

ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A LEI Nº 9.307/96

Welber Barral

Professor de Direito Internacional
da Universidade Federal de Santa Catarina.

I INTRODUÇÃO

A presente nota pretende ressaltar as modificações mais importantes para a arbitragem internacional, sob o prisma das inovações trazidas pela Lei 9.307/96. Seu advento representa, além de radical mudança para a efetividade do instituto da arbitragem comercial no Brasil, uma adequação à realidade do atual contexto internacional, haja vista a crescente tendência de desnacionalização das relações contratuais em todo o mundo¹.

Neste sentido, busca-se aqui elencar tais inovações – dentre as quais, a consagração do princípio da autonomia da vontade e a efetivação da *lex mercatoria* como fonte para solução de litígios arbitrais. Ao final busca-se analisar a (já controversa) questão da homologação da sentença arbitral estrangeira.

II PRINCIPAIS PONTOS DA LEI

Inicialmente, deve-se notar que o legislador brasileiro não traçou dispositivos normativos distintos aplicáveis à arbitragem interna e à arbitragem internacional. Em outras palavras, a Lei 9.307 regula ambos os mecanismos, sejam as partes brasileiras ou não.

¹ Cf. Casella, “Efetividade da Nova Lei”, p. 13.

Esta observação é pertinente, uma vez que a tendência mais moderna, demonstrada pelo direito comparado, vem se constituindo em leis distintas para cada hipótese². Ou seja, regras mais estritas quanto à ordem pública e ao procedimento, para a arbitragem interna; regras mais liberais para a arbitragem internacional. Distinção justificada pelo fato de que ordem pública nacional e ordem pública internacional estão sujeitas a princípios nem sempre coincidentes³.

No caso do Brasil, a nova lei caracteriza como estrangeira apenas a sentença proferida fora do território nacional⁴. Desta forma, afastou-se de outros critérios normalmente utilizados para se estipular o caráter alienígena da arbitragem, como a nacionalidade distinta das partes ou o direito aplicável.

Uma indagação pertinente seria quanto à segura conveniência de uma tal distinção no direito brasileiro. Afinal, num país onde a arbitragem é quase desconhecida, a aprovação – inicialmente – de uma lei para arbitragem internacional atenderia aos principais utilizadores desse mecanismo, ao mesmo tempo em que serviria para divulgar paulatinamente as vantagens da arbitragem.

Uma inovação digna de registro, na nova lei, é a consagração do princípio da autonomia da vontade é fundamental nas relações contratuais internacionais. “A possibilidade de as partes se livrarem das incertezas do direito aplicável em suas obrigações internacionais, através da escolha da lei, sempre foi considerada como uma vantagem para garantir que os objetivos almejados pelas partes não sofressem interferências do Estado”⁵.

Recupera-se assim tal princípio no direito brasileiro, que passa a permitir prática comum dos negócios internacionais: a eleição de lei estrangeira a ser aplicável ao mérito de futuro litígio entre os contratantes.

Deve-se observar, contudo, que autonomia da vontade não passa a ser automática e genericamente reconhecida nos negócios jurídicos. Seu

² Neste sentido: Convenção Européia sobre Arbitragem Internacional (Genebra, 1961), art. 1º; Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitragem (Genebra, 1923).

³ V. Magalhães, “Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros”, p. 124.

⁴ Art. 34, par. único: “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

⁵ Araújo, “A Nova Lei de Arbitragem Brasileira e os Princípios...”, p. 96.

âmbito de validade é justamente o mecanismo arbitral, embora não necessariamente a arbitragem internacional.

Em outras palavras, se o contrato contiver cláusula compromissória, a autonomia da vontade é plena, e as partes poderão eleger qualquer lei estrangeira para solucionar o litígio, desde que não haja ofensa à ordem pública nacional. Se, entretanto, o litígio for decidido no judiciário, a autonomia da vontade é questionável, diante do dispositivo que determina a aplicação da lei do domicílio do proponente (LICC, art. 9º, § 2º).

Por outro lado, foi inovadora a lei ao permitir às partes a eleição não somente do direito estrangeiro, mas também das regras internacionais do comércio (*lex mercatoria*) e da equidade⁶.

Desta forma, observa-se que a lei foi bastante liberal, tanto ao incorporar os princípios mais atualizados da arbitragem internacional quanto no sentido de legitimar a autonomia da vontade das partes.

Outro exemplo desses princípios se materializou no art. 34, que passa a garantir a supremacia dos tratados internacionais, no que se referir ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras⁷. Desta forma, aplicar-se-ão as disposições das convenções internacionais, tendo a lei caráter supletivo e subordinado.

