1932 pelo Brasil e promulgado pelo Decreto n. 21.187/32, o Protocolo operou efeitos globais, pois foi ratificado por diversos países.⁶⁸

A importância deste tratado internacional é o reconhecimento expresso da cláusula compromissória como juridicamente válida, quando a arbitragem for internacional.

Antes desse Protocolo, os países não aceitavam que a demanda fosse afastada do Poder Judiciário, pois acreditavam que era necessário que fosse firmado o compromisso arbitral após a efetiva configuração do litígio, para que a validade do acordo de arbitragem produzisse efeito.

⁶⁸ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução: teoria e prática*. Prefácio de Nadia de Araújo. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. p. 117. (Biblioteca de Direito Internacional, 9).

Assim, a aplicação doméstica do Protocolo representou um passo decisivo para a arbitragem comercial internacional.

Conseqüência da ratificação do Protocolo de Genebra pelo Brasil foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal, tendo como recorrentes a Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro e outras e recorrida A. S. Ivarans Rederi, que restou assim decidido:

“CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL.
REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEBRA DE 1923.

1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.
2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros aplicando-se aos mesmos a regra do artigo 244 do Código de Processo Civil, se a finalidade for atingida.
3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria.” (STF – RE n. 616/RJ, Reg. n. 8900098535, j. 24.4.1990).

Destaca-se, todavia, que no âmbito interno, somente após o advento da Lei de Arbitragem de 1996 é que a cláusula compromissória passou a produzir efeitos no Brasil, inclusive nas arbitragens internacionais cuja parte não fosse signatária da Convenção de Genebra de 1923.

2.3.1.2 Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927

Firmada em 26 de setembro de 1927, em inglês e francês, a Convenção de Genebra entrou em vigor em 25 de julho de 1929.

A Convenção foi ratificada por apenas 27 países, e o Brasil foi um dos que não a adotaram.

Destina-se a fazer valer no território dos Estados que a ratificarem as sentenças arbitrais estrangeiras decorrentes das cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais referidos no Protocolo de Genebra de 1923.

Entretanto, o mais importante é que a Convenção proporcionou a exclusão da revisão de fundo da sentença arbitral, ou seja, o juiz que fosse homologar a sentença não poderia recusar, caso não concordasse com o mérito, como podia acontecer anteriormente, pela adoção do princípio da delibação.

Contudo, no geral, essa Convenção não trouxe grande evolução para a arbitragem comercial internacional, porque não mudou o *status quo* da execução da sentença arbitral, sendo necessário ainda o duplo *exequatur*, ou seja, a homologação no país de origem e posteriormente no país de execução. Homologa-se a decisão judicial que confirmou a decisão arbitral.

2.3.2 Convenções a vocação regional

No âmbito regional, existem diversas Convenções que dispõem sobre arbitragem. Para a América Latina, pode-se citar a Convenção do Panamá de 1975 e as criadas pelo MERCOSUL, porém existem diversas convenções de caráter regional na Europa, América do Norte e outras.

2.3.2.1 Convenção do Panamá de 1975

A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional firmada no Panamá em 30 de janeiro de 1975, foi ratificada por 18 países⁶⁹, até a elaboração desta dissertação, somente restando a ratificação pela República Dominicana.

⁶⁹ Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai, Venezuela. (Disponível em: <www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 30 mar. 2006).

Embora a Convenção tenha entrado em vigor em 16 de junho de 1976, o Brasil a ratificou somente em 1995, através do Decreto n. 90/95.

Até a sua entrada em vigor, muitos países que ratificaram a Convenção do Panamá não haviam ratificado a Convenção de Nova Iorque de 1958, demonstrando certa desconfiança em relação à arbitragem, e que ainda estavam propícios a manter arraigados conceitos jurídicos de tutela estatal muito tradicionais nesses países.⁷⁰

Apesar do nome da Convenção remetê-la a um caráter regional, teoricamente qualquer Estado poderia a ela aderir, pretendendo a Organização dos Estados Americanos (OEA) inseri-la no contexto universal. Todavia, na prática, não é o que ocorre. Primeiramente porque a Convenção prevê a aplicação subsidiária do Regulamento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), um órgão regional privado, e em segundo lugar, porque a maioria dos Estados, atores do comércio internacional, aderiu à Convenção de Nova Iorque, que possui caráter universal.⁷¹

Cumprir notar que o campo de aplicação da Convenção do Panamá é maior que o da Convenção de Nova Iorque, pois prevê em seu artigo 1º a validade do acordo de arbitragem e, em seu artigo 2º, a instância arbitral, embora, por outro lado, o artigo 1º refira-se apenas à arbitragem comercial internacional, enquanto que o artigo 2º trata da arbitragem privada como um todo.⁷²

Quanto ao acordo de arbitragem, na ocasião da elaboração da Convenção, a maior parte dos países que participou da Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP I) não reconhecia a validade da cláusula arbitral ou entendia que era necessária a formalização da vontade das partes através de um compromisso arbitral, como era o caso do Brasil.

⁷⁰ LEE, João Bosco. A aplicabilidade da Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional. *DeCITA: Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, Buenos Aires, n. 2, p. 190-216, nov. 2004.

⁷¹ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos, *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução: teoria e prática*, cit., p. 122.

⁷² “E válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Direito internacional privado (parte especial)*: arbitragem comercial internacional, cit., p. 907).

Nesse sentido, a Convenção significou um avanço, porque reconhece a validade tanto da cláusula arbitral como do compromisso, dispondo em seu artigo 1º que o acordo de arbitragem é válido, dispensando ainda o instrumento publico, pois considera possível que o referido acordo seja feito por troca de correspondência, exatamente como na Convenção de Nova Iorque.

No que se refere à instância arbitral, nesse ponto a Convenção do Panamá difere da Convenção de Nova Iorque. Em seu artigo 2º, reconhece a autonomia das partes para eleger os árbitros, ou ainda permite que deixem a cargo de terceiros a tarefa, e acrescenta que o árbitro pode ser nacional ou estrangeiro.

Ademais, prevê no artigo 3º que caso as partes não elejam as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, devem aplicar subsidiariamente o Regulamento da CIAC, conforme mencionado anteriormente.⁷³

Com o intuito de harmonizar as regras sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras entre os países que aderissem à Convenção, dispõe o artigo 4º que a Convenção é aplicável à sentença arbitral nacional e estrangeira, reconhecendo a força executória da sentença arbitral e concedendo tratamento igual ao de uma sentença judicial.

Nesse ponto, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional foi um sucesso para a arbitragem nos países da América Latina, pois suprimiu a necessidade de duplo *exequatur*, além de inverter o ônus da prova ao demandado e limitar os motivos de recusa no seu artigo 5º, aderindo ao artigo V da Convenção de Nova Iorque de 1958.

A Convenção do Panamá é falha em alguns aspectos, como, por exemplo, na falta de previsão expressa da executoriedade da cláusula arbitral, reconhecendo tão-somente a

⁷³ “Artigo 3 - Na falta de acordo expreso entre as partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial.” (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Direito internacional privado (parte especial)*: arbitragem comercial internacional, cit., p. 907).

sua validade, e ainda é lacônica quanto ao *exequatur* da sentença arbitral estrangeira, restando à Convenção de Montevidéu de 1979 suprir essa lacuna.

De qualquer forma, conclui João Bosco Lee que a Convenção do Panamá de 1975 representou “um marco na evolução da arbitragem comercial internacional no contexto da América Latina”⁷⁴, especialmente porque foi ratificada pelo Brasil e Estados Unidos.

2.3.2.2 Convenção de Montevidéu de 1979

A Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979 (Convenção de Montevidéu) foi resultado da CIDIP II e o seu objetivo foi complementar a Convenção do Panamá de 1975 (preparada na CIDIP I).⁷⁵

Ocorre que, diferentemente de sua antecessora, a Convenção do Panamá, que trata apenas de arbitragem, a Convenção de Montevidéu de 1979 traz também regras sobre laudos arbitrais e sentenças judiciais estrangeiras.

A Convenção tem natureza procedimental e permite que os Estados façam reservas, como por exemplo de reciprocidade.

Importante observar que em relação aos laudos arbitrais, a Convenção de Montevidéu esclarece logo em seu artigo 1º que somente se aplica em caso de lacuna na Convenção do Panamá.

Embora ambas convenções sejam um avanço na arbitragem internacional para países da América Latina, a Convenção de Montevidéu não obteve o êxito esperado, primeiro porque não atingiu completamente seu objetivo de suprir as lacunas da

⁷⁴ LEE, João Bosco, A aplicabilidade da Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional, cit., p. 216.

⁷⁵ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos, *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução: teoria e prática*, cit., p. 126-128.

Convenção do Panamá, talvez porque não tenha apenas versado sobre arbitragem, e, em segundo lugar, porque o texto contradiz a antecessora em alguns pontos.

Entretanto, o mais grave é que a Convenção de Montevideu trouxe em seu artigo 3º a necessidade do duplo *exequatur*, que já havia sido eliminado pela Convenção de Nova Iorque, representando um retrocesso para a arbitragem internacional, nesse aspecto.

A Convenção foi ratificada por 10 países⁷⁶, incluindo o Brasil, que a ratificou em 1995 e teve seu texto promulgado no país através do Decreto n. 2.411, de 2 de dezembro de 1997.

Até a ratificação da Convenção de Nova Iorque em 2002, a Convenção do Panamá de 1975, em conjunto com a Convenção de Montevideu de 1979, exerceram um papel importante no fomento do uso da arbitragem internacional, no contexto dos países que a ratificaram.

Nádia Araújo e Lauro da Gama e Souza Júnior salientam que “a ratificação dessas duas convenções interamericanas pavimentou o caminho para a plena aceitação da Convenção de Nova Iorque no Brasil”.⁷⁷

Portanto, embora não se saiba da aplicação concreta dessas Convenções pelo nosso Supremo Tribunal Federal, ambas podem ser aplicadas subsidiariamente à Convenção de Nova Iorque em caso de lacuna, e ainda não se pode ignorar o fato de que serviram para quebrar alguns preconceitos sobre a arbitragem internacional em nosso país.

2.3.2.3 Protocolo de Las Leñas de 1992

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) surgiu com o advento do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, formado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai,

⁷⁶ Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela (Disponível em: <www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm>. Acesso em: 30 mar. 2006).

⁷⁷ ARAÚJO, Nádia de; SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. A arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 0, p. 69-90, 2003.

seguindo a tendência global de união de países em blocos para o fortalecimento de sua economia e conseqüentemente de sua representatividade diante de outros países.

Conforme destaca Cláudio Finkelstein, o Mercosul foi a tentativa de integração regional mais ousada até então ocorrida na América Latina, em razão de seus resultados práticos de integração econômica e da vontade política de tornar a integração mais ampla, em outros aspectos.⁷⁸

Nesse contexto, com o intuito de harmonizar seus sistemas jurídicos, em 1992 o Mercosul negociou o Protocolo de Cooperação e Assistência Mútua Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), promulgado no Brasil através do Decreto n. 2.067, de 1996.

Entre as principais inovações trazidas pelo Protocolo, José Carlos de Magalhães ilustra o fato de que “a sentença proveniente de um país produzirá efeitos diretamente em outro, sem o procedimento de homologação de sentença estrangeira, a que estão submetidas todas as demais provenientes de países de fora desta área”.⁷⁹

Embora o Protocolo não verse especificamente sobre a arbitragem comercial internacional, traz em alguns artigos dispositivos acerca do reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros.

Nesse sentido, o Capítulo V do Protocolo dispõe, em seus artigos 18 a 24, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros proferidos nos Estados-partes, em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativo, e ainda, na esfera penal, a respeito da reparação de danos e restituição de bens.⁸⁰

Importante notar que diferentemente das outras convenções já adotadas pelos Estados-partes, a incorporação da sentença ou laudo arbitral estrangeiro se fará por

⁷⁸ FINKELSTEIN, Cláudio. *O processo de formação de mercados de bloco*. São Paulo: IOB-Thompson, 2003. p. 117.

⁷⁹ MAGALHÃES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 109.

⁸⁰ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos, *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução: teoria e prática*, cit., p. 132-138.

intermédio de uma Autoridade Central, que será responsável por pedir a execução por meio de carta rogatória⁸¹, com o objetivo de simplificar o processo de homologação de decisões provenientes do Mercosul.

Em que pese essa disposição ser uma inovação no direito brasileiro, é de se observar que as sentenças e laudos arbitrais devem obedecer a requisitos de validade para a concessão do *exequatur*, conforme os artigos 20 e 21 desse diploma legal, e que deverão ser devidamente analisados pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸²

Outrossim, a ratificação do Protocolo pelo Brasil suscitou dúvida quanto à inconstitucionalidade de seu texto, à vista do artigo 102, “h” da Constituição Federal de 1988, que confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação de sentença estrangeira e o *exequatur* das cartas rogatórias.

Todavia, como argumenta José Carlos Magalhães, a Constituição “não diz que todas as sentenças proferidas no exterior devam ser homologadas. O que diz é que, sendo necessária a homologação, ela será feita pelo Superior Tribunal de Justiça, e não por outro órgão do Poder Judiciário”.⁸³

Além da questão do *exequatur*, é preciso atentar ao fato de que, no que concerne às decisões que se quer executar em vista desse Protocolo, o artigo 22 prevê que, no caso de litispendência, não se reconhecerá a sentença estrangeira. Trata-se de uma novidade no direito internacional pois, como é sabido, nos termos do artigo 90 do Código de Processo Civil, não há litispendência nesse segmento do direito, porque aceitar a litispendência em alguns casos pode significar “abrir mão” de uma parcela da soberania dos Estados.

Assim, de maneira geral, observa-se pela redação do Protocolo de Las Leñas que os países do Mercosul buscaram dar um tratamento diferenciado às sentenças e laudos

⁸¹ “Artigo 19 - O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central.”

⁸² Conforme a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao Superior Tribunal de Justiça compete a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. No que tange ao procedimento, o Superior Tribunal de Justiça, pela Resolução n. 9/2005, incorporou o Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal que, em seus artigos 225 a 229, prevêem disposições sobre a carta rogatória.

⁸³ MAGALHÃES, José Carlos, *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*, cit., p. 124.

estrangeiros provenientes dos países-membros, até porque todos eles já haviam ratificado as Convenções do Panamá e de Montevidéu. No entanto, é preciso ter em mente que o *exequatur* da carta rogatória não se trata de uma panacéia, pois o cumprimento poderá ser lento, em decorrência da morosidade e burocracia das autoridades competentes.

2.3.2.4 Acordo de Buenos Aires de 1998

Ainda no âmbito do Mercosul, foram firmados dois acordos sobre arbitragem comercial, mais especificamente um referente à convenção arbitral, ao procedimento arbitral e ao direito aplicável ao mérito do litígio, matérias exclusivamente voltadas para partes privadas, que é o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul de 1998 (Acordo de Buenos Aires).

Esses acordos firmados entre os Estados-partes e também entre eles e a Bolívia e o Chile não trouxeram inovações, remetendo em alguns casos a outras Convenções, como a do Panamá, Montevidéu e o Protocolo de Las Leñas.

Além das Convenções apresentadas, existem algumas que foram criadas em outras regiões para tratar da arbitragem comercial internacional direta ou indiretamente, entre elas a Convenção Européia de Genebra de 1961, a Convenção Européia de Estrasburgo de 1966, a Convenção de Moscou de 1972, a Convenção de Amã de 1987 e o Tratado de Ohada de 1993.

Todavia, como já mencionado, a maioria das Convenções perdem um pouco a sua importância quando comparadas à Convenção de Nova Iorque, especialmente porque muitas se basearam nela para elaborar os seus textos e geralmente foram criadas por países que ainda não haviam aderido à Convenção de Nova Iorque.

Com a ratificação da Convenção de Nova Iorque, a aplicação das demais Convenções, em linhas gerais, passou a ser subsidiária.

A seguir, trataremos da principal convenção de arbitragem a vocação universal, a Convenção de Nova Iorque de 1958.

3 CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958

A Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, conhecida como Convenção de Nova Iorque, foi elaborada pela Câmara de Comércio Internacional em 1953 e aprovada pela Organização das Nações Unidas em 10 de junho de 1958.⁸⁴

No Brasil, esse diploma legal foi ratificado e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 52, de 25 de abril de 2002, completando “uma evolução iniciada com a elaboração e aprovação da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996”.⁸⁵

A Convenção de Nova Iorque representou um marco na época de sua criação, pois trouxe inovações que os antigos Tratados de Genebra não trouxeram, motivo pelo qual foi tão bem aceita pela comunidade internacional, tendo sido ratificada por 137 países até a elaboração desta dissertação.⁸⁶

A grande adesão a essa Convenção pela comunidade internacional é que faz dela uma fonte pública multilateral a vocação universal, sendo a mais importante convenção referente à arbitragem dos nossos tempos.

⁸⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958. towards a uniform judicial interpretation*, cit. Ressaltamos que essa obra foi utilizada como a principal referência deste capítulo, uma vez que se trata da principal e uma das quase únicas obras completas sobre o assunto.

⁸⁵ WALD, Arnaldo. A Convenção de Nova Iorque. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, n. 16, p. 325-390, abr./jun. 2002.

⁸⁶ Estados ratificantes: Afeganistão, África do Sul, Albânia, Alemanha, Antigua e Barbuda, Arábia Saudita, Argélia, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Belarus, Benin, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Botsuana, Brasil, Brunei, Bulgária, Burkina Faso, Camarões, Camboja, Canadá, Cazaquistão, Chile, China, Chipre, Cidade do Vaticano, Cingapura, Colômbia, Coreia, Costa do Marfim, Costa Rica, Croácia, Cuba, Dinamarca, Djibuti, Dominica, Egito, El Salvador, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Filipinas, Finlândia, França, Gana, Geórgia, Grécia, Guatemala, Guiné, Haiti, Honduras, Hungria, Índia, Indonésia, Irlanda, Irã, Islândia, Israel, Itália, Iugoslávia, Jamaica, Japão, Jordânia, Kuwait, Laos, Lesoto, Letônia, Líbano, Libéria, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Madagascar, Malásia, Mali, Malta, Marrocos, Maurício, Maurítania, México, Moçambique, Moldávia, Mônaco, Mongólia, Nepal, Nicarágua, Níger, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia, Omã, Países Baixos, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, Qatar, Quênia, Quirguistão, Reino Unido, República Centro-africana, República Dominicana, República Tcheca, Romênia, Rússia, San Marino, São Vicente e Granadinas, Senegal, Sérvia e Montenegro, Síria, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Tailândia, Tanzânia, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uganda, Uruguai, Usbequistão, Venezuela, Vietnam, Zâmbia e Zimbábue. Disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 30 mar. 2006).

3.1 Campo de aplicação

A Convenção de Nova Iorque versa sobre o reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros e esclarece, em seu artigo I, que “laudo estrangeiro é aquele proferido no território de outro Estado”.⁸⁷

Domenico Di Pietro ensina que “reconhecimento e execução são considerados estágios diferentes dos direitos e obrigações das partes. Reconhecimento trata-se da ciência do *status quo* regulado pelo laudo proferido pelo tribunal arbitral. O objetivo do reconhecimento de um laudo arbitral é tanto fazer a decisão de uma arbitragem conhecida como modificar devidamente a relação entre as partes”⁸⁸. O reconhecimento, portanto, promove às partes uma mera declaração daquilo que foi regulado pelo laudo arbitral.

Por outro lado, a execução confere às partes a aplicação prática da decisão tomada na arbitragem, ou seja, o objetivo da execução é fazer valer o laudo arbitral⁸⁹. Como ensina Cláudio Finkelstein, “é a internalização, no nosso caso o processo de homologação, em que se outorga ao ato jurídico estrangeiro característica necessária à sua execução no Estado requerido”.⁹⁰

Todavia, a execução não pode existir sem o reconhecimento, e embora ele não surta efeitos imediatos, estabelece condições objetivas para o exercício dos futuros direitos.

Feita a distinção entre o reconhecimento e a execução de um laudo arbitral, voltemos a analisar o objeto da Convenção, que é amplo, tendo em vista a adoção do

⁸⁷ “Artigo I (1) - A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.”

⁸⁸ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*. London: Cameron May; International Law Publishers, 2001. p. 22.

⁸⁹ A execução de um laudo arbitral não difere muito da execução forçada como fase processual, qual seja, “a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção”, isso porque, assim como na sentença judicial, caso o devedor não cumpra o que foi decidido judicialmente e transitado em julgado, só resta ao credor fazer uso do remédio jurídico denominado processo de execução. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 23. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005. p. 34).

⁹⁰ Notas de aula sobre Jurisdição Internacional ministrada no Curso de Contratos Internacionais da PUC-SP/COGEAE.

critério da territorialidade para definir o seu uso, permitindo que seja aplicada a um Estado contratante ou não.

Diferentemente da Convenção de Genebra de 1927, que somente se aplicava a Estados contratantes, a Convenção de Nova Iorque inova, não restringindo seu campo de aplicação somente aos Estados contratantes.

Esse tratamento igualitário conferido pela Convenção de Nova Iorque aos laudos arbitrais proferidos em Estados contratantes ou não contratantes caracteriza a sua universalidade.

3.1.1 Reserva de reciprocidade

Segundo o artigo I (3), é permitido aos países contratantes fazer reserva de reciprocidade, limitando a aplicação apenas a laudos proferidos em Estados contratantes.⁹¹

Importante notar que o Brasil, ao ratificar a Convenção, não fez reserva de reciprocidade, também chamada de reserva a universalidade, fazendo com que qualquer laudo proferido em outro Estado que venha a ser executado no Brasil deve seguir as regras da Convenção, não importando se o Estado em que foi decidida a sentença arbitral é contratante ou não.

É de se observar que cada vez mais a reserva de reciprocidade vem se tornando desnecessária, tendo em vista a quantidade de países que ratificou a Convenção, incluindo todos os países desenvolvidos e grande parte dos países em desenvolvimento que movimentam o comércio internacional.

⁹¹ “Artigo I (3) - Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução apenas de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.”

De qualquer maneira, é importante tomar o cuidado, ao escolher o lugar da arbitragem, de verificar se o país é um Estado contratante ou não, visando evitar dificuldades na execução do laudo produzido naquele país.