Neste sentido, estão em vigor no Brasil: o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais⁸; a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional⁹; a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros¹⁰; e o Protocolo de Cooperação e Assistência em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do Mercosul¹¹. Parte da doutrina entende que, no tocante

⁶ Art. 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito aplicáveis 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.”

⁷ Art. 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 da Lei.

⁸ Genebra, 1923. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 21.187, de 5.2.32.

⁹ Panamá, 1975. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 90, de 6.6.95.

¹⁰ Montevideu, 1979. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.902/96.

¹¹ Las Leñas, 1992. Aprovado no âmbito do Mercosul pela Decisão nº 02/96 do CMC.

aos países do Mercosul, será aplicável o Protocolo de Las Leñas. Quanto aos demais Estados americanos, a Convenção do Panamá¹².

Contudo, é interessante notar que a Lei não chegou a delegar aos árbitros a escolha do direito aplicável. Ou seja, inexistindo disposição eletiva de direito estrangeiro, deverá o árbitro aplicar a *lex fori*.

Se estas inovações atualizam as regras aplicáveis à arbitragem internacional no Brasil, incorporando os princípios hodiernos sobre a matéria, deve-se notar uma enorme ausência normativa: a não-ratificação da Convenção de Nova Iorque, de 1958¹³.

Com efeito, o Brasil ratificou finalmente a Convenção do Panamá, mas inexplicavelmente nem mesmo assinou a Convenção de Nova Iorque, que constitui hoje o principal documento uniforme sobre o reconhecimento de laudos arbitrais estrangeiros. Basta recordar, e este propósito, que aludida Convenção já foi firmada por mais de 130 países.

Esta observação se torna mais legítima à medida em que se recorda os efeitos da não-ratificação pelo Brasil. Isto é, com o regime legal adotado pela Lei brasileira, qualquer laudo estrangeiro que cumpra os requisitos indicados terá validade no Brasil. O oposto não é necessariamente verdadeiro, uma vez que determinados Estados somente reconhecem a validade de laudos prolatados no território de outros Estados Partes da Convenção de Nova Iorque. Em consequência, o Brasil não será um local confiável para arbitragens internacionais, estando excluído do *forum shopping*, hoje habitual nas arbitragens internacionais.

Esta consequência é tanto mais nefasta se confrontada com duas constatações: a) inexistente política deliberada contra a assinatura da Convenção de Nova Iorque; e b) os dispositivos da Lei e da Convenção do Panamá já implicam compromissos equivalentes em relação à arbitragem.

¹² Ramos, "O Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no Mercosul", p. 303. Este entendimento no entanto não é pacífico. NOODT entende que a Convenção do Panamá é o documento básico para a arbitragem internacional no Mercosul, inclusive porque ratificada por todos os seus membros. Cf. Noodt, "Arbitraje internacional entre particulares en el Mercosul", p. 12.

¹³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10.6.58; em vigor desde 07/07/59.

Com efeito, existem evidências a demonstrar que pode ter havido certa indisposição política do Brasil em relação à Convenção de Nova Iorque quando de sua negociação¹⁴. Nada explica entretanto que esta indisposição persista, quando, quarenta anos depois, praticamente todos os Estados americanos a ratificaram. A explicação mais plausível parece ser a inércia dos formuladores de política externa, aliada à falta de atenção da sociedade civil para com o assunto.

A segunda constatação sobre quanto é descabida a não-ratificação da Convenção de Nova Iorque se baseia no fato de que seus princípios são consentâneos com os da nova lei e da Convenção do Panamá. Inclusive quanto aos motivos para impugnação do laudo arbitral estrangeiro, seus textos são similares, com pequenas diferenças de redação¹⁵.

Neste sentido, vale lembrar também a consonância entre a Convenção do Panamá e a Lei nº 9.307, ambas em vigor desde 1996. A única disposição conflitante se refere ao procedimento a ser adotado no silêncio das partes. A Lei incumbe ao árbitro disciplinar o procedimento¹⁶, enquanto a Convenção determina que a arbitragem seja efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial¹⁷. Se se entender que o princípio da supremacia dos tratados é válido também quanto a esta matéria, haverá que prevalecer esta última disposição.

III HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

Uma última inovação da Lei deve ser analisada, confrontando-a com a polêmica recentemente suscitada a propósito de sua constitucionalidade.

¹⁴ Sobre o tema, veja-se Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America".