3.1.2 Nacionalidade das partes

O campo de aplicação independe da nacionalidade das partes, o que significa que a Convenção é aplicável ainda que a nacionalidade de uma das partes de um laudo arbitral seja de um país que não a tenha ratificado, bem como no caso de um laudo proferido no exterior, entre partes da mesma nacionalidade.

A questão da nacionalidade pode dificultar a execução do laudo arbitral, caso a legislação interna do país em que se pretende cumprir a decisão entenda o critério da nacionalidade como um elemento para determinar se uma arbitragem é doméstica.

Salvo na hipótese acima, a Convenção também se aplica na hipótese em que uma sentença arbitral é proferida no exterior para resolver uma disputa doméstica, o que, na prática, não é muito freqüente.

É sempre recomendável que as partes considerem o local dos bens como um dos critérios para a escolha do lugar da arbitragem, e em geral isso acontece no domicílio de uma das partes. Todavia, é possível que a parte demandada tenha bens no exterior e, por essa razão, a demandante resolva escolher o local da arbitragem no país em que a demandada possua bens para facilitar a execução.

3.1.3 Internacionalidade do objeto

Pode ocorrer ainda, no caso de uma arbitragem que envolva transações domésticas, que as partes resolvam decidir a disputa no exterior por ter uma lei nacional desfavorável, ou então se o país não possuir uma instituição de arbitragem adequada para administrar o procedimento arbitral.

Em que pese a Convenção não exigir para sua aplicação a natureza internacional da disputa ou distinção entre a nacionalidade, é preciso ter em mente que essa questão distingue-se dos casos em que as partes de mesma nacionalidade decidem resolver suas controvérsias com o objetivo de evasão fiscal e outras práticas consideradas ilícitas internacionalmente.

Nessa hipótese, o artigo V(2)(b) opõe-se à execução de laudos arbitrais estrangeiros contrários à ordem pública do país em que se requer o cumprimento da decisão.⁹²

A Convenção não é aplicável no país de origem, ou seja, naquele em que foi proferido o laudo. Nesse caso, para a Convenção, o laudo é considerado doméstico e deve seguir as regras internas para a execução do mesmo, o que em muitos países não é motivo de preocupação, pois geralmente o procedimento para executar um laudo arbitral doméstico é mais célere do que um laudo estrangeiro.

A segunda parte do artigo I(1) menciona que “a Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução”.

Essa previsão, embora mais difícil de ocorrer na prática, é possível se, por exemplo, as partes acordarem a arbitrar em um país A, sob as regras de uma lei arbitral do país B. Se o país A permitir que a arbitragem seja realizada com uma lei arbitral estrangeira, irá considerar o laudo produzido daquela arbitragem como não doméstico.

No Brasil, assumindo que às partes fosse lícito contratar sob a égide de lei estrangeira, ainda assim a sentença seria considerada doméstica, pois conforme o artigo 34 da Lei de Arbitragem, “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”, ou seja, assim como a Convenção de Nova Iorque, a

⁹² “Artigo 5 (2) - O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que (...) b) no reconhecimento ou execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”

Lei n. 9.307/96 adotou o critério da territorialidade para definir a internacionalidade da sentença arbitral.⁹³

Dessa feita, no Brasil, embora o procedimento arbitral seja realizado com base em uma lei estrangeira, se produzida no território nacional, será considerada doméstica, não se aplicando a segunda parte do artigo I da Convenção.

Vale indagar se o contrário, ou seja, caso dois brasileiros resolverem solucionar um litígio por via da arbitragem no exterior com a lei aplicável brasileira, ainda assim será internacional? Parece claro que sim, pois se consideramos a regra do princípio da territorialidade, o laudo poderia ser executado em qualquer lugar, inclusive no Brasil.

Por outro lado, em países que adotam a Lei Modelo da UNCITRAL, isso pode ocorrer, pois, de acordo com o seu artigo 3º⁹⁴, “uma arbitragem é internacional se as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção da arbitragem tem conexões com mais de um país”, e dessa forma é possível que um laudo arbitral proferido nessas condições seja considerado não doméstico.

Embora a segunda parte do artigo I seja aplicada alternativamente, confere certa discricionariedade à corte que irá analisar a execução do laudo arbitral, uma vez que poderá considerá-lo doméstico ou não.

Pela leitura do artigo I do diploma legal em discussão, tem-se que a Convenção pressupõe que o laudo seja regido por uma lei arbitral nacional, que em geral será a do país em que o laudo foi realizado. Portanto, excluem-se da proteção da Convenção laudos “anacionais”, supranacionais ou transnacionais.

⁹³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 350.

⁹⁴ “Artigo 3º - Uma arbitragem é internacional se: a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento: I) o lugar da arbitragem, se estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta; II) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção da arbitragem tem conexões com mais de um país.”

3.1.4 Reserva de comercialidade

Além da reserva de reciprocidade, o artigo I(3) prevê a possibilidade do país contratante fazer reserva comercial, ou seja, permite que um Estado reserve a aplicabilidade da Convenção “somente para diferenças decorrentes de relações legais, contratuais ou não, que são consideradas como comerciais sob a lei do Estado que fez tal declaração”.⁹⁵

Em suma, um Estado pode optar, ao ratificar a Convenção, que ela vigore apenas para “divergências oriundas de questões comerciais”.⁹⁶

O Brasil não fez qualquer reserva à Convenção, demonstrando sua disposição favorável à arbitragem e, além disso, segundo Arnoldo Wald “não há qualquer inconveniente ou prejuízo para o Brasil”⁹⁷ em não fazer as reservas permitidas pela Convenção.

Em relação à comercialidade das disputas, não seria coerente ao Brasil fazer reserva, uma vez que pelo artigo 1º da Lei 9.307/96, a arbitragem é admitida para dirimir conflitos que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, que englobam e extrapolam os comerciais.

Outros países, como os Estados Unidos e a China, fizeram reservas à aplicação da Convenção, e assim, é necessário atentar que caso a controvérsia seja resultante de uma relação civil, trabalhista, familiar ou penal cuja solução seja tomada no Brasil, em muitos países, o laudo produzido não poderá ser executado.⁹⁸

⁹⁵ No original: “*Only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the law of the State making such declaration*”. (VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 51 – Nossa tradução).

⁹⁶ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*, cit., p. 43.

⁹⁷ WALD, Arnoldo, *A Convenção de Nova Iorque*, cit., p. 328.

⁹⁸ A lista completa dos países que ratificaram a Convenção e as reservas por eles adotadas está disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>.

3.1.5 Convenção de arbitragem

Além do reconhecimento e execução dos laudos arbitrais estrangeiros, a Convenção de Nova Iorque também contempla a execução da convenção de arbitragem. Apesar do título incompleto da Convenção, em seu artigo II(1) prevê o reconhecimento do acordo de arbitragem pelo Estado signatário.

O artigo II não define acordo de arbitragem nos termos da Convenção, apenas menciona no seu item 2 que a convenção arbitral deverá ser escrita e poderá estar inserida em um contrato de arbitragem, assinado pelas partes, ou se dará em troca de telegrama ou correspondência.⁹⁹

No entanto, Philippe Fouchard ensina que “a expressão ‘convenção arbitral’ recorre na realidade duas noções diferentes: de um lado, a cláusula compromissória, inserida em um contrato e estipulando que todo o litígio que possa surgir à ocasião de tal contrato será resolvida pela via arbitral e, por outro lado, o compromisso de arbitragem, que é um acordo entre duas partes que decidem submeter tal ou tal árbitro ou instituição de arbitragem um litígio específico”.¹⁰⁰

Importante notar que para esse autor a convenção engloba a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, enquanto que a Lei de Arbitragem brasileira distingue-as, como veremos abaixo.

⁹⁹ “Artigo II - (1) Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível ou não de solução mediante arbitragem. (2) Entender-se-á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas. (3) O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

¹⁰⁰ No original: “*L’expression ‘convention arbitrale’ recouvre en réalité deux notions différentes: d’une part, la clause compromissoire, insérée dans un contrat et stipulant que tout litige qui pourrait surgir à l’occasion de ce contrat sera réglé par voie d’arbitrage, et d’autre part, le compromis d’arbitrage, qui est un accord entre deux parties qui décident de soumettre à tel ou tel arbitre ou institution arbitrale un litige précis qui les divise d’ores et déjà.*” (FOUCHARD, Philippe. *L’arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965. p. 53. Bibliothèque de Droit International Privé, v. 2 – Nossa tradução).

3.1.5.1 Cláusula compromissória e compromisso arbitral

A Convenção de Nova Iorque usa o termo “convenção de arbitragem”, sem se preocupar em distinguir cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Segundo Irineu Strenger, existe uma tendência da legislação interna, em países como a Bélgica, de eliminar a diferença entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, assim como na Convenção de Nova Iorque.¹⁰¹

Philippe Fouchard acrescenta que embora a distinção da cláusula compromissória e do compromisso arbitral traga importantes conseqüências no direito interno, no plano internacional, tanto a Convenção de Nova Iorque como o Protocolo de Genebra de 1923 não fazem diferença entre uma e outra, mas reconhecem como válidas ambas as formas de convenção de arbitragem.¹⁰²

No Brasil, embora a Lei de Arbitragem não considere mais a cláusula compromissória apenas um pré-contrato de compromisso, pois, conforme o artigo 5º, o juízo arbitral pode ser instaurado sem a necessidade do compromisso arbitral, esse diploma legal, seguindo o modelo francês de 1981, abre duas possibilidades para estabelecer a convenção arbitral: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.¹⁰³

Apesar de existirem distinções, conforme observa Carlos Alberto Carmona, ambas visam produzir o mesmo efeito, qual seja, de retirar do juiz estatal a competência para conhecer uma determinada controvérsia e fazer com que a solução seja feita pela via arbitral.¹⁰⁴

A Lei n. 9.307/96, em seu artigo 4º, estabelece que “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

¹⁰¹ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 138.

¹⁰² FOUCARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, cit., p. 53.

¹⁰³ “Artigo 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

¹⁰⁴ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 89.

É preciso ressaltar que no nosso ordenamento jurídico, a cláusula compromissória independe do contrato em que está inserida, ou seja, ela possui natureza de contrato com efeitos processuais, sendo completamente autônoma das relações pré-existentes.

Tanto é assim, que segundo Irineu Strenger, a “cláusula compromissória não é suscetível de extinguir-se pelo escoamento do prazo devido à prescrição, pela simples razão de que a prescrição de uma obrigação só pode começar a correr a partir do dia em que se torne exigível e a obrigação nascida da cláusula compromissória se torna exigível a partir do instante em que o litígio se instaurou”.¹⁰⁵

Como é bem de ver, a cláusula compromissória é um contrato *sui generis* com características próprias, e sua duração é ilimitada, pois seus efeitos perduram enquanto seja possível a existência de eventuais divergências, a não ser que as partes convençionem o contrário.

Para sua validade, tanto a Convenção de Nova Iorque, o nosso diploma legal interno, como diversas legislações e convenções internacionais, requerem seja feita por escrito, caso contrário, incorrerá em nulidade. A principal razão dessa exigência é trazer segurança jurídica para as partes.

Toby Landau¹⁰⁶ acrescenta que a necessidade da convenção arbitral escrita se deve a algumas razões, além da segurança jurídica, quais sejam promover o consenso entre as partes e evidenciar os termos da convenção.

Em relação ao consenso entre as partes, Toby Landau esclarece que o acesso à justiça é um direito, em geral considerado fundamental a todos os cidadãos em um Estado civilizado, seja escrito ou verbal. Todavia, as partes são livres para contratar a arbitragem e excluir seus litígios da via judicial, mas como se trata de um passo importante, os Estados têm interesse em garantir que o contrato firmado entre as partes reflita um consentimento verdadeiro, por serem parte da administração pública da justiça.

¹⁰⁵ STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998. p. 45.

¹⁰⁶ LANDAU, Toby. The written form requirement for a arbitration agreement: when “written means” oral. In: INTERNATIONAL ARBITRATION CONFERENCE, 2002 London. *International commercial arbitration: important contemporary questions*. Londres: Kluwer Law International, 2002. p. 19-81.

Assim, a maneira de demonstrar esse consentimento entre as partes, de contratar a arbitragem e excluir ou renunciar o acesso à via judicial somente é alcançado por meio de convenção escrita.

Além disso, a convenção escrita tem a função de prova, pois considerando a importância dos direitos que estão sendo substituídos, é necessário provar o consentimento das partes à arbitragem com alguma certeza.

Ademais do consentimento, é importante às partes assegurar os termos da convenção de arbitragem, *v.g.* se a arbitragem será institucional ou *ad hoc*, a lei, o local, o idioma etc.; os demais termos processuais devem se claros e suscetíveis de prova, para reduzir a possibilidade de a cláusula arbitral ter que ser revista judicialmente, e também para facilitar o reconhecimento e a execução da convenção de arbitragem.

Nesse sentido, Thomas Carbonneau¹⁰⁷ adverte que uma redação bem elaborada da convenção de arbitragem, em especial da cláusula compromissória, é de extrema importância, sugerindo que as partes devem mencionar claramente que tipo de disputas as partes desejam submeter à arbitragem, os árbitros ou o procedimento arbitral, a lei de regência, o escopo legal e os efeitos da convenção de arbitragem, a confidencialidade, entre outros aspectos que podem trazer mais clareza e certeza para as partes.

Outrossim, Toby Landau adverte que a Convenção de Nova Iorque exige, além da forma escrita, que a convenção de arbitragem seja assinada pelas partes e critica o fato dela estar desatualizada em relação às possíveis formas de troca de cartas ou telegramas, em razão dos avanços tecnológicos que permitem que as pessoas contratem via telefone, internet, etc.¹⁰⁸

Contudo, alterar a Convenção por meio de aditivo ou protocolo seria um processo complexo, tendo em vista tratar-se de um instrumento antigo, ratificado por 137 países. Dessa forma, ainda que houvesse vontade política, a ratificação do protocolo certamente

¹⁰⁷ CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 744-751.

¹⁰⁸ LANDAU, Toby, *The written form requirement for a arbitration agreement: when “written means” oral* cit., p. 19-81.

levaria alguns anos, o que poderia arruinar o sucesso obtido pela Convenção ao longo dos últimos anos.

Nosso diploma legal, diferentemente da Convenção de Nova Iorque, não menciona expressamente a necessidade de assinatura das partes para a validade da cláusula arbitral. No entanto, nesse ponto, entendemos que, na prática, a assinatura é necessária para demonstrar a aceitação e a consensualidade das partes, sem as quais a cláusula seria nula, assim como em qualquer contrato.

Todavia, é importante lembrar que no Superior Tribunal de Justiça, restou decidido que “tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória”¹⁰⁹, ou seja, ainda que o contrato que continha a cláusula compromissória não tenha sido firmado pela requerida, fica comprovado o pacto se as partes participarem do processo arbitral sem contestar o fato.

Ademais da cláusula compromissória, o artigo 9º da Lei n. 9.307/96 prevê a possibilidade do juízo arbitral ser instituído através do compromisso arbitral.

Ocorre que esse tipo de convenção de arbitragem é elaborado quando já existe uma divergência ou litígio instaurado, diferente da cláusula compromissória, que é relativa a litígios futuros.

Em nosso país, a falta de previsão das regras arbitrais, nos termos do artigo 5º da Lei de Arbitragem, faz com que as partes tenham que firmar um compromisso arbitral. Quando isso ocorre, a cláusula compromissória é chamada pela doutrina de cláusula arbitral vazia; nesse caso, se as partes não chegarem a um acordo e assinarem o compromisso, estarão sujeitas a levar a demanda ao Poder Judiciário para resolver o

¹⁰⁹ STJ – Sentença Estrangeira Contestada n. 856, EX (2005/0031430-2), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU*, de 27.06.2005, p. 203.

conflito¹¹⁰, dando início à arbitragem. Se houver vinculação a alguma Câmara, usar-se-ão suas regras e iniciará o processo arbitral.

Para esclarecer a questão relativa à cláusula compromissória cheia ou vazia, serve como exemplo o julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo de agravo de instrumento tendo como agravantes a Renault do Brasil S.A. e outras e agravado Carlos Alberto de Oliveira Andrade (CAOA) e outras, em que ficou acordado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, considerando que: “Tem-se, assim, dois tipos de cláusula compromissória. Uma, que não prevê as regras sobre a forma de instituição de arbitragem. Outra, que a prevê. Estas denominadas completas, ou cheias; aquelas vazias. (...) entendemos que somente às cláusulas compromissórias vazias é que se faz mister a intervenção judicial”.¹¹¹

Existem várias correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do compromisso arbitral. Alguns autores, como Clóvis Bevilacqua¹¹² e J. M. de Carvalho Santos¹¹³, entendem que o compromisso arbitral é um ato jurídico que tem por fim extinguir obrigações. Washington de Barros Monteiro¹¹⁴, por sua vez, considerava o compromisso arbitral um acordo de vontades sem caráter contratual, todavia, com a mudança do Código Civil de 2002, a natureza jurídica do compromisso arbitral passou a ser a de contrato.

Pontes de Miranda define o compromisso arbitral como um contrato processual “pelo qual os figurantes se submetem a respeito de direito, pretensão, ação ou exceção sobre que há controvérsia, à decisão de árbitro”.¹¹⁵

¹¹⁰ “Artigo 6º - Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único - Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o artigo 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.”

¹¹¹ TJSP – AG n. 124.217.4/0/ São Paulo, Des. Silveira Netto.

¹¹² BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946. v. 4, p. 191, artigo 1.037.

¹¹³ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. 14, p. 11.

¹¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 2. parte*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5, p. 402.

¹¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 15, p. 203.

Do mesmo modo, Irineu Strenger diz que a ele parece acertada a solução que considera “o compromisso um contrato de efeitos processuais. Isso não significa que é um contrato estritamente processual, e que seu único fim é a derrogação da norma de competência judicial. Tanto isso é verdade que ninguém contesta a aplicabilidade ao compromisso de muitas das regras gerais sobre os contratos e, em particular, aquelas relativas aos vícios de vontade e à interpretação”.¹¹⁶

Carlos Alberto Carmona conclui que “o compromisso é um negócio jurídico processual através do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis, deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral”.¹¹⁷

Na prática, o compromisso arbitral pode ser judicial ou extrajudicial, por instrumento público ou particular, neste caso sendo necessária duas testemunhas, conforme o artigo 104, III do Código Civil.

Além disso, o compromisso arbitral pode ser celebrado a qualquer momento, inclusive com um processo judicial em curso, desde que não exista sentença definitiva ou transitada em julgado.

3.1.5.2 Execução do acordo de arbitragem

Albert van den Berg¹¹⁸ ensina que embora o artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque não defina a que tipo de acordo ela se aplica, por analogia entende-se que se no mesmo estiver expresso que o lugar da arbitragem se situa em outro Estado, ela se aplica na execução do acordo.

Se o Estado indicado pela convenção de arbitragem tiver feito reserva de reciprocidade, o acordo poderá ser executado aplicando-se a Convenção somente se o

¹¹⁶ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 128.

¹¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 171.

¹¹⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 70.

Estado em que a arbitragem irá ocorrer for um Estado contratante, em analogia ao que ocorre com o laudo arbitral estrangeiro.

Em ambos os casos, a nacionalidade das partes e a internacionalidade do objeto da arbitragem são elementos necessários para caracterizar a aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque.

Ademais, se a arbitragem tiver ocorrido no local em que será executado, o artigo II(3) da Convenção será aplicável somente se pelo menos uma das partes for estrangeira ou se a relação for internacional, ou ainda se ambas condições estiverem presentes.

Caso a convenção de arbitragem não indique o lugar da arbitragem nem a instituição que poderá decidir o local, deverão ser consideradas as mesmas condições pelo tribunal para a sua execução.

Nesse sentido, João Bosco Lee¹¹⁹ chama a atenção para o duplo efeito da convenção de arbitragem em relação à sua validade: (i) efeito negativo de competência do juízo de um Estado signatário que, ao tomar conhecimento da existência de um acordo de arbitragem sobre a matéria objeto da ação, deve encaminhar as partes à arbitragem, a pedido de uma delas, ao menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável; e (ii) efeito positivo, qual seja, submeter o litígio a arbitragem.

No Brasil, o juiz não extingue o processo de ofício, se houver cláusula compromissória, pois a parte precisa alegar tal exceção, uma vez que a incompetência é relativa.

Em conclusão, a convenção de arbitragem também está amparada pela Convenção de Nova Iorque, desde que feita por escrito e inserida em um contrato firmado pelas partes, ou ainda em troca de correspondência pelas partes.

¹¹⁹ Notas de aula ministrada no Curso de Contratos Internacionais da PUC-SP/COGEAE.

3.1.6 Retroatividade

A Convenção de Nova Iorque não prevê a questão da retroatividade. Dessa forma, não há entendimento judicial uniforme sobre ter a Convenção efeito retroativo ou não.

Diferentemente da Convenção de Genebra de 1927, que em seu artigo 6º estabelece que a convenção se aplica somente para laudos arbitrais feitos após a entrada em vigor da Convenção, o artigo VII(2) da Convenção de Nova Iorque dispõe que “o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando e na medida em que eles se tornem obrigados pela presente Convenção”.

Essa disposição da Convenção de Nova Iorque remete à retroatividade, uma vez que os laudos ou acordos de arbitragem produzidos antes da vigência da Convenção, que eram amparados pelo Protocolo de Genebra ou pela Convenção de Genebra, ao que tudo indica, passaram a ser regidos pela Convenção de Nova Iorque.

Outrossim, o intuito da Convenção de Nova Iorque é facilitar o procedimento de reconhecimento e execução dos acordos e laudos arbitrais, outorgando ao procedimento arbitral internacional a segurança e a previsibilidade necessária ao convívio internacional.

Assim, na opinião de Albert van den Berg¹²⁰, embora a Convenção não contenha previsão expressa a respeito do seu efeito retroativo, ela pode ser aplicada retroativamente, em todos os casos que sejam reconhecidos ou executáveis nos termos da Convenção, não importando quando o acordo ou o laudo arbitral tenha sido produzido.

¹²⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 80.

3.1.7 Conflito entre a Convenção de Nova Iorque e outros textos

Como já analisado, se existem laudos arbitrais que são amparados pela Convenção de Nova Iorque, o mesmo deve ocorrer em relação às leis domésticas dos países em que eles são produzidos, ou mesmo podendo ocorrer em relação a tratados bilaterais ou multilaterais sobre arbitragem.

Para resolver a questão da competência concorrente entre a lei doméstica, outros tratados e a Convenção de Nova Iorque para a execução do laudo arbitral estrangeiro, o artigo VII(1) prevê que “as disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários, nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada”.

De acordo com esse texto, as partes têm liberdade de escolher executar o laudo arbitral com base em uma lei doméstica ou em um tratado, ao invés da Convenção de Nova Iorque. Prevalece o direito mais favorável à execução da sentença arbitral.

Além disso, essa disposição prevê expressamente que a Convenção não afeta a validade de outros tratados no campo da arbitragem, conforme o princípio da compatibilidade.

A questão da compatibilidade refere-se a somente tratados anteriores e, além disso, é preciso observar as regras gerais de conflito, nos termos dos tratados.

A Convenção somente prevalecerá sobre uma lei doméstica caso seja mais favorável ao reconhecimento e à execução de laudos arbitrais estrangeiros. Nesse sentido, verificamos que a nossa Lei de Arbitragem, em relação à execução de laudos arbitrais estrangeiros, se assemelha à Convenção de Nova Iorque.

Contudo, o artigo 38, V da nossa Lei de Arbitragem é a única exceção à aplicação da Convenção de Nova Iorque, pois prevê que “a instituição da arbitragem não está de

acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória”, enquanto que a Convenção, em seu artigo V(1)(d), dispõe que “a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu”.

Como se vê, a Lei n. 9.307/96 não faz referência à lei do local da arbitragem, sendo portanto nesse ponto específico mais favorável que a Convenção de Nova Iorque. Entretanto, na prática, ainda não verificamos nenhum caso nesse sentido.

No caso dos Estados Unidos, há precedente no sentido de aplicar a lei doméstica e não a Convenção de Nova Iorque, por considerá-la mais favorável. Essa decisão da corte americana ocorreu no caso *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*¹²¹, que envolveu a disputa entre a Chromalloy Aeroservices, uma empresa americana, e o Egito, em relação à rescisão por esse país do contrato de fornecimento de equipamentos, manutenção e reparo de helicópteros à Força Aérea do Egito. A Chromalloy iniciou a arbitragem no Egito, conforme a cláusula compromissória do contrato, que previa que as controvérsias daquele contrato seriam resolvidas por meio de arbitragem no Cairo e de acordo com as leis do Egito. O contrato também previa que o laudo arbitral produzido seria eficaz e executável e que não poderia ser objeto de qualquer recurso. A Chromalloy obteve laudo arbitral favorável e propôs a execução da decisão nos Estados Unidos.

Ocorre que o Egito apelou da decisão arbitral à Corte de Apelação do Egito que, por seu turno, anulou o laudo arbitral.

O Juízo americano aplicou tanto a Federal Arbitration Act (FAA, uma lei doméstica americana) quanto a Convenção de Nova Iorque. Embora reconhecesse que o artigo V(1) (e) permite que a execução do laudo arbitral estrangeiro seja indeferida caso a sentença tenha sido anulada por autoridade competente do país em que a sentença tenha sido proferida, o Juízo concluiu que, conforme o artigo VII da Convenção, pode ser aplicada a lei mais favorável à execução do laudo arbitral.

¹²¹ FREYER, Dana. United States recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards: the aftermath of the Chromalloy case. *Journal of International Arbitration*, v. 17, n. 2, p. 1-9, 2000.

No caso específico, foi aplicada a Seção 10 do FAA, por entender que a execução do laudo não poderia ser negada, em razão de sua anulação pela Corte egípcia, uma vez que essa decisão seria inválida por erro material, nos termos da cláusula compromissória que dispôs que o laudo arbitral seria eficaz, executável e não poderia ser objeto de recurso.

A decisão da corte americana é no entanto questionável, uma vez que a seção 10¹²² do FAA se aplica somente a laudos proferidos nos Estados Unidos. Esse caso é conhecido com um *leading case* para a questão da aplicação da lei mais favorável e ainda da autonomia da vontade das partes, que é um dos principais pontos fortes da Convenção de Nova Iorque, em relação aos demais tratados sobre o tema.¹²³

A importância do caso Chromalloy se deve também ao fato de ter sido processada uma execução quando o laudo não era ainda definitivo, vez que havia ação em curso que por fim anulou o laudo em seu foro de origem.

A previsão de que deve prevalecer o direito mais favorável da Convenção de Nova Iorque é uma consequência do seu objetivo de facilitar a execução do laudo arbitral estrangeiro.

Importante observar que embora a Convenção de Nova Iorque mencione que qualquer parte interessada pode invocar a lei mais favorável para executar a sentença arbitral, na prática é a parte que pretende a execução que pede a aplicação de um direito mais favorável, pois apesar da previsão ser mais ampla, não faria sentido o contrário, isto

¹²² “Section 10 - Same; vacation; grounds; rehearing (a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration. (1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means. (2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them. (3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced. (4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made. (5) Where an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators. (b) The United States district court for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 590 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 582 of Title 5.”

¹²³ GIARDINA, Andréa. The international recognition and enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin. *Rivista de Diritto Internazionale Privado e Processuale*, Padova, v. 37, n. 2, p. 265-278, apr./giug. 2001.

é, a outra parte argüir a lei mais favorável para a não execução do laudo arbitral, tendo em vista que não é esse o escopo da Convenção.

Outrossim, em que pese a liberalidade da Convenção de Nova Iorque, uma vez escolhida pela parte uma lei doméstica aplicável à execução da sentença arbitral, a exclusão da aplicação da Convenção é total, não sendo possível combinar a Convenção com outra lei ou tratado.

Tal combinação, conforme entende Albert van den Berg, “iria contradizer a interdependência das disposições da Convenção que devem ser consideradas no seu todo”.¹²⁴

Em relação às leis domésticas, é de se observar que a consequência da disposição da aplicação da lei mais favorável é que a Convenção de Nova Iorque não revoga uma lei doméstica sobre execução de um laudo arbitral estrangeiro na qual é requerida homologação.

Quanto ao conflito de tratados, os princípios *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali* são substituídos por um terceiro, o princípio da eficácia máxima que, em relação à arbitragem, garante que se um laudo não for executável perante um tratado que poderia ser aplicado, mas puder ser executável nos termos de outro tratado aplicável, esse outro tratado será aplicado, independentemente de ser anterior ou posterior, geral ou específico.

Tanto a previsão de compatibilidade quanto a da lei mais favorável são reflexos do princípio da eficácia máxima, que é um dos pontos que mais favorece a Convenção de Nova Iorque, em relação aos outros tratados.

A única exceção a esse princípio é a aplicação do Protocolo de Genebra de 1923 e da Convenção de Genebra de 1927, que foram expressamente revogados pela Convenção de Nova Iorque, na medida que os Estados se tornem signatários, de acordo com o artigo VII(2).

¹²⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 86.

Essa previsão foi necessária, uma vez que o propósito da Convenção de Nova Iorque foi revisar a Convenção de Genebra de 1927, que não mais satisfazia às necessidades da comunidade internacional, e para evitar confusões, caso ainda permanecesse em vigor.

3.2 Execução do acordo de arbitragem

Segundo o artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque, para que o acordo de arbitragem seja executado, é necessário que o preencha alguns requisitos lá alistados, que serão tratados detalhadamente a seguir.

Ressalta-se, porém, que a Convenção não usa o termo “execução”, em relação ao acordo de arbitragem, mas apenas dispõe sobre a matéria de forma mais genérica, como o reconhecimento.

Nesse contexto, os artigos II e V(1)(a) da Convenção são transcritos abaixo, para facilitar a análise das condições nas quais o juiz deve encaminhar as partes à arbitragem:

“Artigo II

1 - Cada Estado signatário deverá reconhecer o *acordo escrito* pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si, no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, *seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível ou não de solução mediante arbitragem.*

2 - Entender-se-á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, *firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.*

3 - O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, *a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.*

(...)

Artigo V

1 - a) as partes do acordo a que se refere o artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida.”
(grifamos)

Antes de adentrar a questão das condições para o encaminhamento das partes à arbitragem pelo Juízo, é importante analisar qual será a lei aplicável ao acordo de arbitragem, isso porque a Convenção traz conceitos genéricos para a execução do acordo de arbitragem, não tendo como prever todas as circunstâncias, motivo pelo qual, em alguns casos, é necessário que as partes façam uso de lei doméstica ou interna.

De acordo com Albert van den Berg, as partes podem utilizar a lei doméstica nas seguintes hipóteses: a lei do foro, em casos de arbitrabilidade e em questões procedimentais não reguladas pela Convenção; a lei aplicável ao acordo arbitral, como, por exemplo, para determinar sua validade, tendo em vista que não suspende a Convenção; ou a lei aplicável às partes, para determinar a capacidade para participar da arbitragem.¹²⁵

Como aduz o artigo V(1)(a), as partes podem submeter o acordo de arbitragem à lei de sua escolha e, caso a escolha não seja feita, o acordo de arbitragem será regulado pela lei do país onde o laudo foi proferido. Na prática, é muito comum que as partes não escolham expressamente a lei que rege o acordo de arbitragem, mas sim o procedimento arbitral, sendo portanto quase sempre a mesma lei aplicável tanto para o acordo de arbitragem, o procedimento arbitral e o laudo arbitral.

Tratada a questão da lei aplicável ao acordo de arbitragem, passemos a analisar os aspectos formais e essenciais à validade do acordo de arbitragem, segundo define o artigo II da Convenção, pois uma vez preenchidos os seus requisitos, a corte jurisdicional deve remeter as partes à arbitragem.

¹²⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 123.

Inicialmente, é necessário que exista uma disputa entre as partes, passível de ser resolvida pela arbitragem. No Brasil, questões versando sobre direitos patrimoniais disponíveis¹²⁶. Além disso, a Convenção requer seja o acordo escrito e que exista uma relação bem definida entre as partes, ainda que não seja contratual.

Outrossim, é importante ressaltar que a corte somente poderá instaurar o procedimento arbitral a pedido de pelo menos uma das partes, ou seja, ainda que estejam presentes todos os requisitos para levar uma disputa relativa a um contrato à arbitragem, o juiz não pode obrigar as partes a participarem de um processo arbitral, pois é necessário que exista manifesta vontade das partes em fazê-lo e a renunciarem ao seu direito de recorrer à justiça comum para resolver suas controvérsias.

Assim, caso as partes não requeiram que suas disputas sejam resolvidas por meio de arbitragem, o juiz estatal tem competência jurisdicional para resolver o conflito, mesmo que exista um acordo arbitral válido, ou seja, a falta do pedido das partes pode ser interpretada como uma renúncia tácita à via arbitral.

Como ensina Cláudio Finkelstein em parecer não publicado, no Brasil, segundo as nossas regras de processo civil, é necessário que a parte interessada em iniciar uma arbitragem, com fundamento em uma convenção arbitral, alegue a exceção da arbitrabilidade em preliminar da eventual ação judicial.

Uma vez que o processo judicial se iniciou, e em diversas fases processuais e audiências as partes não mencionaram que havia uma cláusula arbitral no contrato a tempo, conclui-se que houve uma renúncia tácita à arbitragem, tendo a cláusula arbitral se tornado inoperante.

Para corroborar sua opinião, Klaus Peter Berger afirma que “existe um cenário em que a Corte pode ser confrontada com a questão da validade do acordo de arbitragem, mesmo após a constituição do tribunal e até antes do tribunal ter decidido o caso. Se uma parte processa outra perante a Corte alemã e a requerida em tal procedimento invoca o acordo de arbitragem antes do início da apreciação da matéria da ação, a Corte poderia

¹²⁶ Vide Artigo 1º do Anexo II.

rejeitar a ação como inadmissível, conforme a Seção 1032 (1), se for concluído no exame que o acordo de arbitragem é nulo, inoperante ou incapaz de ser executado”.¹²⁷

Cumpra observar que a renúncia das partes à arbitragem pode ser tácita e a escolha pela via judicial implícita, mas o contrário não é permitido. Como na maioria dos países o acesso à justiça é uma garantia fundamental, sua renúncia quase sempre deve ser feita expressamente, sendo essa uma das razões pelas quais o acordo arbitral deve ser escrito e assinado pelas partes.

3.2.1 Requisitos formais

No Brasil, assim como em muitos países, a lei sobre arbitragem requer que a convenção de arbitragem seja escrita para que seja válida.¹²⁸

Os motivos para essa disposição legal são primordialmente uma questão de prova da mútua intenção das partes em submeter a disputa à arbitragem, e ademais, para deixar registrado que as partes estão renunciando expressamente a um direito constitucional de acesso à justiça comum e excluindo o litígio da apreciação jurisdicional.

Thomas Carbonneau acrescenta que “essa previsão revela aspectos da ideologia da Convenção, que significa codificar as práticas de solução de controvérsias da comunidade internacional de arbitragem comercial, ao invés de estabelecer um regime legal para sua governança”.¹²⁹

¹²⁷ No original: “*There is a scenario where a court could be confronted with the issue of the validity of the arbitration agreement even after the constitution of the tribunal and even before the tribunal has decided on the issue. If one party sues other before a German court and the respondent in such court proceedings invokes the arbitration agreement prior to the beginning of the hearing on the substance of the claim, the court should reject the action as inadmissible pursuant to Sec. 1032 (1) if it has concluded on examination that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.*” (BERGER, Klaus Peter; HOFFMANN, Stefan-Georg. *Arbitration interactive: a case study for students and practitioners*. Frankfurt: Peter Lang Publishing, 2002. p. 71 – Nossa tradução).

¹²⁸ No Brasil, essa disposição está prevista no artigo 4º da Lei n. 9.307/96: “§ 1º - A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”

¹²⁹ No original: “*This provision reveals aspects of the underlying ideology of the Convention, namely, that is meant to codify the dispute resolution practices of the international commercial arbitration community rather than establish a legal regime for its governance.*” (CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 785 – Nossa tradução).

Domenico Di Pietro observa que a necessidade de prova é muito relevante, por ser uma prática comum internacional, todavia, em relação à necessidade de renúncia expressa da via jurisdicional, trata-se de um argumento questionável, em vista das práticas e costumes do comércio internacional, pois, para a maioria dos atores mundiais do comércio, a solução de controvérsias pela arbitragem tem se tornado uma regra, e não exceção.¹³⁰

Embora a previsão de um acordo escrito seja geralmente encontrada na maioria dos países que adotam a Lei Modelo da UNCITRAL¹³¹, a questão essencial é o que vem a ser um acordo por escrito nos termos do artigo II(2) da Convenção de Nova Iorque? E ainda, quais as conseqüências de um acordo que não cumpra a exigência de ser escrito?

O acordo escrito previsto pelo artigo II(2) da Convenção, para que seja reconhecido e executado, pode ser uma cláusula arbitral ou compromisso arbitral, e deve ser assinado pelas partes ou estar contido em troca de cartas ou telegramas (via epistolar).

A necessidade do acordo escrito, inserido em um contrato ou outra forma, vem sendo confirmada não apenas pela legislação, mas também pelas decisões arbitrais, conforme se observa no caso *Lejano v. K.S. Bandak Assuranceforeningen Gard*: “Para que a Convenção seja aplicada deve existir um acordo por escrito para arbitrar. As Cortes entendem que tal acordo existe. Não apenas o contrato de trabalho de Lejano contém um acordo de arbitragem por escrito, mas o protocolo de uma reclamação perante um árbitro trabalhista da NLRC constitui um acordo por escrito comprometendo-se à arbitragem.”¹³²

¹³⁰ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 68.

¹³¹ Lei Modelo da UNCITRAL: “Artigo 7 (2) - A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. Considera-se que uma convenção tem forma escrita quando constar de um documento assinado pelas partes ou de uma troca de cartas, telex, telegramas ou qualquer outro meio de telecomunicação que prove a sua existência, ou ainda da troca de alegações referentes à petição e à contestação na qual a existência de uma tal convenção for alegada por uma parte e não seja contestada pela outra. A referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que o referido contrato se revista da forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do contrato”. (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*, cit., p. 865).

¹³² No original: “*For the Convention to apply, there must be an agreement, in writing, to arbitrate. The Court finds that such an agreement exists. Not only does Lejano’s employment contract contain an agreement in writing to arbitrate, but the plaintiff’s subsequent filing of a complaint before a Labor Arbiter at the NLRC constitutes an agreement in writing to engage in arbitration.*” (*Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 27, p. 597, 2002 – Nossa tradução).

Nesse aspecto, nossa legislação interna se assemelha ao que é previsto pela Convenção, pois igualmente requer acordo escrito, permitindo que seja disposto como cláusula contratual ou em documento apartado. Embora não exija expressamente a assinatura do documento, fica subentendido que é necessário, pois em geral um contrato, contendo cláusula arbitral ou não, deve ser assinado pelas partes; em relação ao compromisso arbitral, o artigo 9º da Lei 9.307/96 determina que seja assinado por duas testemunhas.¹³³

Guillermo Aguilar Alvarez¹³⁴ comenta que, em geral, as leis domésticas são mais onerosas que a Convenção, entretanto afirma que a maioria das decisões envolvendo o artigo II(2) da Convenção estabelecem que ele contém uma regra uniforme, que supera as exigências formais mais restritas das leis domésticas, e, inversamente, seria possível dizer que a Justiça local pode aplicar uma lei doméstica que seja mais favorável que a Convenção, no sentido de reconhecer e executar uma convenção de arbitragem ou um laudo arbitral.

Em conclusão, nos termos da Convenção de Nova Iorque, entende-se como acordo escrito um documento assinado pelas partes, podendo ser um contrato que contenha a cláusula arbitral ou um documento apartado como o compromisso arbitral, ou ainda, que o acordo seja efetivado em troca de cartas ou telegramas.

Todavia, pela leitura do artigo II(2), pode surgir a dúvida sobre a necessidade de serem os documentos trocados pelas partes também assinados.

Em relação aos contratos que contenham uma convenção de arbitragem ou o compromisso arbitral, não resta a menor dúvida de que é necessário. Para corroborar o entendimento, recentemente no caso *Lo v. Aetna International, Inc.*¹³⁵, tanto a Corte Distrital como a Suprema Corte entenderam que a falta de um acordo de arbitragem escrito

¹³³ “Artigo 9º - (...) § 2º - O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.”

¹³⁴ AGUILAR ALVAREZ, Guillermo. Article II (2) of the New York Convention and the Courts. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International 1999. p. 67. (ICCA Congress Series, n. 9).

¹³⁵ *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 847, 2004.

e assinado pelas duas impede a submissão à arbitragem, nos termos da Convenção de Nova Iorque.

Por outro lado, a Corte de Apelação de Basle¹³⁶ resolveu inequivocamente que, com relação às cartas ou telegramas, a assinatura das partes não é necessária, sendo suficiente que elas expressem sua intenção por escrito.

Ainda com relação à segunda parte do artigo II(2), convém chamar a atenção que embora a Convenção apenas se refira a cartas e telegramas, é possível se ampliar o rol de aplicação para outros meios de comunicação, inclusive para os meios eletrônicos e via rede de computadores (internet).

Vale lembrar que a Convenção foi formulada em 1958, ou seja, naquela época os meios de comunicação existentes não eram tão diversos como atualmente.

Nesse sentido, Domenico Di Pietro cita uma decisão da Corte de Apelação de Genebra de 1983, que já naquela ocasião interpretou que o artigo II não deixava dúvidas de que se referia aos meios de telecomunicação para transmissão de mensagem em geral.¹³⁷

Assim também é o entendimento legislativo, como se observa na Lei Modelo da UNCITRAL, que considera no seu artigo 7º os meios de comunicação em sentido amplo, restando claro que o acordo arbitral feito através dos novos meios de comunicação preenche os requisitos formais para sua execução, incluindo meios eletrônicos, como o *e-mail*.

Importante notar que a aceitação tácita de uma oferta que pode ser considerada um contrato para as práticas do comércio, não é entendida como aplicável, nos termos do artigo II(2), ou seja, é necessário que a aceitação do acordo de arbitragem seja inequívoca, caso contrário as partes poderão enfrentar problemas para a sua execução.

¹³⁶ Dieft v. RF AG, *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 21, p. 685, 1996.

¹³⁷ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 72.

Exceção a essa regra é o princípio *venire contra factum proprium* ou *estoppel*¹³⁸, isto é, uma vez aceito pelas partes, ainda que tacitamente, o acordo arbitral é válido, como, por exemplo, se se submete uma causa à jurisdição arbitral sem contestar a sua validade formal a tempo, o vício formal é sanado e nenhuma parte poderá alegar a invalidade posteriormente, ou seja, não se pode alegar preclusão.

3.2.2 Outras condições para a execução da convenção de arbitragem

Além das condições formais para a execução da convenção de arbitragem expostas acima, existem ainda outras condições sem as quais não é possível levar uma causa à arbitragem.

Conforme Albert Jan van den Berg¹³⁹, o artigo II(1) requer para a execução do acordo de arbitragem, além de ser escrito, que: (i) a diferença deve dizer respeito a uma relação legal definida; (ii) a matéria do acordo de arbitragem deve ser suscetível de ser resolvida por arbitragem.

Nesse sentido, parece óbvio que para a execução de um acordo arbitral, é necessário que exista uma disputa entre as partes a ser resolvida, mas além da existência de uma diferença, como trata a Convenção no seu artigo II(1), é necessário que seja relativa a um relacionamento definido entre as partes.

A Convenção, nesse sentido, deixou claro que a relação entre as partes pode ser resultante de um contrato ou não. Isso porque no comércio internacional é comum que as partes tenham uma situação em que existe apenas um pedido de compra, um conhecimento de embarque, *e-mails*, enfim, as mais diversas formas de acordos que nem sempre são realizados através de contrato.

¹³⁸ “A principle that provides that an individual is barred from denying or alleging a certain fact or state facts because of that individual’s previous conduct, allegation, or denial.” (BLACK’S law dictionary. Abridged 6th ed. St. Paul: West, 1991. p. 383).