¹⁵ Os critérios para impugnação são os seguintes: a) incapacidade das partes; b) invalidade da convenção; c) ausência de notificação; d) sentença *extra petita*; e) instituição da arbitragem em desacordo com o compromisso; e f) não-obrigatoriedade, suspensão ou anulação da sentença arbitral proferida. Cf. Lei 9.307/96, art. 38, inc. I a VI; Convenção de Nova Iorque, art. 5º; Convenção do Panamá, art. 5º.

¹⁶ Art. 21, § 1º.

¹⁷ Art. 3º.

Trata-se aqui da homologação da sentença arbitral estrangeira, que a Lei atribuiu, unicamente, ao Supremo Tribunal Federal¹⁸.

Ao que parece, o desígnio do legislador foi justamente de reverter entendimento jurisprudencial arraigado, que entendia como homologável somente a sentença judicial estrangeira. Desta forma, impunha-se ao exequente a necessidade de dupla homologação, por órgão judiciário do Estado onde foi prolatada a sentença e pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta sistemática tornava por vezes impraticável a execução do laudo arbitral estrangeiro, uma vez que os judiciários locais não reconheciam a necessidade da homologação do laudo.

Entretanto, a disposição da Lei sofre entretanto crítica do Prof. JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES que vê aí uma inconstitucionalidade, uma vez que norma ordinária não pode estender a competência constitucionalmente estabelecida. Segundo aquele doutrinador, “pode a lei ordinária ampliar a já tão desnecessariamente ampla competência do STF estabelecida pela Constituição Federal? (...) Essa inclusão [dar ao Supremo competência para homologar sentenças arbitrais estrangeiras] equivaleria à emenda a Constituição, cujo rito, estabelecido no art. 60, obviamente, não foi observado”¹⁹.

Assim, MAGALHÃES parte da premissa de que o laudo arbitral é título executivo *extrajudicial*, não podendo ser comparável a sentença. Isto adviria de seu caráter contratual. Sendo assim, seria automaticamente exeqüível no Brasil, devendo ser encaminhado diretamente ao juiz da execução, o qual, por sua vez, deverá apenas verificar se estão presentes os requisitos do art. 17 da LICC²⁰. A alteração produzida pelo art. 41 da lei no art. 584, III, do CPC (introduzindo o laudo arbitral como título executivo *judicial*) “foi tecnicamente incorreta e desnecessária”²¹.

Desta forma, “[o] laudo arbitral não é sentença judicial, e o artifício utilizado de assim denominá-lo não lhe altera o caráter de ato privado, desprovido de autoridade pública, a justificar a intervenção do Supremo Tribunal Federal, já tão sobrecarregado de processos, que lhe impedem o cum-

¹⁸ Art. 35.

¹⁹ Magalhães, op. cit., p. 120.

²⁰ Magalhães, id., p. 118.

²¹ Id, ibid, p. 117.

primento de sua missão maior, a de interpretar a Constituição”. E conclui que, embora a lei tenha sido um avanço no plano interno, “no plano internacional não apresentou qualquer inovação, ou seja, piorou o tratamento anteriormente dado”²².

A título de exercício intelectual, apresentam-se a seguir alguns argumentos em contrário a este raciocínio. O primeiro deles se assenta numa interpretação literal da Constituição, segundo a qual compete ao Supremo “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias”²³.

Este é um dos pontos principais da argumentação do prof. Magalhães, que não concorda que a norma do art. 35 da lei esteja suportada pela norma do art. 102, I, “h”, da CF, uma vez que esta deve ser interpretada restritivamente, ou seja, deve referir-se apenas às sentenças *judiciais* estrangeiras.

Ora, a Lei equivaleu os efeitos da sentença judicial e da sentença arbitral²⁴, optando desta forma pelo caráter jurisdicional da arbitragem. A mudança terminológica, de laudo para sentença, teve justamente o escopo de asseverar esta equivalência, não só para os efeitos internos, mas ainda para as decisões proferidas no estrangeiro, seja por um órgão estatal, seja por um árbitro.

Além do mais, conforme já lembrava HANS KELSEN²⁵, a norma jurídica nada mais é do que um esquema de interpretação, um enunciado lingüístico que comporta determinados significados. Interpretar a lei é redefini-la constantemente, moldurá-la segundo os casos específicos sob seu foco.

No caso específico do art. 102, I, “h”, em nenhum momento está prescrita a expressão “sentença judicial estrangeira”. Assim, lembra o constitucionalista PINTO FERREIRA:

“A locução constitucional *sentenças estrangeiras* tem um **sentido amplo** e compreende: a) todos os atos emanados do Poder Judiciário, (...)