¹³⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 144.

Assim, nesse aspecto, a Convenção sabiamente não reduziu o leque de possibilidades de relações comerciais aos contratos.

No caso do Brasil, o artigo 3º da Lei n. 9.307/96 também afirma que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral”, ou seja, também requer a existência de uma disputa para que seja resolvida pela via arbitral.¹⁴⁰

Entretanto, a respeito da relação entre as partes, embora a lei preveja a possibilidade da convenção arbitral se dar através de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, conforme visto, tais formas de convenção são utilizadas em situações diferentes.

Assim, pela leitura do artigo 4º da Lei de Arbitragem, pode-se entender que nosso diploma legal se restringiu à possibilidade da relação comercial surgir essencialmente através de um contrato.¹⁴¹

Finalmente, é preciso verificar ainda se o objeto da controvérsia é suscetível de ser resolvido por meio de arbitragem.

Embora a Convenção seja silente em determinar quais as matérias passíveis de arbitragem às quais ela se aplica, é possível presumir então que para a execução da convenção de arbitragem, a *lex fori* rege a questão da arbitrabilidade do seu objeto.

Nesse sentido, o artigo 1º da Lei n. 9.307/96 prevê que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, nossa legislação utilizou critérios objetivos para determinar a arbitrabilidade de uma controvérsia.

De acordo com Carlos Alberto Carmona, “um direito é disponível quando pode ser ou não exercido livremente por seu titular”, ou seja, “aqueles bens que podem ser

¹⁴⁰ “Artigo 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

¹⁴¹ “Artigo 4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”¹⁴². São os direitos passíveis de renúncia.

Em outras palavras, no Brasil, em geral o que não pode ser objeto de arbitragem são direitos de família, sucessão, penal e, em alguns casos, direitos trabalhistas e administrativos.

Importante observar que em geral o âmbito de aplicação da arbitragem na esfera internacional é maior que na doméstica. Todavia, as cortes domésticas aplicam suas leis (*lex fori*) para decidir a questão da arbitrabilidade, sem levar em consideração a lei do país em que a arbitragem ocorreu.

Albert van den Berg comenta que essa atitude das cortes é correta, pois a “arbitrabilidade sob uma lei estrangeira dificilmente seria acertada, uma vez que não é baseada em estatutos, mas desenvolvida em casos com todos os tipos de distinções”.¹⁴³

3.2.3 Efeitos da não observância de vícios na convenção de arbitragem

Domenico Di Pietro¹⁴⁴ afirma que existem três momentos em que “as partes podem argüir a invalidade da convenção de arbitragem, numa corte nacional e num tribunal arbitral, antes e durante a arbitragem. Uma vez que o laudo é proferido, a parte perdedora pode tentar indeferir o laudo perante a corte no local da arbitragem. Como última chance, a parte pode discutir, no estágio da execução, que o laudo se baseia em uma convenção de arbitragem defeituosa”.

¹⁴² CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 56.

¹⁴³ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 153.

¹⁴⁴ No original: “A party wishing to rely on formal invalidity of the arbitration agreement has the chance to argue its case at a national Court and the arbitral tribunal before and during the arbitration. As a final straw, it seems the party can argue, in the enforcement stage, that the award is based on a defective arbitration agreement.” (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 80 – Nossa tradução).

Nesse sentido, o artigo V(1) afirma que “o reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que as partes do acordo a que se refere o artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida”.

Assim, resta claro que no momento da execução da sentença, as partes podem alegar a invalidade do acordo.

Entretanto, quando da execução do laudo, caso a parte demandada não tenha argüido a validade da convenção de arbitragem durante o processo arbitral, a parte demandante poderá fazer uso do princípio do *estoppel*, porque poderá entender que se a demandada tivesse aceitado o acordo arbitral viciado, dificilmente isso seria revertido na execução do laudo; portanto, nessa fase, é mais difícil discutir a validade da convenção de arbitragem.

O artigo VII da Convenção de Nova Iorque também possibilita que a interpretação da convenção de arbitragem seja feita pela lei do local de sua execução.

Contudo, a invalidade da convenção de arbitragem somente pode ser aceita em casos manifestos, pois conforme artigo 31 da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados de 1986, a regra geral para a interpretação de um tratado é observar o princípio da boa-fé, levando em consideração seus objetivos e propósitos; no caso específico da Convenção de Nova Iorque, o objetivo é facilitar a execução da convenção de arbitragem e, por consequência, dos laudos arbitrais estrangeiros.

Assim, ainda que o artigo V(1) permita que a corte negue a execução em casos em que o acordo de arbitragem não é válido nos termos da lei escolhida pelas partes para regê-lo, ou se as partes não se submeteram a nenhuma lei em especial, sob a lei do local da arbitragem, devem ser observadas as condições previstas no artigo II.

Portanto, de modo objetivo, a consequência de uma convenção de arbitragem feita sem a observância dos requisitos formais e materiais estabelecidos no artigo II(1) e (2) será a sua invalidade.

É importante lembrar que a cláusula compromissória, nos termos da nossa Lei de Arbitragem, bem como das de muitos países, como a França e Alemanha, é autônoma em relação ao contrato. Desse modo, a invalidade do contrato não é em princípio razão para negar a validade da cláusula compromissória ou arbitral.

Assim, levando em consideração a autonomia da cláusula compromissória, bem como a boa-fé na interpretação, passaremos a analisar os casos em que a convenção de arbitragem é considerada inválida, nos termos do artigo II(3).

Dispõe o artigo II(3) que “o tribunal de um Estado signatário (...) encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

As hipóteses para a não execução da convenção de arbitragem serão analisadas separadamente a seguir.

3.2.3.1 Nulo e sem efeitos

Embora os termos legais “nulo” e “sem efeitos” aparentemente tenham o mesmo significado, em geral são usados pelas convenções internacionais em conjunto, contudo, para efeito deste trabalho, trataremos a questão como nulidade.

Albert van den Berg interpreta a nulidade de uma convenção de arbitragem nos casos em que é afetada desde o seu início, ou seja, em casos de falsa declaração, coação, fraude e má influência.¹⁴⁵

¹⁴⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 156.

Di Pietro observa que “o conceito de nulidade de um contrato pode mudar radicalmente dependendo do enfoque que é dado pela jurisdição a que ele se refere”.¹⁴⁶

Nesse aspecto, no caso de um acordo ter duas ou mais leis de regência, na opinião de Domenico Di Pietro, a questão da nulidade deve ser resolvida conforme o sistema de conflitos da lei *lex fori*.

Embora a questão da nulidade possa variar de acordo com a legislação de cada país, geralmente está relacionada ao vício de consentimento, em especial nos países que adotam a autonomia da cláusula compromissória e da questão da capacidade das partes.

Em relação ao Brasil, Carmona afirma que “será nulo o compromisso se seu objeto versar sobre matéria que não pode ser submetida a julgamento por árbitros (direito patrimonial disponível) ou se qualquer um dos compromitentes for incapaz”.¹⁴⁷

3.2.3.2 Inoperante

A convenção de arbitragem pode ser considerada “inoperante” quando, embora existente, não tenha efeitos ou tenha deixado de produzir efeitos.

Os motivos pelos quais uma convenção de arbitragem torna-se inoperante são diversos, dentre eles quando a validade do acordo for condicional, se tiver sido revogada, se houver ocorrido o trânsito em julgado da convenção ou ainda, em caso de litispendência, dentre outros.

Nos contratos internacionais, não é raro encontrar cláusulas em que as partes, antes de decidir resolver as disputas pela via arbitral, estabeleçam que as controvérsias relativas ao contrato sejam resolvidas por mediação ou ainda por negociação amigável entre as partes, como, por exemplo: “As partes se comprometem a empregar seus melhores esforços para resolver por meio de negociação amigável qualquer controvérsia relacionada

¹⁴⁶ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 107.

¹⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 319.

a este contrato. Se a controvérsia não for resolvida amigavelmente, obrigam-se as partes a submetê-la à arbitragem perante (...).”

Assim, caso as partes tentem chegar a um acordo amigável, a cláusula arbitral sobre aquela disputa torna-se inoperante.

Outrossim, em uma relação comercial de muitos anos, é possível que as partes tenham negociado tantas vezes que venham a modificar um contrato antigo que contenha uma cláusula compromissória, no sentido de revogá-la ou ainda de modificá-la, a ponto de torná-la inoperante para resolver determinada controvérsia.

Ademais, uma convenção de arbitragem pode ser considerada inoperante quando uma disputa submetida à arbitragem já tenha sido resolvida por outro procedimento arbitral. Então, não é permitido às partes submeter a mesma questão a um novo procedimento arbitral, assim como ocorre na esfera judicial.

Embora a Convenção de Nova Iorque não disponha sobre litispendência, a corte suíça decidiu, no caso *Fomento de Construcciones y Contratos S.A. v. Colon Container Terminal S.A.*, que “nos termos do artigo II(3), a corte estadual poderia determinar que uma convenção de arbitragem fosse nula e sem efeitos, inoperante ou incapaz de ser executada. Esse pode ser o caso se as partes renunciaram à cláusula arbitral. Quando uma parte se baseia no acordo de arbitragem, e a outra parte alega que existe um outro contrato posterior a favor da jurisdição estadual, é evidente que o tribunal arbitral e a corte estadual têm competência para decidir a disputa. Todavia não há razão para garantir ao tribunal arbitral a prioridade sem base legal ou justificativa. Assim, baseado na regra de litispendência prevista no artigo 9º da Lei de Direito Internacional Privado da Suíça, o tribunal arbitral deu prioridade à jurisdição estadual”.¹⁴⁸

Assim, embora houvesse uma cláusula arbitral, pode-se entender que ela era inoperante.

¹⁴⁸ *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 816, 2004.

Outrossim, comentam Alan Redfern et al. a respeito do artigo II(3) da Convenção de Nova Iorque de 1958 que “uma cláusula arbitral é inoperante quando deixa de produzir efeitos, por exemplo, a falta de cumprimento de um prazo pelas partes ou quando as partes por sua conduta revogam implicitamente o acordo de arbitragem”.¹⁴⁹

Além dos casos mencionados acima, é possível que um acordo arbitral seja considerado inoperante se a corte considerar que o prazo para demandar uma arbitragem tenha expirado.

3.2.3.3 Inexeqüível

Os casos em que uma convenção de arbitragem, embora existente, pode ser considerada inexeqüível, são aqueles em que ela não produz efeitos por ter uma redação que não seja suficientemente clara e inteligível, ou que é contraditória.

Pode-se citar ainda a inexeçüibilidade de uma convenção arbitral se o árbitro escolhido pelas partes não aceitar participar do processo arbitral.

Com relação à inconsistência da convenção de arbitragem, em alguns países, a lei aplicável é favorável à sua execução e, dessa forma, suas lacunas são preenchidas pela lei; entretanto, existem hipóteses que nem a lei aplicável consegue dirimir a falta de clareza da convenção de arbitragem, sendo ela, assim, inexeqüível.

Outrossim, conforme mencionado anteriormente, é importante lembrar que o propósito da Convenção de Nova Iorque é a execução dos acordos e laudos arbitrais, e por essa razão a interpretação da corte arbitral pode ser decisiva para a execução da convenção de arbitragem, ainda que possua elementos incertos em sua redação.

Domenico Di Pietro cita o caso *Star Shipping S.A. v. China National Foreign Trade Transportation Corporation*, em que a Corte de Apelação da Inglaterra decidiu: “A

¹⁴⁹ No original: “An arbitration clause is inoperative where it has ceased to have effect as a result, for example, of a failure by the parties to comply with a time-limit, or where the parties have by their conduct impliedly revoked the arbitration agreement.”. (REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. p. 199 – Nossa tradução).

Corte deve fazer o melhor para selecionar, entre as interpretações existentes, aquela que melhor combina com a intenção das partes expressadas no idioma que elas adotaram. E em um caso em que existe uma interpretação alternativa de uma cláusula compromissória, a Corte deverá sempre tender a favorecer a interpretação que dê uma interpretação razoável e efetiva à cláusula compromissória.”¹⁵⁰

É importante ressaltar que a falta de recursos financeiros de uma das partes não torna a cláusula arbitral incapaz de ser executada. Como é sabido, o custo de um procedimento arbitral pode ser mais alto que um processo judicial, uma vez que as partes arcam com o pagamento da instituição que administra o procedimento, os árbitros, *experts* e advogados, enfim, todas as despesas referentes à arbitragem; entretanto, isso não pode ser considerado motivo para tornar uma convenção arbitral inexecutável.

Conclui-se que a convenção de arbitragem, para ser executada nos termos da Convenção de Nova Iorque, deve observar determinados requisitos formais e materiais. A falta de observância dessas condições impostas pelo artigo II pode ocasionar a nulidade, inoperabilidade ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem; todavia, a interpretação da corte arbitral, com base na vontade das partes e nos termos da Convenção, deve ser no sentido de favorecer a execução da cláusula arbitral.

3.3 Execução do laudo arbitral

A execução do laudo arbitral acontece quando a parte ou as partes não cumprem amigavelmente o que foi decidido na arbitragem. Nas palavras de Alan Redfern, “a última sanção para a não-execução de um laudo é a execução na corte nacional”¹⁵¹, ou seja, não resta outra saída para a parte vencedora do processo arbitral que recorrer ao Poder Judiciário para executar o laudo.

¹⁵⁰ No original: “*The Court must do its best to select, among the contending interpretation, the one that best matches the intention of the parties expressed in the language they adopted. And in a case where there are realistic alternative interpretations of an arbitration clause, the Court will always tend to favour the interpretation which gives a sensible and effective interpretation to the arbitration clause.*” (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 117 – Nossa tradução).

¹⁵¹ No original: “*the ultimate sanction for non-performance of an award is enforcement in a national courts*” (REDFERN, Alan et al., *Law and practice of international commercial arbitration.*, cit., p. 513. – Nossa tradução).

Isso ocorre porque uma das desvantagens da arbitragem é que os árbitros não têm poder de coerção, devendo-se então recorrer ao Juízo estatal para executar a decisão arbitral.

Assim, recomenda-se que o local escolhido para a arbitragem seja aquele em que a parte vencida tenha bens ou valores. Portanto, antes de iniciar qualquer procedimento, é necessário verificar o local em que se encontram a conta bancária, imóveis ou quaisquer bens que sirvam para pagar o valor da condenação ou da obrigação.

Cumprido notar que as regras processuais para a execução de um laudo arbitral que recaia sobre a Convenção de Nova Iorque irão variar de país para país, ou ainda de corte para corte, pois a lei aplicável nesse caso é a do local da execução, ou a *lex fori*.

Entretanto, as regras processuais não se confundem com as condições da execução, que são determinadas exclusivamente pela Convenção de Nova Iorque para os Estados signatários, conforme prevê seu artigo III.

Por essa razão, aconselha Thomas E. Carbonneau que para que seja possível obter sucesso na execução de um laudo arbitral nos termos da Convenção de Nova Iorque, é necessário que se faça o *forum-shopping*, ou seja, que seja analisado o país em que se dará a execução do laudo, pois suas leis e a aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque em determinado país irá determinar o êxito ou não de sua execução. Em suas palavras, “em particular, convida os advogados a se utilizarem da estratégia do *forum-shopping* para proteger os interesses de seus clientes, usando leis domésticas para frustrar o processo internacional de equilíbrio e justiça”.¹⁵²

O artigo 34 da nossa Lei de Arbitragem n. 9.307/96 confirma que “a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno”. Sendo assim, desde a ratificação pelo nosso país da Convenção de Nova Iorque em 2002, para que uma sentença arbitral seja reconhecida e executada no Brasil, deve seguir o disposto na Convenção.

¹⁵² No original: “*In particular, it invites lawyers to engage in forum-shopping strategies to protect the interests of their award-averse clients by using disparate national laws to frustrate the process of international commercial accountability and justice.*” (CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 787 – Nossa tradução).

A Lei de Arbitragem brasileira também eliminou a necessidade do duplo *exequatur*, ou seja, não requer que a sentença arbitral seja homologada pelo Poder Judiciário do país de origem e, dessa maneira, cumpre ao Superior Tribunal de Justiça a sua homologação.¹⁵³

O procedimento da homologação engloba o reconhecimento e a execução, todavia vale lembrar que o reconhecimento difere da execução da sentença arbitral estrangeira.

Conforme distingue Carlos Alberto Carmona, “o escopo do reconhecimento da sentença consistiria na atribuição, à decisão arbitral, de valor igual àquele de uma sentença proferida pelo Estado que examina o pedido, enquanto que com a execução objetiva-se o adimplemento da decisão”.¹⁵⁴

Embora a nossa Lei de Arbitragem seja bastante semelhante à Convenção de Nova Iorque, no que se refere à execução da sentença arbitral estrangeira, diferentemente da Convenção, a Lei de Arbitragem brasileira, em seu artigo 34, aduz que “a sentença arbitral será reconhecida ou executada no Brasil”, enquanto a Convenção trata o reconhecimento e a execução como procedimentos complementares, o que, na opinião de Carlos Alberto Carmona, seria o correto, “pois para executar a sentença arbitral estrangeira, será preciso, previamente reconhecê-la”.

O artigo III da Convenção de Nova Iorque afirma ainda que “para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas”.

Para Micaela Barros Barcelos Fernandes, a redação do artigo III “provocou o surgimento de uma controvérsia quanto à necessidade, ou não, de se instaurar o processo

¹⁵³ Anteriormente, a competência para a homologação de sentença estrangeira era do Supremo Tribunal Federal, todavia, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, alterando o artigo 102, I, “h” da Constituição Federal, a competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça. Importante mencionar que o laudo arbitral é equiparado à sentença, e portanto a regra é a mesma.

¹⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 349.

de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras para assegurar a produção de efeitos no Estado onde se tencione seu reconhecimento e execução”.¹⁵⁵

Para Carmem Tibúrcio e Jacob Dolinger, a necessidade de homologação do laudo arbitral estrangeiro pelo Superior Tribunal de Justiça onera demasiadamente o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira, uma vez que não é esse o procedimento adotado para a sentença arbitral doméstica.¹⁵⁶

Todavia, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha se pronunciado sobre a matéria, quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45 em 2004, confirmou-se a necessidade de homologação de qualquer sentença estrangeira, seja arbitral ou judicial, pelo Superior Tribunal de Justiça. Como se trata de uma norma constitucional que está acima dos tratados ratificados pelo nosso país, aparentemente essa é uma questão superada em nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, “o que se pretendeu foi evitar que criassem condições adicionais àquelas previstas pela própria Convenção, que refletem um consenso dos Estados contratantes quanto à necessidade de um processo de homologação”¹⁵⁷, como, por exemplo, o duplo *exequatur* exigido no Brasil antes da adoção da Lei de Arbitragem.

Por outro lado, há autores como José Carlos de Magalhães¹⁵⁸ que entendem que a competência do Supremo Tribunal Federal (substituído pelo Superior Tribunal de Justiça) existe somente para aquelas sentenças que necessitam de homologação, o que não seria o caso do laudo arbitral estrangeiro.

Albert van den Berg explica que as condições a que se referem o artigo III da Convenção de Nova Iorque dizem respeito a regras procedimentais, e não a condições de execução, que somente podem ser determinadas pela Convenção.¹⁵⁹

¹⁵⁵ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos, *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução: teoria e prática*, cit., p. 148.

¹⁵⁶ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem, *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*, cit., p. 45.

¹⁵⁷ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos, *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução: teoria e prática*, cit., p. 149.

¹⁵⁸ MAGALHÃES, José Carlos, *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*, cit., p. 125.

¹⁵⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 245.

Ademais, importante lembrar que a execução de um laudo somente é possível se se tratar de um assunto capaz de ser resolvido pela arbitragem, como aduz Clive M. Schmitthoff: “A execução de um laudo nos termos da Convenção pode também ser recusada se o laudo resolver um assunto que não seja capaz de ser solucionado pela arbitragem ou se for contrário à ordem pública executá-lo.”¹⁶⁰

Assim, para que um laudo arbitral seja executado, nos termos da Convenção de Nova Iorque, é necessário inicialmente que a parte requerente cumpra algumas condições formais, as quais foram praticamente reproduzidas na íntegra pela Lei de Arbitragem.

3.3.1 Aspectos formais

Embora os aspectos formais exigidos pela Convenção de Nova Iorque sejam mais simples que os da Convenção de Genebra de 1927, o artigo IV estabelece condições mínimas a serem preenchidas pela parte interessada em obter o reconhecimento e a execução do laudo arbitral.

Segundo o artigo IV, é necessário que a parte interessada apresente a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma certificada, bem como o acordo arbitral original a que se refere o artigo II, ou sua cópia certificada.

Importante esclarecer que a autenticação a que se refere o artigo IV diz respeito às assinaturas da sentença, ou seja, é necessário que a sentença arbitral tenha as firmas reconhecidas ou notariadas. Com relação à certificação da cópia, em outras palavras, pode-se dizer que é possível apresentar cópia autenticada da sentença, caso a parte não queira ou não tenha o original.

Em suma, a autenticação diz respeito à assinatura, enquanto que a certificação refere-se ao documento como um todo.

¹⁶⁰ No original: “*Enforcement of a Conventions award may also be refused if the award is in respect of a matter which is not capable of settlement by arbitration or if it would be contrary to public policy to enforce the award.*” (SCHMITTHOFF, Clive M. *Schmitthoff's Export Trade: the law and practice of international trade*, cit., p. 691 – Nossa tradução).

A autoridade competente para autenticar ou certificar um documento irá depender da lei aplicável, ou seja, a lei do local da execução. Em geral, a autoridade competente para a certificação e a autenticação é a mesma pessoa, o cônsul ou o notário público, localizados no local onde o laudo foi proferido.

Além dos documentos acima mencionados, é necessário juntar tradução juramentada dos documentos, caso os originais estejam em idioma diferente do país em se pede o reconhecimento e a execução da decisão arbitral.

Tanto é assim que a apelação julgada na Suíça em 27 de fevereiro de 1998 foi indeferida porque a parte interessada na execução do laudo arbitral não apresentou a devida certificação da tradução do laudo arbitral produzido em russo para o alemão, concluindo que “não há no presente caso tradução válida do laudo arbitral, pelo qual a execução é pleiteada, segundo o artigo IV(2) da Convenção. Não há formalismo excessivo, uma vez que sob as circunstâncias do apelante, que poderia facilmente ser visto que era duvidoso que os requerimentos formais haviam sido cumpridos, poderia obter uma certificação diplomática ou consular, tanto na missão suíça em Moscou com na missão russa na Suíça”.¹⁶¹

Apesar da exigência da apresentação da convenção de arbitragem quando do requerimento da execução do laudo arbitral, existem decisões como a da Suprema Corte da Áustria, citada por Domenico Di Pietro¹⁶², em que a Corte aceitou a juntada posterior da convenção de arbitragem, deixando claro que sanado o vício pela parte interessada, não resta motivo para negar a execução.

Outra exceção a essa regra que podemos apontar é a decisão da Corte de Apelação da Bavária, em 11 de agosto de 2000¹⁶³, que deferiu a execução do laudo arbitral, ainda que a requerente não tenha apresentado a convenção de arbitragem original ou as

¹⁶¹ No original: “*There is in the present case no valid translation of the arbitral award, for which enforcement is sought, under art. IV(2) Convention. There is no question here of excessive formalism, since under the circumstances the appellant, which could easily see that it was doubtful that the formal requirements had been met, could have obtained a diplomatic or a consular certification, either at the Swiss mission in Moscow or at the Russian mission in Switzerland.*”. (*Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 807, 2004 – Nossa tradução).

¹⁶² DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 124.

¹⁶³ *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 27, p. 451, 2002.

requeridas traduções, embora questionado pela requerida, com base na previsão do direito mais favorável, qual seja a lei alemã, conforme previsto pela Convenção de Nova Iorque no artigo VII(1), o qual veremos mais detalhadamente a seguir.

Como se observa, não obstante os requisitos formais exigidos pela Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento e execução do laudo arbitral sejam poucos, é necessário e prudente que sejam atendidos pela parte interessada, pois nem sempre a Corte poderá ser flexível como nos casos acima, correndo o risco de ter seu pleito indeferido.¹⁶⁴

3.3.2 Razões para a inexecuibilidade de um laudo arbitral

Cumpridas as exigências formais pela parte interessada, a autoridade judiciária a quem foi requerida a execução deverá reconhecer e executar o laudo arbitral coberto pela Convenção de Nova Iorque, a não ser que esteja convencida de algum impedimento apontado pelo artigo V da Convenção de Nova Iorque.¹⁶⁵

Isso ocorre porque o artigo V, que lista todos os casos em que a execução de um laudo arbitral pode ser negada, atribui um poder discricionário à corte competente e, dessa maneira, ainda que presentes as condições pelas quais um laudo arbitral pode ter sua execução indeferida, a corte não necessariamente irá indeferi-la.

¹⁶⁴ O Brasil aceita versão feita no exterior, desde que consularizada.

¹⁶⁵ “Artigo V - (1) O reconhecimento e a execução da sentença *poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente* se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, *prova* de que: a) as partes do acordo a que se refere o artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outros razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. (2) O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral *também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de decisão mediante arbitragem; ou b) no reconhecimento ou execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.*” (grifamos).

Acredita-se que esse poder conferido ao juiz competente não só permite que ele utilize o seu bom senso para determinar um resultado justo diante das provas apresentadas, mas também demonstra o viés pró-execução da Convenção.

Lembramos ainda que em momento algum a Convenção permite a revisão do mérito do laudo arbitral ao qual ela se aplica, como comentam Alan Redfern et. al.¹⁶⁶

Nesse sentido, Thomas Carbonneau confirma que “as cortes nacionais são preclusas para revisar o litígio em um de seus graus, especialmente para a determinação do mérito”.¹⁶⁷

Ademais, o artigo V da Convenção de Nova Iorque é exaustivo, pois na sua leitura, observa-se que somente permite o indeferimento do reconhecimento ou da execução naquelas determinadas hipóteses, limitando dessa forma o poder discricionário atribuído ao Juízo competente e garantindo às partes segurança jurídica.

No caso De Maio Giuseppe e Fratelli SNC v. Interskins Ltd., julgado em 21 de janeiro de 2000, n. 671, a Corte di Cassazione da Itália afirma que o “art. V(1) prevê que a parte contra a qual o laudo é invocado tem o ônus de provar a hipótese para a recusa da execução, conforme a letra (b), bem como outras hipóteses nesse parágrafo. Além disso, nós devemos considerar que depende de um requisito específico que deve ser interpretado de maneira estrita”.¹⁶⁸

Outrossim, é importante notar que, logo de início, o artigo V é incisivo em definir que a parte para a qual o laudo é invocado deve provar as hipóteses em que a execução da sentença arbitral deve ser indeferida. Assim, a autoridade competente não pode questionar os casos mencionados pela primeira parte do artigo supra mencionado. É necessário que a parte requerida alegue e prove os motivos pelos quais o reconhecimento e a execução devem ser denegados.

¹⁶⁶ REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*, cit., p. 528.

¹⁶⁷ No original: “National courts are precluded from revisiting the litigation on any the grounds, especially as to the determination on the merits.” (CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 788 – Nossa tradução).

¹⁶⁸ No original: “art. V (1) provides that the party against whom the award is invoked has the burden to prove the ground for refusal of enforcement under letter (b), as well as the other grounds in that paragraph. Further we must consider that, depends on specific requirements which must be interpreted narrowly” (*Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 27, p. 496, 2002. – Nossa tradução).

Como ensina Albert van den Berg, as questões apontadas são algumas das principais diferenças e melhorias trazidas pela Convenção de Nova Iorque, em relação à Convenção de Genebra de 1927.¹⁶⁹

Outra importante inovação trazida pela Convenção de Nova Iorque é a eliminação da dupla homologação do laudo arbitral, uma vez que substitui a palavra “final” por “obrigatória”, no artigo V(1)e.

Tendo em mente as assertivas acima, passaremos a expor as hipóteses pelas quais o reconhecimento e a execução podem ser indeferidos, dividindo-as em duas partes: primeiramente aquelas em que a parte requerida terá que provar, e após as em que a autoridade competente poderá considerar de ofício.

Alan Redfern et al. observam que as hipóteses apontadas pelo artigo V “representam padrões aceitos internacionalmente, não apenas pela ampla adoção da Convenção de Nova Iorque ao redor do mundo, mas também porque a Lei Modelo da UNCITRAL usa os mesmos motivos para o indeferimento do reconhecimento e execução do laudo arbitral”.¹⁷⁰

3.3.3 Hipóteses para a inexecuibilidade do laudo arbitral estrangeiro

O artigo V(1) prevê as únicas hipóteses pelas quais a parte contra a qual o laudo arbitral está sendo executado poderá alegar para evitar que o laudo seja de fato executado, lembrando que qualquer das hipóteses suscitadas deverá ser devidamente comprovada por ela e, em nenhum caso, a corte poderá suscitar de ofício.

¹⁶⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 264.

¹⁷⁰ REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*, cit., p. 530.

3.3.3.1 Incapacidade das partes

O primeiro motivo pelo qual um laudo poderá deixar de ser executado pela corte, desde que provado pela parte requerente, é referente à incapacidade das partes¹⁷¹ para contratar a convenção de arbitragem.

Todavia, diferentemente da Convenção de Genebra¹⁷², que somente previa a incapacidade das partes relativa à representação das partes no procedimento arbitral, a Convenção de Nova Iorque trata da incapacidade das partes quanto à convenção de arbitragem.

Albert van den Berg explica que a Convenção de Nova Iorque não deixou de lado a questão da capacidade das partes quanto ao procedimento arbitral, tanto é assim que em seu artigo V(1)(b), prevê que a execução do laudo arbitral poderá ser indeferida caso “a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem”; aparentemente, a palavra “apropriada” faz menção à representação das partes no procedimento arbitral.¹⁷³

Assim, apesar da Convenção de Nova Iorque ter sido mais completa que sua antecessora quanto à exigibilidade da capacidade das partes, tanto no que diz respeito à contratação da convenção de arbitragem, como também aos procedimentos arbitrais, a Convenção não esclarece a lei aplicável às partes para determinar sua capacidade.

Essa questão é deveras complexa, considerando os diversos sistemas jurídicos envolvidos, como o local da assinatura do contrato, a nacionalidade das partes, domicílio,

¹⁷¹ José Cretella Neto afirma que “capacidade civil é a aptidão da pessoa natural para exercer direitos e assumir obrigações na ordem jurídica”, embora nesse caso a capacidade não apenas se refira à pessoa natural, mas também à pessoa jurídica. Podemos dizer que a capacidade de que trata a Convenção de Nova Iorque relaciona-se com o exercício de um direito e a assunção de obrigações, ou seja, a possibilidade de contratar (*Curso de arbitragem*: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem, cit., p. 171).

¹⁷² “Article 2 - (b) That the party against whom it is sought to use the award was not given notice of the arbitration proceedings in sufficient time to enable him to present his case; or that, being under a legal incapacity, he was not properly represented;”

¹⁷³ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 276.

sede, no caso de pessoa jurídica, a lei que rege o contrato e ainda a lei do local da execução do laudo arbitral.

Portanto, resta ao Juízo ao qual se requer a execução do laudo a solução da lei aplicável às partes, em relação à capacidade para contratar a convenção arbitral, por meio de suas regras de conflitos de lei.

Uma questão sobre a capacidade das partes, que não raramente é motivo de controvérsia, é a relativa à imunidade de Estados, agências, órgãos de Estados, empresas estatais ou de economia mista, especialmente com o crescimento do mercado internacional, em que atualmente participam antigos Estados socialistas e Estados em desenvolvimento.

A capacidade de um Estado ou seus órgãos é determinada pela sua lei, pela lei do foro ou ainda pelas convenções internacionais às quais esse Estado aderiu, como estabelece a primeira parte do artigo V(1)(a).¹⁷⁴

A Convenção de Nova Iorque é aplicável a um Estado-parte de uma convenção arbitral ou de um laudo arbitral, caso esse Estado seja parte de um contrato relacionado a uma transação comercial em sentido amplo.

A imunidade de jurisdição tem se mostrado falha, em virtude da aceitação da diferença de atos praticados pelo Estado de *jus imperii* e outros praticados como *jus gestionis*, ou seja, naqueles atos praticados como *jus imperii*, o Estado goza de imunidade, enquanto que em atos relacionados ao *jus gestionis*, tais como as transações comerciais, o Estado não pode usar a imunidade como defesa.¹⁷⁵

Para ilustrar essa posição doutrinária, nosso Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, decidiu que “são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem

¹⁷⁴ “Artigo V(1)(a) - as partes do acordo a que se refere o artigo II estavam, *em conformidade com a lei a elas aplicável*, de algum modo incapacitadas (...)” (grifamos).

¹⁷⁵ DELAUME, G. Transnational contracts. Applicable law and settlement of disputes (Dobs Ferry 1978-1980), Chapter XI, apud VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 280.

cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. (...) É certo que a Emenda Constitucional n. 19/98 previu a edição, por lei, de estatuto jurídico para as sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica (CF, art. 173), com vistas a assegurar a fiscalização pelo Estado e pela sociedade, bem como sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. Isso não representa, entretanto, o engessamento dessas empresas no que diz respeito à possibilidade de se utilizarem dos mecanismos de gerência e administração próprios da iniciativa privada, direcionados para o pleno desenvolvimento de suas atividades comerciais, mormente diante do teor do artigo 173, parágrafo 1º, I da Constituição Federal, que reconhece a sujeição da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias ‘ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias’, e do disposto no artigo 235 da Lei das S.A. (...) Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações delas decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – artigo 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que ‘as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’. (...) Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem.”¹⁷⁶

Em outras palavras, é preciso diferenciar a “imunidade de ação” da “imunidade de jurisdição”, conforme menciona Domenico Di Pietro, bem como a imunidade perante uma lei nacional da capacidade internacional.

A Suprema Corte Italiana, em 9 de maio de 1996, através Decisão n. 4.342, reformou a tomada pela Corte de Apelação de Bari de 2 de novembro de 1993, de n. 811, esclarecendo a questão da capacidade do Estado e seus órgãos da seguinte forma: “Conforme a lei aplicável ao comércio internacional, que necessariamente rege a cláusula

¹⁷⁶ STJ – RESP n. 612.439/RS (2003/0212460-3), 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU*, de 14.09.2006, p. 299.

compromissória no presente caso, pessoas jurídicas de direito público podem, a menos que as partes acordem o contrário, indubitavelmente concordar com a arbitragem, independente de proibições domésticas.”¹⁷⁷

Essa posição é considerada pela doutrina como a mais avançada sobre a capacidade internacional.

Dennis Jacobs, em um parecer sobre o caso *Compagnie Noga d’Importation et d’Exportation S.A. (Switzerland) v. The Russian Federation*, ainda em julgamento, concluiu que “eu subscrevo a opinião majoritária sobre a discussão da lei federal comum a respeito de todos os outros e concordo com o resultado de que a Federação Russa é parte legítima do processo, conforme a Seção 207, e deverá ser responsável por qualquer recuperação em que a Noga deva ser titular dos assuntos pendentes de resolução”.¹⁷⁸

Assim, se as partes, ainda que sejam de origem estatal, resolvem, com base na sua autonomia de vontade e desde que não seja proibido pela lei aplicável, firmar uma convenção de arbitragem e se submeter à via da arbitragem, ela são responsáveis por seus atos e perfeitamente capazes.

3.3.3.2 Invalidade da convenção de arbitragem

A segunda parte do artigo V(1)(a) traz a possibilidade da negativa da execução do laudo arbitral, caso a convenção da arbitragem seja inválida, de acordo com a lei a ela aplicável, a escolhida pelas partes, ou, na sua ausência, a lei do local onde o laudo foi produzido.

¹⁷⁷ No original: “*Under the law applicable to international commerce, which necessarily governs the arbitration clause in the present case, legal persons of public law may, unless the parties have explicitly agreed otherwise, undoubtedly agree to arbitration, independent of domestic prohibitions.*” (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 141 – Nossa tradução).

¹⁷⁸ No original: “*I subscribe to the majority opinion’s discussion of federal common law in all other respects, and concur in the result that the Russian Federation is a proper party to underlying Sect. 207 confirmation proceeding and should be liable for any recovery to which Noga may be entitled pending resolution of the issues remanded for further consideration*” (*Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 1.250, 2004 – Nossa tradução).

Albert van den Berg comenta que essa disposição foi uma grande conquista da Convenção de Nova Iorque para sua época, em razão da “supremacia do princípio da vontade das partes sobre o conceito territorial de arbitragem”.¹⁷⁹

Importante notar que o artigo V(1)(a) expressamente menciona que a convenção de arbitragem de que trata é a mencionada no artigo II(2) da Convenção de Nova Iorque, ou seja, para que seja executado o laudo arbitral, é preciso que as condições desse artigo estejam presentes.

Como esclarece Guillermo Aguilar Alvarez¹⁸⁰, o artigo II(2) estabelece os requisitos formais de validade da convenção de arbitragem como regra geral uniforme, a menos que a lei doméstica seja mais favorável, enquanto que o artigo V(1)(a) traz os requisitos essenciais de validade do acordo arbitral, que devem ser determinados nos termos de uma lei a ele aplicável.

Tais requisitos essenciais ou subjetivos a serem resolvidos pela lei aplicável à convenção de arbitragem são os relativos à falta de consentimento das partes, isto é, fraude, dolo, coação e a impossibilidade do objeto, ou seja, um assunto que não seja passível de solução pela via arbitral.¹⁸¹

Para ilustrar essa posição, a Corte de Apelação da França, sediada em Paris, assim decidiu, em 4 de dezembro de 2002, a Apelação n. 126: “O princípio da validade dos acordos internacionais de arbitragem e o princípio de que os árbitros regulam sua própria jurisdição são regras fundamentais da lei de arbitragem internacional francesa. O primeiro estabelece a legalidade da cláusula de arbitragem, independente de qualquer referência a uma lei nacional – de outro modo é previsto pelos artigos II e V da Convenção de Nova

¹⁷⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 282

¹⁸⁰ AGUILAR ALVAREZ, Guillermo. Article II (2) of the New York Convention and the Courts, cit.

¹⁸¹ Emílio Betti recorda que “de um modo geral, pode dizer-se que há anulabilidade (do negócio jurídico) quando falte um pressuposto de validade, ou quando um elemento essencial do negócio esteja simplesmente viciado; ao passo que só existe nulidade, quando falta um elemento constitutivo do negócio, ou este se apresenta deficiente na configuração exigida pela lei” (*Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN, 2003. v. 3, p. 13). O Código Civil brasileiro prevê nos artigos 166 a 184 os casos de nulidade e anulabilidade. Traçando-se um paralelo à Convenção de Nova Iorque, pode-se afirmar que a falta de cumprimento dos requisitos formais da convenção de arbitragem previstos no artigo II(2) dão causa à anulabilidade do acordo, enquanto que em relação ao artigo V(1)(a), ocorre a nulidade da convenção.

Iorque sobre os requisitos formais e materiais da cláusula de arbitragem, os quais em particular se referem à aplicação da lei de um Estado para a validade da cláusula – sem, entretanto, isentar a parte de provar a existência da cláusula.”¹⁸²

Ainda nesse sentido, a fim de complementar, em decisão proferida pela Suprema Corte da Itália, em 21 de janeiro de 2000, de n. 671, restou clara a distinção entre os elementos formais e substanciais: “No presente caso De Maio, alega a segunda hipótese de indeferimento da execução conforme o artigo V(1)(a) sobre a invalidade da convenção de arbitragem porque: (1) não há jurisdição arbitral, uma vez que a relação contratual foi renovada e (2) a assinatura foi falsificada. Os autores italianos e estrangeiros não concordam com a interpretação da previsão acima da Convenção. Segundo a premissa de que deve ser interpretado em sentido amplo (e também para incluir nulidade, invalidade e inexistente), invalidade inclui, de acordo com um primeiro grupo de autores, a falta de requisitos formais previstos no artigo II da Convenção (em particular seu segundo parágrafo). De acordo com o segundo grupo de autores, invalidade como hipótese de indeferimento do reconhecimento somente inclui vícios fundamentais da convenção de arbitragem de acordo com a lei aplicável a ela ou, se as partes não escolherem tal lei, de acordo com a lei do país onde o laudo foi proferido. (...) Conforme a segunda opinião (...), o artigo II(2) e o artigo(V)(a) operam em dois níveis diferentes. O artigo II(2) aplica-se somente quando uma Corte nacional lida com uma objeção de falta de jurisdição e deve se perguntar se existe jurisdição; o artigo V(1)(a) somente considera decisões sobre o reconhecimento e execução de laudos. Conseqüentemente, no segundo caso, a Corte decidindo pelo reconhecimento de um laudo não pode lidar com assuntos referentes à forma da convenção de arbitragem (como regulado no art. II), mas somente pode determinar sobre o pedido específico da parte se o contrato é nulo e inválido de acordo com a lei escolhida pelas partes ou, na ausência de referida lei, de acordo com a lei do

¹⁸² No original: “*The principal of the validity of international arbitration agreements and the principle that the arbitrators rule on their own jurisdiction are substantive rules of French international arbitration law. The former principle establishes the legality of arbitration clause independent of any reference to a national law – otherwise than is provided on the subject matter by arts. II and V of the New York Convention, on the formal and substantive requirements for the arbitration clause, which refer in particular to the application of state law for clause’s validity – without, however, exempting the party relying on the clause from proving its existence.*” (*Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 660, 2004 – Nossa tradução).

lugar onde o laudo foi proferido. O exame dos requisitos formais previsto pela Convenção somente é reservado aos árbitros.”¹⁸³

Dessa forma, nas duas decisões, as Cortes mencionam que, em geral, os requisitos formais da convenção de arbitragem devem ser examinados pelos árbitros durante o processo arbitral, enquanto que os requisitos substanciais ou essenciais do acordo arbitral serão examinados pelo juízo que irá reconhecer e executar o laudo arbitral, a pedido da parte demandada, conforme mencionado pela Corte de Apelação francesa, no caso mencionado acima: “A única hipótese em que a Corte pode examinar a cláusula arbitral – a menos que pedido para decidir acerca da existência ou validade no contexto de um recurso contra um laudo – é em caso de nulidade ou manifesta inaplicabilidade da cláusula.”¹⁸⁴

Entretanto, a Corte italiana alerta que essa interpretação encontra dificuldades de ser acompanhada pela maioria das autoridades internacionais, devido à expressa menção no artigo V(1)(a) da possibilidade de invalidade da convenção de arbitragem nos termos do artigo II, e portanto, a pedido das partes, acabam analisando também os requisitos formais.

Outra questão muito relevante a se indagar é a lei aplicável à convenção de arbitragem. Embora o artigo V mencione expressamente que a lei aplicável ao acordo pode

¹⁸³ No original: “*In the present case De Maio relies on the ground for refusal under Art. V (1) (a) second hypothesis, on the invalidity of the arbitration agreement because: (1) there was no arbitral jurisdiction as the contractual relation had been renewed and (2) its signature was counterfeited. Italian and foreign authors disagree on the interpretation of the above provision of the Convention. On the premise that it must be understood in the broad sense (and thus to include nullity, voidability and non-existence), invalidity includes, according to a first group of authors, the lack of the formal requirements provided for in Art. II Convention (in particular its second paragraph). According to a second group of authors, invalidity as a ground for refusal of recognition only includes substantive defects of the arbitration agreement according to the applicable law to it or, if the parties have not chosen such law, according to the law of the country where the award was rendered. (...) According to the second opinion (...), Art. II (2) and Art. V(1) (a) operate on two different levels. Art. II (2) applies only where a national court deals with an objection of a lack of jurisdiction and must ask itself whether it has jurisdiction; Art. V (1) (a) only concerns decisions on the recognition and enforcement of awards. Hence, in the second case, the court deciding on the recognition of an award may not deal with issues concerning the form of the arbitration agreement (as regulated in Art. II) but can only ascertain, at the specific request of the party, whether the agreement is null and void according to the law chosen by the parties or, in the absence of such law, according to the law of the place where the award was rendered. The examination of the formal requirements provided for in the Convention is thus reserved to the arbitrators.*” (Yearbook of Commercial Arbitration, n. 27, p. 496, 2002 – Nossa tradução).