²² Id, ibid, p. 121.

²³ CF/88, art. 102, I, “h”.

²⁴ Art. 18.

²⁵ *Teoria Pura do Direito*, p. 363 e ss.

tanto na jurisdição contenciosa como na voluntária (...); b) todos os atos emanados de órgãos não-judiciários, como os tribunais administrativos; c) os laudos arbitrais (...).”²⁶ (grifo nosso)

Não bastasse esta disposição da Lei, deve-se recordar ainda que a Convenção do Panamá também sustenta esta equivalência, determinando que os laudos “terão força de sentença judicial definitiva”²⁷. E aqui deve-se recordar que as convenções se sobrepõem ao direito interno no tocante ao reconhecimento de laudos arbitrais estrangeiros²⁸.

Outro argumento a sustentar a pertinência, fática e jurídica, da homologação pelo Supremo se refere à análise da conformação com a ordem pública. A homologação de sentenças estrangeiras - um juízo de delibação - constitui tradição no direito brasileiro justamente por materializar a oportunidade de verificação desta conformação.

Evidentemente, todos os defensores da arbitragem vislumbram as desvantagens de um tal procedimento, principalmente no que se refere ao atraso provocado pelo exame no Supremo. Não se pode entretanto - com base num empecilho fático - sustentar uma antinomia com a Constituição.

Além do que, se se fosse apresentar um argumento fático, deve-se atentar que a defesa da inconstitucionalidade da homologação do laudo estrangeiro comporta duas opções, contraditórias quanto à sua praticidade. Se os defensores da arbitragem pregam sua desnecessidade, e em consequência a legitimidade da execução direta do laudo estrangeiro, agitar-se-ão os formalistas de sempre, que passarão a exigir a homologação no Estado originário, argumentando pela vetusta dupla homologação. Tal era a prática anterior à lei, e, na prática, a homologação não era facilmente aceita pelo STF²⁹.

Por outro lado, a desnecessidade de homologação por parte do Supremo apenas em tese traria mais agilidade ao procedimento arbitral. Isso porque, ao ser executada pelo juízo comum, a parte poderia levantar a questão da “ordem pública”, por exemplo, como embasamento de recurso às instâncias superiores e, conseqüentemente, chegar até ao STF.

²⁶ *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 112-3.

²⁷ Art. 4º.

²⁸ Art. 34.

²⁹ V. Santlebem, “Histórico da Arbitragem no Brasil”, p. 75 e ss.

Assim, o que poderia parecer um “atalho” acabaria se tornando um caminho mais longo, bastando apenas haver simples resistência de uma das partes em cumprir o laudo³⁰.

Sob este prisma, a solução da Lei foi uma solução de compromisso. Nem tão conservadora a ponto de manter a impraticável dupla homologação; nem tão avançada que houvesse eliminado a atuação do Supremo e dado argumentos aos profetas do apocalipse jurídico.

IV REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Nadia de. “A nova lei de arbitragem brasileira e os ‘princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais’, elaborados pelo UNIDROIT”. In: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem – a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo, LTr, 1997, pp. 87-116.
- CASELLA, Paulo Borba. “Efetividade da Nova Lei”. In: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem – a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo, LTr, 1997, pp. 13-20.
- COSTA, José A. Fontoura & TUSA, Gabriele. “Expectativas e âmbito de aplicabilidade da nova lei de arbitragem”. In: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem – a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo, LTr, 1997, pp. 187-196.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1992.
- GARRO, Alejandro. “Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America. *Journal of International Arbitration*, vol. 01, n. 04, December, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martin Fontes, 1991.
- MAGALHÃES, José Carlos de. “Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros”, *Revista dos Tribunais*, nº 740, junho de 1997, pp. 116-27.

³⁰ A preocupação em tornar célere e confiável a arbitragem envolvendo partes brasileiras levou a Lei a reasseverar inclusive a validade da notificação postal para a arbitragem (art. 39, par. ún.).

- NOODT TAQUELA, Maria Blanca. "Arbitraje internacional entre particulares en el Mercosul". Buenos Aires, Facultad de Derecho (UBA), 1997.
- RAMOS, André de Carvalho. "O reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e a cooperação jurisdicional no MERCOSUL". In: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem – a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo, LTr, 1997, pp. 281-308.
- SAMTLEBEN, Jürgen. "Histórico da Arbitragem no Brasil – até o advento da nova lei". In: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem – a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo, LTr, 1997, pp. 29-86.
- SOUZA JR., Lauro da Gama. "Reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras". In: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem – a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo, LTr, 1997, pp. 309-324.