¹⁸⁴ No original: “*The only extend to which a court may examine an arbitral clause – unless requested to ascertain its existence or validity in the context of a recourse against the award – is the arbitral clause’s nullity or manifest inapplicability.*” (Yearbook of Commercial Arbitration, n. 27, p. 496, 2002 – Nossa tradução).

ser tanto a escolhida pelas partes ou a do local da arbitragem, na prática essa decisão pode trazer divergências.

Em geral, nos contratos internacionais, a convenção de arbitragem é decidida por meio de uma cláusula compromissória. Nesse caso, as partes podem mencionar em cláusula apartada a lei de regência de todo o contrato, que será a mesma da convenção de arbitragem.

Todavia, em vista da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, pergunta-se: qual seria a lei aplicável à convenção de arbitragem? Mantém-se a lei do contrato ou passa-se a utilizar a lei do local da arbitragem?

No Brasil, o artigo 8º da Lei de Arbitragem afirma que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”, entretanto não menciona qual seria a lei aplicável, até por conta da liberdade de escolha das partes.

Domenico Di Pietro¹⁸⁵ menciona que alguns autores entendem que caso as partes não elejam expressamente a lei aplicável à convenção da arbitragem na cláusula compromissória, a lei do local da arbitragem governaria tal relação.

Por outro lado, há outra parte da doutrina que diz que a autonomia da cláusula compromissória é especialmente importante em situações em que se questiona a invalidez do contrato principal, não sendo completamente independente do contrato, quanto à lei aplicável.

Essa situação fica clara em relação ao nosso país, quando se analisa o artigo 184 do Código Civil, o qual permite que “a invalidez de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável”, respeitando-se a intenção das partes.

¹⁸⁵ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 144.

Assim, é possível afirmar que se o contrato principal contém uma cláusula de lei de regência, assume-se que as partes teriam a intenção de que essa lei regeria tanto o contrato, como a cláusula compromissória.

3.3.3.3 Violação do devido processo legal

Outra hipótese de recusa do reconhecimento e execução do laudo arbitral pelo Juízo é a violação do devido processo legal, segundo o artigo V(1)(b) da Convenção de Nova Iorque.

Embora seja constantemente argüida pela parte demandada a violação do devido processo quando da execução do laudo arbitral, é importante esclarecer que esse argumento não é comumente aceito pelos juízes, uma vez que a hipótese a que a Convenção se refere é somente aplicável a casos específicos e em sentido estrito.

Relevante é a discussão no sentido de que a violação pode variar em casos domésticos de casos internacionais, sendo uma das razões a ser considerada pelo Juízo ao aplicar essa situação para negar a execução do laudo arbitral.

Philippe Fouchard¹⁸⁶ afirma que a hipótese apontada pelo artigo V(1)(b) corresponde a uma regra verdadeiramente internacional e que por essa razão não estaria vinculada a nenhum ordenamento jurídico.

Todavia, essa afirmação é ousada, pois ainda que o conceito de violação ao devido processo legal seja semelhante em diversos países, pode não ser o mesmo, até porque é muito amplo, e não se podem desprezar os diferentes conceitos domésticos que podem servir de base para o juiz ao qual a execução é requerida, para tomar sua decisão.

Embora a Convenção de Nova Iorque não mencione a lei aplicável, sendo um fator que pode dificultar a análise do devido processo para que fique caracterizada a sua violação, tanto a doutrina como a jurisprudência demonstram que a Corte que irá

¹⁸⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 298.

reconhecer ou executar um laudo arbitral estrangeiro deve analisar a questão não sob a ótica da lei doméstica, mas de acordo com a que as partes escolheram como regra procedimental da arbitragem.

Outrossim, não raramente a violação ao devido processo legal é considerada um problema de ordem pública em muitos países.

Nesse sentido, assim se pronunciaram Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman em relação à Lei de Arbitragem francesa: “O princípio do contraditório é considerado uma exigência elementar para a justiça de um processo, e sua falta pode igualmente ser considerada como uma grave desobediência à ordem pública do Estado, a qual, por conseqüência, permite ao juiz alegar de ofício.”¹⁸⁷

Ensina Albert Jan van den Berg¹⁸⁸ que essa questão é importante, e se o devido processo estiver fundamentado no artigo V(1)(b), a Corte não pode recusar seu reconhecimento e execução, se ficar constatado que o laudo arbitral foi produzido a partir de uma grave violação ao devido processo legal, mas somente se a parte demandada alegar tal violação.

Por outro lado, caso a corte entenda que o processo legal está inserido no contexto da ordem pública, nos termos da *lex fori*, sua quebra recairá no disposto no artigo V(2) da Convenção, sendo possível que a corte indefira a execução do laudo arbitral eivado desse vício de ofício.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, “o *due process of law* se concretiza para a parte a partir do momento em que ela tenha acesso ao Judiciário e possa se defender amplamente”.¹⁸⁹

¹⁸⁷ No original: “*Le principe du contradictoire étant le plus souvent considéré comme traduisant une exigence élémentaire de justice procédurale, il peut également être retenu au titre du grief tiré de la contrariété à l’ordre public de l’État d’accueil, ce qui a pour conséquence de permettre au juge de se soulever d’office.*” (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l’arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. pg. 1001 – Nossa tradução).

¹⁸⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 299.

¹⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 386.

Vale notar que o devido processo legal deve ser cumprido não apenas em um processo judicial, como também em um processo arbitral ou administrativo pois, como observa Domenico Di Pietro¹⁹⁰, o princípio do devido processo legal constitui a base para a credibilidade de qualquer forma de solução de controvérsia.

Com relação à arbitragem, nossa lei doméstica, em seu artigo 38, inciso III, estabelece que “somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: (...) 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”.

Embora o artigo 38 da Lei de Arbitragem brasileira tenha praticamente copiado o artigo V da Convenção de Nova Iorque, no que diz respeito ao reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, estabeleceu uma diferença sutil, pois menciona claramente a violação ao contraditório.

Todavia, como se observa que a intenção da Convenção é proteger a ampla defesa, na prática, ela em nada difere na nossa legislação interna.

Em suma, o princípio do devido processo legal amparado pela Convenção se constitui no direito das partes serem informadas do início de um procedimento arbitral, e assim poderem participar da formação do tribunal arbitral, bem como pelo direito das partes atuarem ativamente no procedimento arbitral.

Um das formas de violação ao devido processo legal se caracteriza na falta de notificação apropriada, conforme o artigo V(1)b da Convenção de Nova Iorque.

Com relação à necessidade de notificação adequada, por ser um procedimento arbitral, não é necessário que seja feita de nenhuma maneira oficial.

¹⁹⁰ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 148.

Por essa razão, o legislador brasileiro, quando da elaboração da Lei de Arbitragem, utilizou o termo genérico “notificação”, justamente para não limitar o termo utilizado pelas regras das câmaras arbitrais.¹⁹¹

Embora a Convenção não defina especificamente o que seria notificação apropriada, é possível afirmar que ela não se relaciona com o prazo de recebimento, mas sim com o efetivo recebimento da notificação.

Como é sabido, uma das vantagens da arbitragem é a celeridade, e por essa razão os prazos estabelecidos pelo processo arbitral em geral são menores que os judiciais. Todavia, desde que o prazo esteja de acordo com as regras procedimentais eleitas pelas partes, o fato de um prazo ser mais curto para que as partes se manifestem não dará ensejo ao indeferimento da execução do laudo arbitral.

Outrossim, nada impede que a notificação seja entregue por correio, fax ou *e-mail*, não sendo necessário que seja feita pessoalmente, desde que prevista pelas regras arbitrais às quais as partes se submeteram.

Tanto é assim que no caso *Malden Mills Inc. (EUA) v. Hilaturas Lourdes S.A. (México)*, julgado pelo Tribunal Superior de Justicia em 1977, a corte decidiu que “isso significa que a citação foi feita de forma correta, uma vez que as partes renunciaram às formalidades estabelecidas na lei de processo mexicana sobre citações, e se submeteram às Regras da Associação Americana de Arbitragem, que permitem citações por correspondência, e o juiz da Corte inferior não estava considerando que o requerido deveria ser citado de maneira diferente”.¹⁹²

Outra importante função da notificação é a indicação dos árbitros. As partes têm o direito de conhecê-los e inclusive recusar aquele que não quer que faça parte do procedimento, em geral previsto pelas regras arbitrais. Caso as partes não sejam

¹⁹¹ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 373.

¹⁹² No original: “*It results that the summons was made in correct form since the parties waived the formalities established by the Mexican procedural legislation regarding notices, and submitted themselves to the Rules of the American Arbitration Association which permits notices by mail, and the lower Court judge was not just in considering that the defendant should have been summoned in a different manner.*” (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 151 – Nossa tradução).

informadas dos nomes dos árbitros, isso poderá ser interpretado como violação do devido processo legal, dando causa ao indeferimento da execução do laudo arbitral.

Nesse sentido, a Corte de Apelação de Colônia (Alemanha), em junho de 1976, decidiu que “as partes não disputam o fato de que – com exceção do presidente do tribunal arbitral – o requerido nunca teve conhecimento dos nomes das pessoas que decidiram a arbitragem entre as partes. O requerido não foi impedido de invocar o artigo V(1)(b) da Convenção de Nova Iorque (...) porque ele poderia ter em virtude da Regra 4(6) das Regras de Arbitragem a lista de todos os árbitros entre os quais os árbitros da arbitragem em questão foram escolhidos. Além disso, o fato de que o artigo V(1)(b) implica que a parte afetada é informada da indicação do árbitro, na falta de divulgação do árbitro que conduziu o procedimento arbitral, o requerido é incapaz de examinar se os membros do comitê recusados por ele foram efetivamente excluídos da arbitragem ou se árbitros recusados não foram mencionados na lista transmitida a ele”.¹⁹³

Cumpra observar que não obstante a previsão de que “o reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos, *a pedido da parte contra a qual ela é invocada*, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que (...) não recebeu notificação apropriada”¹⁹⁴, o mesmo ocorre em relação à nossa Lei de Arbitragem, em que cabe ao réu provar os fatos que alegar como impeditivos à homologação.

Como observa Carlos Alberto Carmona, no caso específico do recebimento da notificação, por corresponder “a uma negação absoluta, que não é suscetível de prova, de tal sorte que, negada pelo réu a notificação, inverte-se o ônus da prova: caberá ao autor da

¹⁹³ No original: “*The parties have not disputed the fact that – with the exception of the President of the arbitral tribunal – the respondent never had knowledge of the names of the persons who have decided the arbitration between the parties. The respondent is not stopped from invoking article V(1)(b) of the New York Convention (...) because he could have requested by virtue of Rule 4(6) of the Arbitration Rules the list of all arbitrators from amongst whom the arbitrators for the arbitration in question were chosen. Apart from the fact that article V(1)(b) implies that the affected party is informed of the appointment of the arbitrator, failing a disclosure of the arbitrators who conducted the arbitral procedure, the respondent is unable to examine whether the members of the committee challenged by him were effectively excluded from the arbitration or whether prejudiced arbitrators participated who were not mentioned on the list transmitted to him.*” (VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 305 – Nossa tradução).

¹⁹⁴ Vide Artigo V(1)(b), Anexo I.

ação de homologação demonstrar que efetivamente notificou o réu nos termos da convenção arbitral, sob pena de ser negado o *exequatur*”.¹⁹⁵

O artigo V(1)(b) da Convenção de Nova Iorque não limitou o devido processo legal apenas à falta de notificação, prevendo que a execução do laudo arbitral pode ser indeferida por outras razões que tenham impossibilitado o requerido a apresentar o seu caso.

Assim, ainda que o requerido receba a sua notificação a tempo de comparecer à arbitragem, caso ele não possa apresentar sua defesa por um grave motivo, caso fortuito ou força maior, a Convenção prevê que isso pode ser alegado como maneira de impedir o reconhecimento e execução do laudo arbitral estrangeiro.

Segundo Domenico Di Pietro, “a análise do motivo concreto deve ser conduzida usando os princípios em vigor da *lex fori*, outrossim levando em consideração as características das disputas resolvidas pela Corte que irá analisar o caso”.¹⁹⁶

De qualquer forma, o que se observa é a intenção da Convenção de Nova Iorque em proteger o princípio do devido processo legal, o que implica que “o árbitro deve informar à parte os argumentos e provas da outra parte e permitir à primeira que expresse uma opinião a partir daí”, ou seja, que apresente a sua defesa, lembrando que ela não necessariamente precisa ser oral, bastando que as partes tenham igual oportunidades no processo arbitral.

Assim como no caso da indicação do árbitro, a doutrina e a jurisprudência entendem que o fato de o prazo para elaboração e apresentação de defesa no processo arbitral ser curto não representa violação do devido processo legal.

Outrossim, segundo Thomas Carbonneau¹⁹⁷, a decisão da Corte americana no caso *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de L’Industrie du Papier*

¹⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 374.

¹⁹⁶ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 152.

¹⁹⁷ CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 794.

(RAKTA), em não atender a defesa da Overseas, com base no artigo V(1)(b), alegando que o tribunal de arbitragem havia infringido o devido processo legal, em razão de não ter dado adequada oportunidade de apresentar sua defesa, por não redesignar a oitiva de sua testemunha para a data de sua conveniência, está totalmente correta, primeiro porque, na sua opinião, a impossibilidade de produção de prova testemunhal é um risco inerente ao contrato submetido à arbitragem e, segundo, existe o problema de logística de agendar a oitiva de testemunhas em data conveniente para ambas as partes, seus advogados e árbitros espalhados pelo globo, sendo inevitável o pedido de alteração da data.

Portanto, a alegação de violação do devido processo para impedir o reconhecimento e a execução do laudo arbitral, em geral somente é aceita pelos árbitros em casos muito sérios, ou seja, em ofensa grave ao julgamento justo (*fair trial*).

Tendo em vista o disposto no artigo V(1)(b) da Convenção de Nova Iorque, Alan Redfern conclui que “a Corte nacional do local da execução tem então um papel limitado. Sua função não é decidir se o laudo é correto ou não, como questão de fato ou de direito. Sua função é simplesmente decidir se houve um contraditório justo. Um erro no curso dos procedimentos pode ser suficiente para levar a Corte a concluir que não houve justiça”¹⁹⁸, isto é, o papel da corte é tão-somente de verificar se o procedimento arbitral foi realizado respeitando o devido processo legal.

3.3.3.4 Excesso de autoridade do árbitro

O artigo V(1)(c) da Convenção de Nova Iorque trata do excesso de autoridade do árbitro, quando do reconhecimento e/ou execução do laudo arbitral estrangeiro.

Ele abre a possibilidade de se impedir a efetiva execução do laudo arbitral se os árbitros tomaram uma decisão que estava fora do escopo da convenção de arbitragem, ou

¹⁹⁸ No original: “The national court at the place of enforcement thus has a limited role. Its function is not to decide whether or not the award is correct, as a matter of fact and law. Its function is simply to decide whether there has been a fair hearing. One mistake in the course of the proceedings may be sufficient to lead the court to conclude that there was a denial of justice.” (REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*, cit., p. 533 – Nossa tradução).

ainda tenha decidido além ou diferentemente do que estava previsto na convenção de arbitragem.

A diferença das referidas alegações é que, no primeiro caso, o fundamento é o que fora acordado pelas partes na própria convenção de arbitragem, enquanto que no segundo, a alegação baseia-se nos poderes conferidos aos árbitros pelas partes por mandato. Assim, na prática, o escopo do mandato pode ser menor do que o da convenção de arbitragem.¹⁹⁹

Esclarece-se que o artigo V(1)(c) não questiona a competência do árbitro em virtude de um acordo de arbitragem inválido, até porque nesse caso poderia ser alegado o artigo V(1)(a). Ele se relaciona a um acordo de arbitragem válido entre as partes, mas em que a atividade do tribunal arbitral excedeu de alguma forma o seu mandato.²⁰⁰

Outrossim, esse mesmo artigo, ao final, prevê que caso as decisões tomadas possam ser separadas daquelas que não faziam parte do objeto da convenção de arbitragem, o laudo pode ser executado parcialmente.

Comenta Carlos Alberto Carmona que “trata-se de verdadeiro *dépeçage* da decisão arbitral forasteira: ao examinar o laudo, será destacado o conteúdo da decisão que exorbite da competência do tribunal arbitral, concedendo-se oficialização parcial à decisão (ou seja, dá-se o *exequatur* parcial)”.²⁰¹

A Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96), em seu artigo 38, inciso IV, considera que execução deverá ser impedida se “a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem”. Embora menos detalhista que a Convenção de Nova Iorque, em suma, permite o indeferimento pela corte brasileira pelos mesmos motivos que os da Convenção.

¹⁹⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 314.

²⁰⁰ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 159.

²⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, cit., p. 374.

É importante esclarecer ainda qual a lei aplicável para dirimir esse conflito. Albert van den Berg²⁰² menciona que, assim como no caso de invalidade da convenção de arbitragem, a questão do excesso de autoridade do árbitro deve ser determinada de acordo com as regras de conflito do artigo V(1)(a) da Convenção.

Portanto, na falta de uma previsão expressa da Convenção, tanto a lei aplicável à convenção de arbitragem, quanto à lei aplicável ao laudo arbitral poderiam ser aplicadas, ainda que seja importante esclarecer que, na verdade, o caso de excesso dos árbitros é mais uma questão de fato que de direito.

Cumpra observar que, assim como em outros casos que permitem a recusa da execução do laudo arbitral previstos pelo artigo V da Convenção, o inciso (c) também não leva ao reexame do mérito do laudo arbitral.

A corte, ao recusar a execução do laudo arbitral com base na alegação da parte de que o árbitro excedeu os poderes que lhes foram conferidos, deverá ser cautelosa na decisão, sem com isso reexaminar o mérito, uma vez que tal análise não compete a ela, nos termos da Convenção de Nova Iorque.²⁰³

Domenico Di Pietro²⁰⁴ comenta ainda a possibilidade da autoridade do árbitro ser estendida a terceiros, ou seja, os árbitros ultrapassam os limites da convenção de arbitragem e justificam a medida com base nos estreitos laços entre as partes da convenção de arbitragem e outras pessoas, como subsidiárias ou empresas afiliadas.

Nesse sentido, caso em que o Ministério de Finanças e Planejamento do Suriname, Onyx Corporation e a Fiat Spa acordaram um programa de comércio implementado através de vários contratos, entre eles um termo geral que previa que o Suriname compraria equipamentos para agricultura da Fiat, a ser pago mediante a venda de camarão e arroz para a Onyx. Para tanto, o negócio seria concluído através da abertura de uma *scrow account* pela Onyx para depositar o pagamento dos equipamentos adquiridos

²⁰² VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 312.

²⁰³ *Ibidem*, p. 317.

²⁰⁴ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 161.

pelo Suriname da Fiat. Contudo, surgiu uma disputa referente ao fornecimento dos bens pelo Suriname. Dessa maneira, a Onyx iniciou um procedimento arbitral de acordo com a cláusula de arbitragem contida em um dos contratos celebrado entre a Onyx e o Suriname. O tribunal arbitral decidiu em favor do Suriname e condenou não apenas a Onyx, mas também a Fiat, ao pagamento do valor pleiteado pelo Suriname. A Onyx e a Fiat tentaram anular o laudo arbitral, alegando que o tribunal excedeu seus poderes condenando a Fiat. O Suriname, por sua vez, tentou executar o laudo perante a corte americana, que retirou a Fiat do pólo passivo declarando que ela não era signatária da cláusula de arbitragem. À parte do laudo relativa à Onyx foi deferida a execução, uma vez que podia ser separada da parte relativa à Fiat.²⁰⁵

Todavia, o mesmo autor comenta que, em outros casos, o mesmo *issue* foi decidido diferentemente pela corte, como, por exemplo, em *Orion Shipping e Trading Co. v. Eastern States Petroleum Co.*, em que a corte considerou que, ainda que a empresa afiliada da Eastern States Petroleum não fosse parte da convenção de arbitragem, a decisão fosse estendida a ela, assim como no caso *Di Ghello v. Busconi*, alegando que a decisão poderia se estender a terceiros se estiver “estritamente associada com os méritos da referida disputa”.²⁰⁶

Novamente, é necessário lembrar que à corte é permitida a execução parcial do laudo arbitral, sendo que esse poder discricionário conferido pela Convenção deve ser utilizado também com muito cuidado, e somente em casos excepcionais.

Ademais, vale notar que não se aplica o disposto previsto pelo artigo V(1)(c) ao caso do laudo ser incompleto, ou seja, *infra petita*, mas tão-somente aos casos *ultra petita* ou *extra petita*, pois os casos para a recusa da execução de um laudo arbitral devem ser estritamente os que estão previstos no artigo V da Convenção, uma vez que se trata de um artigo que prevê exaustivamente todos os casos em que a Convenção permite a inexecução de laudo arbitral.

²⁰⁵ Distrito Sudoeste de Nova Iorque, 12 de outubro de 1989, *Fiat e outros v. Suriname e outros* (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 162.)

²⁰⁶ No original: “*inextricably tied up with the merits of the underlying dispute*” (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 162 – Nossa tradução).

Caso o laudo seja incompleto, a solução mencionada por Albert van den Berg²⁰⁷ é a tentativa pelas partes da sua anulação pela corte do país onde o laudo foi proferido. Obtendo a anulação do laudo arbitral, se a parte que obteve o laudo favorável tentar executá-lo em um país signatário da Convenção, a parte requerida pode alegar o artigo V(1)(e) como motivo para o seu indeferimento.

Nesse sentido, no célebre caso *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societé Générale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, a Corte alegou em relação ao artigo V(1)(c) que “ambas previsões basicamente permitem a parte atacar um laudo atribuído à arbitragem de um assunto que não esteja no acordo para submeter a arbitragem. Essa defesa para executar um laudo arbitral, como as outras já discutidas, devem ser alegadas em sentido estrito. Novamente uma construção estrita concordaria com o objetivo de facilitação da execução da Convenção”.²⁰⁸

Assim, ainda que constantemente alegado pelas partes, este artigo deve ser aplicado com certos limites, a fim de evitar um desvio da proposta da Convenção.

3.3.3.5 Inconformidade da composição do tribunal arbitral ou do procedimento arbitral

De acordo com o artigo V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque, a corte que irá decidir o reconhecimento e a execução do laudo arbitral poderá negar o pedido requerido se a composição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estiverem em conformidade com o acordo entre as partes ou, na falta desse acordo, com a lei do local onde a arbitragem foi realizada.

²⁰⁷ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 321.

²⁰⁸ No original: “Both provisions basically allow a party to attack an award predicated upon arbitration of a subject matter not within the agreement to submit to arbitration. This defense to enforcement of a foreign award, like the others already discussed should be construed narrowly. Once again a narrow construction would comport with the enforcement-facilitating thrust of the Convention.”. (CARBONNEAU, Thomas E., *Cases and materials on the law and practice of arbitration*, cit., p. 795 – Nossa tradução).

Nesse artigo vê-se claramente a supremacia da autonomia da vontade das partes, pois somente na ausência do acordo arbitral entre as partes é que deve ser observada a lei do local da arbitragem.

Tal dispositivo é um avanço da Convenção de Nova Iorque em relação à Convenção de Genebra de 1927, pois segundo o artigo correspondente desta última, “a execução do laudo pode ser negada se a composição do tribunal arbitral e o procedimento arbitral não estiverem em conformidade com o acordo entre as partes e a lei do país onde a arbitragem for realizada”²⁰⁹. Então, ainda que as partes tivessem celebrado um acordo arbitral, deveriam se submeter à lei do local da arbitragem para que o laudo fosse executável.

Todavia, com o advento da Convenção de Nova Iorque, o papel da lei do local da arbitragem, em relação à composição e ao procedimento arbitral, passou a ser subsidiário ao do que foi acordado entre as partes, em cláusula compromissória ou no compromisso arbitral.

Importante observar que embora previsto, raramente se vê esse questionamento pelas partes, porque quase sempre o acordo de arbitragem das partes sobre a composição do tribunal arbitral e seu procedimento é devidamente observado.

Em geral, as partes de um contrato internacional prevêm na cláusula compromissória as regras de arbitragem de uma instituição tradicional como a CCI ou a AAA, que em geral são atendidas e respeitadas.

Contudo, Alan Redfern et al.²¹⁰ e Domenico Di Pietro citam o caso julgado pela Suprema Corte de Hong Kong em 1994, em que as partes escolheram no acordo de arbitragem os árbitros da lista de Pequim, entretanto foram indicados os árbitros da lista de Shenzhen. Tal fato seria motivo para a recusa da execução pela corte, nos termos do artigo V(1)(d). Todavia, o Juiz Kaplan J. rejeitou o argumento, alegando que “tecnicamente, os

²⁰⁹ Artigo I(c) da Convenção sobre Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros de Genebra, 1927 (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*, cit., p. 879).

²¹⁰ REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*, cit., p. 536.

árbitros não tinham jurisdição para decidir essa disputa e, em todas as circunstâncias do caso, as hipóteses especificadas na seção foram eliminadas. Eu digo tecnicamente porque as partes não acordaram em ter uma Arbitragem CIETAC e isso foi o que tiveram, embora não tenha ocorrido em um lugar em que a China não tivesse especificado no contrato e por árbitros que aparentemente não estavam na lista de Pequim”.²¹¹

Assim, embora estivesse presente o requisito de que a composição do tribunal arbitral é diferente do que foi acordado pelas partes, configurando assim razão para a recusa da execução com fundamento no artigo V(1)(d), ainda assim o poder discricionário do juiz permitiu que ele negasse o pedido da parte requerida, por entender que a parte, durante o procedimento arbitral, sabia que os árbitros indicados não eram os escolhidos no acordo de arbitragem, mas ainda assim prosseguiu com a arbitragem, de maneira que não podia no momento da execução alegar vício do procedimento.

3.3.3.6 Sentença arbitral não obrigatória

O último item do artigo V(1) da Convenção de Nova Iorque prevê a possibilidade de ser negada a execução da sentença arbitral estrangeira se ela ainda não tiver se tornado obrigatória para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

Na primeira parte do artigo, a previsão de que a sentença arbitral estrangeira ainda não tenha se tornado obrigatória representa um marco na história legislativa, pois anteriormente, na Convenção de Genebra de 1927, era necessário que o laudo fosse final.

Assim, para que a parte pudesse comprovar que o laudo arbitral era final, não restava alternativa a não ser homologá-lo no país de origem. Como era necessário também

²¹¹ No original: “*Technically the arbitrators did not have jurisdiction to decide this dispute and that in all circumstances of this case, the ground specified in the section has been made out. I say technically because the parties did agree to have a CIETAC Arbitration and that is what they got, even though it was held at place within China not specified in the contract and by arbitrators who apparently were not on the Beijing list.*” (DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 164 – Nossa tradução).

homologá-lo no país em que o laudo seria efetivamente executado, ocorria então o duplo *exequatur*.

Com a substituição da palavra “final” por “obrigatória” no artigo V(1) da Convenção de Nova Iorque, restou eliminada essa necessidade, o que representou um verdadeiro avanço para a arbitragem internacional, tornando-a mais simples e mais interessante para as partes.

Entretanto, embora tenha sido eliminado o problema do duplo *exequatur*, surgiu um outro problema, qual seja, a dúvida na interpretação do termo “obrigatória”, porque o tempo para que um laudo arbitral torne-se obrigatório para as partes pode variar de acordo com a lei do país sede da arbitragem.

Entende-se em geral que para uma sentença arbitral ser considerada obrigatória, não deve caber mais nenhum tipo de revisão do mérito, apelação ou recurso, tanto via procedimento arbitral interno, quanto judicialmente.²¹²

Domenico Di Pietro observa que “é necessário examinar o acordo de arbitragem entre as partes e a lei do local da arbitragem. Se a convenção de arbitragem prevê a possibilidade de apelar do mérito a outro tribunal ou se a *lex arbitri* permitir a revisão do mérito, o laudo não será obrigatório ainda”.²¹³

A segunda parte do artigo V(1)(e) permite que a execução da sentença arbitral seja negada se a mesma tenha sido anulada ou suspensa pela autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

Importante notar que, conforme Albert van den Berg²¹⁴, essa hipótese para recusa somente se aplica se o laudo tiver sido efetivamente anulado pelo seu país de origem, ou seja, se a parte tiver requerido a anulação, mas ainda não tenha sido julgado o pedido pelo

²¹² REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*, cit., p. 537.

²¹³ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 167.

²¹⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 350.

país de origem, esse fato dá causa apenas ao adiamento da decisão da corte que irá decidir sobre a execução, conforme o artigo VI da Convenção de Nova Iorque.

Caso ocorra uma anulação do laudo arbitral subsequente, é possível requerer o cancelamento de uma decisão favorável à execução do mesmo, de acordo com o artigo III da Convenção de Nova Iorque.

Do mesmo modo, se o laudo estiver suspenso no país de origem, a corte que irá decidir sobre a sua execução poderá adiar a sua decisão, ainda nos termos do artigo VI da Convenção, até que o laudo se torne obrigatório entre as partes.

Esclarece-se que o referido artigo VI da Convenção de Nova Iorque prevê expressamente que “caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no artigo V(1)(e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto à execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas”²¹⁵.

Assim, o referido artigo confere à corte a discricionariedade de adiar a decisão de executar o laudo arbitral, caso ele esteja sendo questionado pela parte demandada, ou ainda pedir que sejam fornecidas garantias apropriadas.

Novamente a Convenção de Nova Iorque inovou em relação à Convenção de Genebra ao inserir essa previsão, pois anteriormente o mero pedido de anulação do laudo arbitral no país de origem era motivo para a recusa da execução da sentença arbitral pela corte do outro país.

Contudo, esse poder discricionário concedido pela Convenção aos juízes que irão decidir acerca da execução do laudo arbitral há que ser exercido de acordo com os limites de salvaguarda do direito da parte demandada contestar a validade do laudo arbitral no país de origem e à proteção do demandante contra táticas dilatórias e impeditivas do demandado.

²¹⁵ Vide artigo V(1)(e), Anexo I.

3.3.4 Arbitrabilidade e ordem pública

O artigo V(II) da Convenção de Nova Iorque prevê que “o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de decisão mediante arbitragem, ou o reconhecimento ou a execução da sentença seriam contrários à ordem pública daquele país”.

Cumprir notar que as hipóteses apontadas pelo artigo V(II) podem ser decididas de ofício, ou seja, o próprio Juízo poderá verificar se a sentença arbitral é contrária à ordem pública daquele país.

Essa é uma grande diferença em relação ao artigo V(I) da Convenção, pois para os casos apresentados pelo referido artigo, é necessário que sejam provados pela parte interessada.

No item (a) do artigo V(II), a Convenção permite que a sentença arbitral não seja reconhecida ou executada se o seu objeto não for passível de ser resolvido pela arbitragem, segundo as leis daquele país, ou, em outras palavras, pela falta de arbitrabilidade do seu objeto.

O conceito de arbitrabilidade já foi tratado anteriormente, entretanto é importante recordar que essa questão pode variar de país para país. No caso do Brasil, objeto passível de ser resolvido pela arbitragem é aquele que trata de direitos patrimoniais disponíveis.

Embora a questão da arbitrabilidade possa ser tratada como parte da ordem pública de um país, na Convenção de Nova Iorque essas matérias foram vistas separadamente.

Igualmente à Convenção de Nova Iorque, em nossa legislação, o artigo 39 da Lei n. 9.307/96 prevê que “também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da 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 ofende a ordem pública nacional”.

Antes, porém, a questão da ordem pública também foi tratada de maneira expressa, conforme previsto no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, que aduz que “as leis, atos e sentenças de outro país bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz explica que “como sinônimo de ordem social, a ordem pública abrange todas as manifestações sociais relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes”.²¹⁶

Sobre o conceito de ordem pública, comenta Haroldo Valadão que “denega-se no Brasil efeito ao direito estrangeiro que choca concepções básicas do foro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que ali orientam a respectiva legislação. É uma noção fluida, relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época e fica entregue à jurisprudência em cada caso”.²¹⁷

Da mesma forma, afirma Amílcar de Castro que “a expressão ordem pública sempre foi vaga, oscilante, contraditória na doutrina, na jurisprudência e na legislação de todos os povos com significação diversa”.²¹⁸

Para a doutrina internacional, o conceito não é diferente, pois, de acordo com Julian Lew, ordem pública são “convicções morais fundamentais ou políticas do foro”²¹⁹, ou seja, são os princípios morais de cada país.

²¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 391.

²¹⁷ VALADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1971. v. 1. p. 502.

²¹⁸ CASTRO, Amílcar de, *Direito internacional privado*, cit., p. 275.

²¹⁹ LEW, Julian, *Applicable law in international commercial arbitration* (Dobs Ferry, 1978) apud VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 360.

Conclui Jacob Dolinger que “o princípio de ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível”.²²⁰

Entretanto, segundo Irineu Strenger, “o conceito de ordem pública é extremamente importante porque procura afastar a aplicação do direito estrangeiro para que em lugar dele seja aplicada a lei territorial”.²²¹

Como o conceito de ordem pública diferencia-se nas leis locais, chama-se a atenção para a importância de distinguir a ordem pública doméstica da internacional, pois de acordo com essa distinção, nem sempre o que se considera pertencer à ordem pública para as relações domésticas, pertence à ordem pública internacional.

A doutrina francesa, iniciada por Boulay de la Meurthe e seguida de Berthold Goldman, identifica essas duas categorias de ordem pública, a interna e a externa. No entender de Meurthe, “enquanto a ordem pública interna refere-se aos nacionais, estabelecendo relações do governo com seus súditos, a ordem pública internacional tanto se impõe aos nacionais, como aos estrangeiros, disciplinando relações internacionais”.²²²

Jacob Dolinger comenta que “costuma-se falar em ordem pública interna e ordem pública internacional, a primeira no plano do direito interno, correspondente ao princípio que neutraliza a vontade das partes manifestada contra leis cogentes, e a segunda, no plano de direito internacional privado, que impede a aplicação de leis de outros Estados ou reconhecimento de sentenças estrangeiras, quando atentatórias à ordem jurídica, moral ou econômica do foro”.²²³

Entretanto, conforme entende Amílcar de Castro, embora a ordem pública possa ser ofendida por leis, atos e sentenças de outro país, e o governo a resguarda proibindo se atribua valor jurídico a essa atividade alienígena, a ordem pública é uma só, indivisível, podendo ser agredida e defendida de formas diferentes.²²⁴

²²⁰ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. ampl. e atual. de acordo com as Emendas à Constituição e o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 392.

²²¹ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, cit., p. 435.

²²² CASTRO, Amílcar de, *Direito internacional privado*, cit., p. 276.

²²³ DOLINGER, Jacob, *Direito internacional privado: parte geral*, cit., p. 402.

Do mesmo modo, Henri Batiffol defende que “a ordem pública é uma, com duas aplicações diferentes, cabendo tão-somente distinguir entre a incidência da ordem pública no campo do direito interno e no campo do direito internacional privado”.²²⁵

Há também autores, como Albert Jan Van den Berg, que acreditam haver uma ordem pública verdadeiramente internacional, assim conceituada por Julian Lew: “Em geral as regras da ordem pública compreendem as regras fundamentais de direito natural, os princípios universais de justiça, *jus cogens* em direito internacional público e os princípios morais geralmente aceitos pelas chamadas ‘nações civilizadas’.”²²⁶

Segundo Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, pode-se observar que a ordem pública de que trata a Convenção de Nova Iorque é a que se chama de ordem pública internacional, e não a doméstica, aduzindo que “ainda que o artigo V, parágrafo 2, b, não tenha sido explícito, não se contesta que o texto faz referência à ordem pública internacional do Estado que acolheu a sentença”.²²⁷

Portanto, ao analisar a sentença arbitral proferida por outro país, o Juízo ao qual seja requerido o seu reconhecimento e execução deverá atentar que a Convenção refere-se à ordem pública internacional.

Da mesma maneira, as decisões judiciais proferidas em relação à arbitrabilidade do objeto também demonstram que é necessário separar o conceito doméstico do internacional.

Tanto é que, em decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.* restou resolvido que “embora disputas decorrentes de transações

²²⁴ CASTRO, Amílcar de, *Direito internacional privado*, cit., p. 277.

²²⁵ BATTIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul, *Droit international privé*, 1993, v. 1, p. 424, apud DOLINGER, Jacob, *Direito internacional privado: parte geral*, cit., p. 403.

²²⁶ LEW, Julian, *Applicable law in international commercial arbitration* (Dobs Ferry, 1978) apud VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 361.

²²⁷ No original: “*Bien que l'article V, paragraphe 2, b, ne soit guère explicite, il n'est pas contestable que le texte fait référence à l'ordre public international de l'Etat d'accueil de la sentence.*” (FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. p. 1.012 – Nossa tradução).

envolvendo ações não possam ser submetidas a arbitragem se o contrato é doméstico, as disputas decorrentes de tais transações são arbitráveis, se o contrato for internacional”.²²⁸

Portanto, ainda que o objeto do contrato internacional não seja arbitrável perante a lei doméstica, acertadamente alguns Juízos têm decidido que se o contrato for internacional, o conflito pode ser resolvido por meio de arbitragem.

Todavia, apesar da arbitrabilidade dever ser considerada sob a prisma internacional, o artigo V(II)(a) claramente indica que a lei aplicável para determinar se a disputa em cotejo pode ser revolvada pela via arbitral é a lei do país onde a execução está sendo pleiteada.

Apenas a título de curiosidade, podemos citar como exemplo de objetos não arbitráveis casos que envolvam direito de família, antitruste, penais e trabalhistas, porém cumpre lembrar que a questão da arbitrabilidade varia de país para país.

Da mesma forma, nem sempre as cortes fazem distinção entre a ordem pública doméstica e a internacional, pois essa diferença depender de caso a caso.

Embora a ordem pública seja constantemente invocada pelas partes para impedir o reconhecimento e execução do laudo arbitral estrangeiro, é necessário lembrar que as cortes estão preparadas para indeferir a execução de uma sentença arbitral estrangeira, pois essa decisão somente deve ser tomada em casos muito sérios de flagrante ofensa à ordem pública ou aos demais preceitos da Convenção porque, conforme já mencionado, deve-se ter em mente que o escopo da Convenção de Nova Iorque é executar a sentença arbitral estrangeira, e por essa razão, as cortes dos países que a ratificaram devem evitar ao máximo indeferir sua execução.

Para ilustrar esse posicionamento, a Corte de Apelação americana, no caso *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Mynyak Dan Gas Bumi Negara (Indonésia)*,

²²⁸ No original: “Although disputes arising out of securities transactions cannot be submitted to arbitration if the contract is domestic, disputes arising out of such transactions are arbitrable if the contract is international” (VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 362 – Nossa tradução).

de 23 de março de 2004, Decisão n. 02-20042 e 03-20602, decidiu que “a defesa da ordem pública deve ser ‘interpretada estritamente para ser aplicada somente quando a execução puder violar as mais básicas noções e justiça do Estado do foro’. A via geral pró-execução da Convenção (...) indica uma leitura estrita da defesa da ordem pública”.²²⁹

Nesse caso, a corte comenta que a aplicação equivocada de uma lei em geral não é considerada uma violação à ordem pública, nos termos da Convenção. Exemplos práticos de ofensa à ordem pública são a falta de imparcialidade do árbitro e a falta de razões em um laudo arbitral.

A falta de imparcialidade do laudo arbitral pode ser considerada tanto quebra do devido processo legal quanto ofensa à ordem pública, dependendo da interpretação do Juízo. De qualquer maneira, “a imparcialidade do árbitro é um requisito fundamental em toda a arbitragem”. Segundo Albert van den Berg, “imparcialidade do árbitro significa basicamente que ele não tenha interesse pessoal no caso e é independente *vis-à-vis* as partes. É necessário que a imparcialidade do árbitro seja alegada de boa-fé”.²³⁰

Outrossim, é preciso que laudo arbitral seja fundamentado para que seja válido, ou seja, deve conter as razões pela qual a decisão arbitral foi baseada, uma vez que é um direito das partes saber como a decisão foi tomada.

Porém, dependendo do país, nem sempre a questão da fundamentação do laudo arbitral é considerada como questão de ordem pública, até porque, como não é permitido o reexame do mérito do laudo arbitral, preenchendo os requisitos da Convenção, não há que se falar em ofensa à ordem pública se o laudo arbitral não estiver fundamentado.

Além dos exemplos apresentados acima, segundo a Corte de Apelação alemã, no Caso n. 11Sch 04/98, de 20 de outubro de 1998²³¹, o tribunal entendeu que a violação à

²²⁹ No original: “*The public policy defense is to be ‘construed narrowly to be applied only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions and justice’. The general pro-enforcement bias informing the convention (...) points to a narrow reading of the public policy defense.*” (*Yearbook of Commercial Arbitration*, v. 29, p. 1.291, 2004 – Nossa tradução).

²³⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*, cit., p. 377.

²³¹ *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 677, 2004.

ordem pública poderia ser argumentada se o requerente tivesse obtido o laudo arbitral por meios fraudulentos.

De qualquer forma, convém lembrar que, segundo julgado pela Corte de Apelação alemã, Processo n. 6 U110/97, de 12 de março de 1998²³², “o reconhecimento e a execução de um laudo arbitral deve ser recusado quando o laudo contém um grave vício que afeta os princípios fundamentais de justiça alemã”.

Portanto, embora seja um conceito amplo, sendo até mesmo considerado indefinível, de acordo com Amílcar de Castro²³³, a violação à ordem pública, assim como outras possíveis hipóteses apontadas pelo artigo V da Convenção de Nova Iorque, devem ser consideradas pelo juiz ou tribunal que irá decidir a respeito do reconhecimento e execução de um laudo estrangeiro em sentido estrito, levando em conta o viés pró-execução da Convenção.

3.3.5 Princípio da eficácia máxima

O artigo VII da Convenção de Nova Iorque, além de revogar o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 entre os Estados contratantes, prevê ainda que “as disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários, nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada”.

Em outras palavras, estabeleceu o princípio da eficácia máxima, pelo qual prevalece a norma mais favorável à homologação, ou seja, se existir uma lei doméstica ou um tratado e a parte desejar basear-se nele, a Corte não tem poder discricionário para impedir que a parte o faça, devendo aplicar a norma mais favorável.

²³² *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 677, 2004.

²³³ CASTRO, Amílcar de, *Direito internacional privado*, cit., p. 275.

A Lei n. 9.307/96 praticamente incorporou todos os dispositivos da Convenção de Nova Iorque, entretanto o seu artigo 38, inciso V dispõe que “somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que (...) a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória”, enquanto que o artigo V(1)(d) da Convenção prevê que “o reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que (...) a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu”, ou seja, não faz referência à lei do local da arbitragem, sendo essa talvez a única exceção à aplicação da Convenção de Nova Iorque, em relação à nossa lei de arbitragem.

O célebre caso *Hilmarton*²³⁴ demonstra como o artigo VII pode levar à execução de um laudo arbitral indeferido no local da arbitragem. O laudo foi proferido e posteriormente afastado da Suíça, a parte requerente tendo ido para a França executar o laudo arbitral, com base no artigo VII da Convenção, em conjunção com o artigo 1.502 do Código de Processo Civil francês, que não considera o indeferimento do laudo pelo país de origem como hipótese para afastar a execução.

Outro caso importante em que o artigo VII auxiliou na obtenção da execução do laudo é o famoso *Chromalloy*²³⁵, cujo laudo havia sido denegado no local da arbitragem, e ainda assim executado em outra jurisdição.

Além dos *leading cases* mencionados acima, existem diversas decisões judiciais permitindo que um laudo arbitral estrangeiro seja homologado com base em uma lei doméstica mais favorável que a Convenção de Nova Iorque.

Um exemplo é a decisão da Corte de Apelação da Bavária de 11 de agosto de 200, n. 4ZSchH5/00²³⁶, que deferiu a execução da sentença arbitral estrangeira alegando o

²³⁴ *Hilmarton Ltd. v. OTV*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 20, p. 663 ss., 1995.

²³⁵ *Chromalloy Aeroservice Inc. v. Arab Republic of Egypt*, 939 F Supp. 907 (D.D.C. 1996).

²³⁶ *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 27, p. 451, 2002.

direito alemão aplicado, com base no direito mais favorável previsto pela Convenção de Nova Iorque, que permite que a parte requerente forneça apenas o laudo arbitral ou uma cópia autêntica juntamente com o pedido de execução, conseqüentemente indeferindo o pleito da parte requerida contestando a validade formal da cópia do acordo de arbitragem e das traduções do laudo fornecidas pela parte requerente.

Outrossim, em um caso julgado pela Corte de Apelação de Haia, em 22 de fevereiro de 2000, entre Petrasol B.V (Holanda) v. Stolt Spur Inc. (Libéria)²³⁷, a corte entendeu que o princípio da eficácia máxima ou do direito mais favorável, por analogia se aplica tanto para a execução do laudo arbitral, como também da convenção de arbitragem.

Embora não seja expressamente previsto pela Convenção, o fato de permitir-se que seja aplicada uma lei mais benéfica para a execução de um laudo arbitral não significa afastar a Convenção completamente. É possível aplicá-la em parte e em conjunto com outra norma, porque a intenção do artigo VII da Convenção é torná-la dinâmica e atualizada. Domenico Di Pietro comenta que seria muito difícil alterar o texto da Convenção para atualizá-la, pois para tanto seria necessário o consentimento de todos os Estados-membro²³⁸, sendo mais fácil atualizar ou criar um lei doméstica mais favorável à execução de um laudo arbitral estrangeiro.

Assim, sendo o objetivo da Convenção possibilitar o reconhecimento e a execução do laudo arbitral estrangeiro, o artigo VII é um instrumento que a mantém em sintonia com o desenvolvimento do comércio internacional mundial, porque permite que a parte a aplique naquilo que favoreça a execução.

²³⁷ *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 29, p. 798, 2004.

²³⁸ DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*, cit., p. 171.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que a arbitragem é um método de solução de controvérsias muito utilizado no comércio internacional, por suas características contratuais e jurisdicionais, e principalmente em razão de ser um procedimento mais célere que o judicial, o que confere segurança às partes envolvidas, com relação à confidencialidade e à especialização dos árbitros na resolução das disputas.

A Convenção de Nova Iorque de 1958, em razão da ampla adesão pelos países atores do comércio internacional tornou-se a mais importante convenção sobre arbitragem internacional da atualidade, porque versa especificamente sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelo Poder Judiciário, ou seja, é um passo definitivo para que a arbitragem seja um procedimento respeitado pela comunidade internacional, pois se um laudo arbitral não é cumprido amigavelmente pelas partes, só resta à parte prejudicada executar o laudo arbitral.

Todavia, se os laudos arbitrais estrangeiros não fossem executáveis judicialmente nos países requeridos, esse meio de solução de disputas com certeza estaria muito prejudicado.

A Convenção de Nova Iorque buscou eliminar o duplo *exequatur*, com o intuito de facilitar a execução, definiu a convenção de arbitragem, determinando às autoridades judiciárias dos países convenientes que, diante de uma convenção de arbitragem, se abstenham de dar prosseguimento ao processo judicial, e estabeleceu regras básicas para determinar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelas autoridades judiciárias competentes dos países ratificantes da Convenção.

Outro aspecto da Convenção em cotejo é que sua aplicabilidade não é exclusiva, isto é, a execução de uma convenção ou laudo arbitral pode ser fundamentada em outro tratado bilateral ou multilateral, ou ainda em uma lei doméstica concernente à execução de laudo arbitral estrangeiro, com base no princípio da eficácia máxima da Convenção.

Embora a Convenção tenha sido elaborada em 1958, e por essa razão possa ter alguns dispositivos ultrapassados, o fato de permitir que sua aplicação não seja exclusiva, a torna sempre atualizada, em função dessa flexibilidade.

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 34, traz os dispositivos referentes à execução das sentenças arbitrais estrangeiras, praticamente reproduzindo o artigo 5 da Convenção de Nova Iorque sobre o mesmo tema. Assim, ainda que a nossa Lei de Arbitragem tenha sido proferida antes da ratificação da Convenção pelo Brasil, observa-se que o intuito do legislador foi seguir a linha já adotada pelos países convenientes.

Após a edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, transferindo a competência para decidir sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras para o Superior Tribunal de Justiça, ainda não é possível saber qual será o posicionamento desse tribunal quanto à Convenção, entretanto acredita-se que será adotado o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que deverá levar a Convenção de Nova Iorque a ser cada vez mais utilizada pela nossa autoridade judiciária competente, em razão do seu caráter pró-execução e da sua importância para o comércio internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOU-NIGM, Verónica Ruiz. The Lex mercatoria in international commercial arbitration. *DeCITA: Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, Buenos Aires, n. 2, p. 101-125, nov. 2004.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129-170.

_____. Aspectos práticos da arbitragem. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-249.

AGUILAR ALVAREZ, Guillermo. Article II (2) of the New York Convention and the Courts. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International 1999. (ICCA Congress Series, n. 9).

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Arbitragem no comércio internacional e no Brasil. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras; Lex, 2004. p. 334-342.

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1.

ARAÚJO, Nádia de; SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. A Arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, Comitê Brasileiro de Arbitragem, v. 0, p. 69-90, 2003.

ARCARI, Matteo. Reconhecimento e homologação de sentenças judiciais e arbitrais no Brasil. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras; Lex, 2004. p. 343-348.

AVESSIAN, Aida B. The New York Convention and denationalised arbitral awards. *Journal of International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, v. 8, n. 1, p. 5-29, Mar. 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BERGER, Klaus Peter; HOFFMANN, Stefan-Georg. *Arbitration interactive: a case study for students and practitioners*. Frankfurt: Peter Lang Publishing, 2002.

BERNINI, Giorgio. The enforcement of foreign arbitral awards by national judiciaries: a trial of the New York Convention's ambit and workability. In: SCHULTSZ, Jan C.; VAN DEN BERG, Albert Jan. *The art of arbitration: essays on international arbitration: liber amicorum Pieter Sanders*. The Hague: Kluwer, 1982. p. 51-61.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico: invalidade e ineficácia do negócio jurídico. Limitações à vigência do negócio jurídico. Representação e interposição no negócio jurídico*. Anotação e tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. v. 3.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946. v. 4.

BLACK'S Law Dictionary. Abridged 6th ed. St Paul (Minn.): West Publishing, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; revisão técnica de Cláudio de Cicco; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

CALÓGERAS, J. Pandiá. *A política exterior do império: as origens*. Introdução João Hermes Pereira de Araújo. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1998. v. 1. (Biblioteca Básica Brasileira).

CARBONNEAU, Thomas E. *Cases and materials on the law and practice of arbitration*. 3rd ed. New York: Juris Publishing, 2003.

_____. *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. New York: Juris Publishing, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHOSA, Modesto. Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral (§ 3. do art. 109). In: LOBO, Jorge (Coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 321-343.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson Laks. *A nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHOW, Daniel K.; SCHOENBAUM, Thomas J. *International business transactions: problems, cases and materials*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2005.

CHEVALLIER, Jean-Jaques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Prefácio de Andre Siegfried; tradução de Lydia Cristina; revisão de Andre Praça de Souza Telles. 8. ed., 3. impr. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULISSON, Jan. *Annotated guide to the 1998 ICC Arbitration Rules: with commentary*. New York: Oceana Publications, 1998.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito privado brasileiro aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CRISTOFARO, Flavia Sávio C. S. A relação entre a arbitragem e as regras sobre competência internacional previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil brasileiro. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 417-445.

DAVIES, Christian Galvão. A questão da necessidade de homologação de laudos arbitrais estrangeiros em face do artigo III da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Reconhecimento e a Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, v. 2, n. 10, p. 91-101, jan./mar. 2005.

DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of international arbitration awards: the New York Convention of 1958*. London: Cameron May; International Law Publishers, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. à luz da Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 9. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 7. ed. ampl. e atual. de acordo com as emendas à Constituição e o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito internacional privado (parte especial): arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

EVANS, Malcolm D. *International law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2003.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. *Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução: teoria e prática*. Prefácio de Nadia de Araújo. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. (Biblioteca de Direito Internacional, 9).

FINKELSTEIN, Cláudio. Alterações constitucionais em temas de direito internacional. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada: Emenda Constitucional 45/2004*. São Paulo: Método, 2005. p. 121-125.

_____. A “E-Lex Mercatoria”. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, v. 3, n. 11, p. 99-106, abr./jun. 2005.

_____. A reserva legal do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Org.). *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 855-871.

_____. *O processo de formação de mercados de bloco*. São Paulo: IOB – Thompson, 2003.

FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965. (Bibliothèque de Droit International Privé, v. 2).

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

FREYER, Dana H. United States recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards: the aftermath of the Chromalloy case. *Journal of International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, v. 17, n. 2, p. 1-9, Apr. 2000.

FROES, Carlos Henrique de C. A arbitragem na corte internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 283-290.

GARCEZ, José Maria Rossani. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 441-484.

GHARAVI, Hamid G. *The international effectiveness of the annulment of an arbitration award*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

GIARDINA, Andréa. The international recognition and enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin. *Rivista de Diritto Internazionale Privado e Processuale*, Padova, v. 37, n. 2, p. 265-278, apr./giug. 2001.

GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law: the lex mercatoria. In: LEW, Julian D. M. (Ed.). *Contemporary problems in international arbitration*. Londres: Centre for commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986. p. 113-125.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário inglês português Websters*. Rio de Janeiro, Record, 1982.

KALICHSZTEIN, Juliana. *Homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1998.

KUNER, Christopher B. The public policy exception to the enforcement of foreign arbitral awards in the United States and West Germany under the New York Convention. *Journal of International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, v. 7, n. 4, p. 71-91, Dez. 1990.

LANDAU, Toby. The written form requirement for a arbitration agreement: when “written means” oral. In: INTERNATIONAL ARBITRATION CONFERENCE, 2002 London. *International commercial arbitration: important contemporary questions*. Londres: Kluwer Law International, 2002. p. 19-81. (ICCA Congress Series, n. 11).

LANDO, Ole. The law applicable to the merits of the dispute. In: LEW, Julian D. M. (Ed.). *Contemporary problems in international arbitration*. London: Centre for commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986. p. 101-112.

LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: MENEZES, Wagner (Org.). *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 732-740.

_____. A aplicabilidade da Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional. *DeCITA: Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, Buenos Aires, n. 2, p. 190-216, nov. 2004.

_____. Arbitragem e empréstimos internacionais. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas á luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, p. 347-359, 2001.

_____. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. 448 p.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem doméstica e arbitragem internacional. *Valor Econômico*, 5 ago. 2003.

_____. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188-208.

LOBO, C. A. da Silveira. Uma introdução à arbitragem internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253-265.

LÜER, Hans-Jochem. German Court decision interpreting and implementing the New York Convention. *Journal of International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, v. 7, n. 1, p. 127-138, Mar. 1990.

MAGALHÃES, José Carlos. Fontes do direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 511-520.

_____. A convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5, n. 18, p. 309-318, out./dez. 2002.

_____. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAYER, Ulrich C. The enforcement of annulled arbitral awards: towards a uniform judicial interpretation of the 1958 New York Convention. *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, Rome, v. 3, n 2/3, p. 583-600, 1998.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 2ª parte*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

MUSTILL, Michael J. The new lex mercatoria: the first twenty-five years. *Arbitration International*, v. 4, n. 2, p. 86-119, 1988.

PINTO, José Emílio Nunes. *O árbitro deve decidir. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 129, 12 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4454>>. Acesso em: 19 fev. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 15.

REDFERN, Alan et al. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

RICCI, Edoardo F.; FRANCO, Mariulza. Após ratificação da Convenção de Nova Iorque: novos problemas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 2, p. 90-102, 2004.

SANDERS, Pieter. The history of the New York Convention. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International 1999. (ICCA Congress Series, n. 9).

SANTOS, António Marques dos. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Almedina, 1998.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. 14.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. A Convenção de Nova Iorque. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 434-440.

SCHMITTHOFF, Clive M. *Schmitthoff's Export Trade: the law and practice of international trade*. 9. ed. London: Stevens & Sons, 1990.

SHERMAN, Fredrick E. Sophisticated arbitration. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 53-93.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Direito processual civil internacional brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

_____. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2003.

_____. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

_____. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária. In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio (Coords.). *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

TIBURCIO, Carmem. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 92-114.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 23. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1971. v. 1.

VAN DEN BERG, Albert Jan. Annulment of awards in international arbitration. In: LILLICH, Richard B.; BROWER, Charles N. *International Arbitration in the 21st Century towards “judicialization” and uniformity?* Irvington-on-Hudson, NY: Transnational Publishers, 1994. p. 133-162.

_____. Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958? In: SCHULTSZ, Jan C.; VAN DEN BERG, Albert Jan. *The art of arbitration: essays on international arbitration: liber amicorum Pieter Sanders*. The Hague: Kluwer, 1982. p. 39-49.

_____. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. The Hague: Kluwer Law International, 1981.

VECCHI, Daniele. I mezzi de risoluzione delle controversie. In: MASCHIO, Francesca (Coord.). *Il diritto della nuova economia*. Padova: CEDAM, 2002. p. 117-162.

WALD, Arnaldo. A convenção de Nova Iorque. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, n. 16, p. 325-390, abr./jun. 2002.

WERNER, Jacques. Should the New York Convention be revised to provide for court intervention in arbitral proceedings. *Journal of International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, v. 6, n. 3, p. 113-120, Set. 1989.

WILKINSON, Vanessa L. D. The new lex mercatoria reality or academic fantasy? *Journal of International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, v. 12, n. 2, Jun. 1995.

YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION. International Council for Commercial Arbitration. Deventer, Netherlands: Kluwer. 1976- . Annual. (n. 9, 1984; n. 20-21, 1995-1996; n. 27, 2002; n. 29, 2004).

ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. *An introduction to comparative law*. Translation by Tony Weir. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1998.

ANEXO I

CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS DE NOVA IORQUE, DE 1958²³⁹

Artigo I

1 - A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

2 - Entender-se-á por “sentenças arbitrais” não só sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso, mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam.

3 - Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução apenas de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.

Artigo II

1 - Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível ou não de solução mediante arbitragem.

2 - Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

²³⁹ Disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 30 mar. 2006 (Nossa tradução).

3 - O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Artigo III

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

Artigo IV

1- A fim de obter o reconhecimento e a execução mencionados no artigo precedente, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução fornecerá, quando da solicitação:

- a) a sentença original devidamente autenticada, ou uma cópia da mesma devidamente certificada;
- b) o acordo original que se refere o artigo II, ou uma cópia do mesmo devidamente autenticada.

2 - Caso tal sentença ou tal acordo não for feito em um idioma oficial do país no qual a sentença é invocada, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução da sentença produzirá uma tradução desses documentos para tal idioma. A tradução será autenticada por um tradutor oficial ou por um agente diplomático ou consular.

Artigo V

1 - O reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

- a) as partes do acordo a que se refere o artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2 - O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de decisão mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Artigo VI

Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no artigo V, 1, (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

Artigo VII

1 - As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários, nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

2 - O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente Convenção.

Artigo VIII

1 - A presente Convenção estará aberta, até 31 de Dezembro de 1958, à assinatura de qualquer Membro das Nações Unidas e também de qualquer outro Estado que seja ou que doravante se torne membro de qualquer órgão especializado das Nações Unidas, ou que seja ou que doravante se torne parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou qualquer outro Estado convidado pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

2 - A presente Convenção deverá ser ratificada e o instrumento de ratificação será depositado junto ao Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo IX

1 - A presente Convenção estará aberta para adesão a todos os Estados mencionados o artigo VIII.

2 - A adesão será efetuada mediante o depósito de instrumento de adesão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo X

1 - Qualquer Estado poderá, quando da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que a presente Convenção será estenderá a todos ou a qualquer dos territórios por cujas relações internacionais ele é responsável. Tal declaração passará a ter efeito quando a Convenção entrar em vigor para tal Estado.

2 - A qualquer tempo a partir dessa data, qualquer extensão será feita mediante notificação dirigida ao Secretário Geral das Nações Unidas e terá efeito a partir do nonagésimo dia a contar do recebimento pelo Secretário Geral das Nações Unidas de tal notificação, ou a partir da data de entrada em vigor da Convenção para tal Estado, considerada sempre a última data.

3 - Com respeito àqueles territórios aos quais a presente Convenção não for estendida quando da assinatura, ratificação ou adesão, cada Estado interessado examinará a possibilidade de tomar as medidas necessárias a fim de estender a aplicação da presente Convenção a tais territórios, respeitando-se a necessidade quando assim exigido por razões constitucionais, do consentimento dos Governos de tais territórios.

Artigo XI

No caso de um Estado federativo ou não-unitário, aplicar-se-ão as seguintes disposições:

a) com relação aos artigos da presente Convenção que se enquadrem na jurisdição legislativa da autoridade federal, as obrigações do Governo federal serão as mesmas que aquelas dos Estados signatários que não são Estados federativos;

b) com relação àqueles artigos da presente Convenção que se enquadrem jurisdição legislativa dos estados e das províncias constituintes, que, em virtude do sistema constitucional da federação, não são obrigados a adotar medidas legislativas, o Governo federal, o mais cedo possível, levará tais artigos, com recomendação favorável, ao conhecimento das autoridades competentes dos estados ou províncias constituintes;

c) um Estado federativo Parte na presente Convenção fornecerá, atendendo a pedido de qualquer outro Estado signatário que lhe tenha sido transmitido por meio do Secretário Geral das Nações Unidas, uma declaração da lei e da prática na confederação e em suas unidades constituintes, com relação a qualquer disposição em particular da presente Convenção, indicando até que ponto se tornou efetiva aquela disposição mediante ação legislativa ou outra.

Artigo XII

1 - A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data de depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão.

2 - Para cada Estado que ratificar ou aderir à presente Convenção após o depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão, a presente Convenção entrará em vigor a partir do nonagésimo dia após o depósito por tal Estado de seu instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo XIII

1 - Qualquer Estado signatário poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito dirigida ao Secretário Geral das Nações Unidas. A denúncia terá efeito um ano após a data do recebimento da notificação pelo Secretário Geral.

2 - Qualquer Estado que tenha feito uma declaração ou notificação nos termos do artigo X poderá, a qualquer tempo a partir dessa data, mediante notificação ao Secretário Geral das Nações Unidas, declarar que a presente Convenção deixará de aplicar-se ao território em questão um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário Geral.

3 - A presente Convenção continuará sendo aplicável às sentenças arbitrais relativamente às quais tenham sido instituídos processos de reconhecimento ou de execução antes da denúncia surtir efeito.

Artigo XIV

Um Estado signatário não poderá valer-se da presente Convenção contra outros Estados signatários, salvo na medida em que ele mesmo esteja obrigado a aplicar a Convenção.

Artigo XV

O Secretário Geral das Nações Unidas notificará os Estados previstos no artigo VIII de:

- a) assinaturas e ratificações em conformidade com o artigo VIII;
- b) adesões em conformidade com o artigo IX;
- c) declarações e notificações nos termos dos artigos I, X e XI;
- d) data em que a presente Convenção entrar em vigor em conformidade com o artigo XII;
- f) denúncias e notificações em conformidade com artigo XIII;

Artigo XVI

1 - A presente Convenção, da qual os textos em chinês, inglês, francês, russo e espanhol são igualmente autênticos, será depositada nos arquivos das Nações Unidas.

2 - O Secretário Geral das Nações Unidas transmitirá uma cópia autenticada da presente Convenção aos Estados contemplados no artigo VIII.

ANEXO II

LEI N. 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 (LEI DE ARBITRAGEM)

Dispõe sobre arbitragem.

Capítulo I – Disposições Gerais

Artigo 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Artigo 2º - A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º - Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º - Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Capítulo II – Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Artigo 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Artigo 4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

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

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

Artigo 5º - Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e

processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

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

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

Artigo 7º - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artigo 9º - O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º - O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º - O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Artigo 10 - Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Artigo 11 - Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único - Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal

estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Artigo 12 - Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o artigo 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III – Dos Árbitros

Artigo 13 - Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º - As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º - Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no artigo 7º desta Lei.

§ 3º - As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º - Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º - O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º - No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º - Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Artigo 14 - Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que

couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º - As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º - O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Artigo 15 - A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do artigo 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único - Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do artigo 16 desta Lei.

Artigo 16 - Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º - Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º - Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no artigo 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Artigo 17 - Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Artigo 18 - O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV – Do Procedimento Arbitral

Artigo 19 - Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único - Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Artigo 20 - A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º - Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do artigo 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º - Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o artigo 33 desta Lei.

Artigo 21 - A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º - Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º - As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º - Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 desta Lei.

Artigo 22 - Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º - O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º - A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no parágrafo 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º - Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V – Da Sentença Arbitral

Artigo 23 - A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único - As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Artigo 24 - A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º - Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º - O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Artigo 25 - Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único - Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Artigo 26 - São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único - A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Artigo 27 - A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Artigo 28 - Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do artigo 26 desta Lei.

Artigo 29 - Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Artigo 30 - No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único - O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do artigo 29.

Artigo 31 - A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Artigo 32 - É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, parágrafo 2º, desta Lei.

Artigo 33 - A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º - A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º - A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do artigo 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º - A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o artigo 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI – Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Artigo 34 - A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único - Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Artigo 35 - Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Artigo 36 - Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos artigos 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Artigo 37 - A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o artigo 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

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

Artigo 39 - Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da 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 ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único - Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da 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 com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Artigo 40 - A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII – Disposições Finais

Artigo 41 - Os artigos 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

“Artigo 267 - (...)

(...)

VII - pela convenção de arbitragem;”

Artigo 301 - (...)

(...)

IX - convenção de arbitragem;

Artigo 584 - (...)

(...)

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;”

Artigo 42 - O artigo 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

“Artigo 520 - (...)

(...)

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.”

Artigo 43 - Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Artigo 44 - Ficam revogados os artigos 1.037 a 1.048 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os artigos 101 e 1.072 a 1.102 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.