

ARBITRAGEM INTERNACIONAL E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Claudio Finkelstein¹



arbitragem foi um dos meios de solução de conflitos pioneiros a ser utilizado pela humanidade, principalmente por não existir um sólido sistema estatal de resolução de controvérsias, mas também por ser um método pelo qual as partes buscavam pacificar as relações conflituosas mediante a intervenção de um terceiro não relacionado, de forma privada.

Como já tive a oportunidade de expor², em que pese ser um instituto legislado e conhecido há muito no Brasil, a arbitragem dificultosamente se firmou como uma opção viável em contratos celebrados em território nacional, um pouco pela cultura nacional avessa a intervenção privada em um domínio tido como exclusivo do judiciário estatal, fruto de uma crença que ditava que somente o Estado, por seus órgãos e agentes propriamente investidos detinham o monopólio da administração da justiça, pela crença (ainda existente) de que árbitros não são isentos o suficiente ou preparados para julgar uma questão, assim como, também, pelo desprestígio ao instituto outorgado pela lei anteriormente vigente no Brasil, que quando o aceitava,

¹ Mestre em Direito Internacional - University of Miami, doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica. Professor da Pontifícia Universidade Católica de SP., Diretor do Instituto Nacional do Contencioso Econômico e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e vice Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, ex-coordenador de Curso de Contratos Internacionais do COGEAE e da Fundação Getúlio Vargas - SP e coordenador do Curso de Contratos Internacionais do IICS em São Paulo. Orientador de TCC, Iniciação Científica, Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde coordena a subárea de Direito Internacional no Pós-Graduação. Professor Convidado do Summer Course da SouthWestern University em Buenos Aires e da University of Miami, EUA.

² Direito Internacional, Vol. 25, Ed. Atlas, 2008, Pg. 144 a 149.

demandava um procedimento extremamente gravoso às partes para dar guarida às decisões arbitrais (o duplo grau de homologação).

Todavia, com a edição da Lei nº 9.307/96 - Lei Brasileira de Arbitragem, este cenário alterou-se consideravelmente, trazendo a questão da arbitragem à pauta de discussões acadêmicas e comerciais, com um posterior posicionamento dos tribunais superiores favoráveis a efetivação deste meio alternativo ao judiciário para a solução de controvérsias. Para os operadores do comércio internacional³, até pela inexistência de um foro judiciário verdadeiramente internacional, a arbitragem é certamente o meio mais propício para a solução das controvérsias.

No Brasil, a arbitragem é instituto presente desde as Ordenações Filipinas de 1603, mas somente com a Constituição Brasileira de 1824 é que foi expressamente legislada. Mais tarde, nas Constituições de 1891 e 1969, foi definida como forma privada de prevenir litígios.

A Carta Magna de 1934 atribui competência ao Poder Legislativo Federal para disciplinar a adoção da arbitragem comercial. No entanto é na Constituição de 1988, no artigo 114, § 1º, que realmente aparece expressamente o instituto da arbitragem nos moldes hoje conhecidos e praticados.

A recém emendada⁴ Lei Brasileira de Arbitragem destaca-se como uma das mais importantes legislações domésticas,

³ De acordo com pesquisa realizada pela Queen Mary University e Pricewaterhouse Coopers em 2008, junto às principais empresas multinacionais e instituições arbitrais, concluiu-se que 88% das empresas se valem de arbitragem para solucionar suas controvérsias, enquanto que em certas áreas, como seguros, energia, petróleo e navegação, estas se valem da arbitragem na totalidade dos casos. Disponível em http://www.pwc.co.uk/pdf/PwC_International_Arbitration_2008.pdf, acesso em 05.01.2010.

⁴ Lei 13.129 de 26/05/2015 que amplia o âmbito de aplicação da arbitragem e dispõe sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral.

sendo notoriamente doméstica, ainda que baseada na Lei Modelo da UNCITRAL, validando definitivamente a arbitragem como método alternativo ao Poder Judiciário para solução de disputas.

Importante afirmar que o legislador brasileiro não estabeleceu regras distintas para a arbitragem nacional e a internacional, somente um processo diferenciado para homologação de laudos arbitrais emitidos fora do território nacional. Assim, para o direito pátrio, o critério para a determinação da internacionalidade do laudo é o geográfico. Laudo emitido fora do território brasileiro é estrangeiro, independente da nacionalidade ou domicílio das partes, local do cumprimento ou assinatura da obrigação, da natureza do contrato que deu origem ao litígio, idioma ou moeda do negócio jurídico. Isto é dizer que o laudo proferido dentro do território brasileiro será considerado nacional, independentemente dos elementos acima descritos possuírem identidades estrangeiras.

Assim, às sentenças e aos laudos arbitrais estrangeiros impõe-se o mesmo tratamento no Brasil. Para poderem surtir efeitos, devem ser homologados pelo STJ, conforme disposição do artigo 35 da Lei Brasileira de Arbitragem. A inovação está na atual dispensa da dupla homologação do laudo, tendo em vista a natureza de sentença que lhes foi atribuída pelo art. 23 da Lei 9.307. Antes do advento desta Lei, os laudos arbitrais estrangeiros, para ganharem status de sentença estrangeira, antes de ser homologados no Brasil, tinham que ser homologados pelo judiciário do país de origem da decisão.

Desta forma, podemos afirmar que o legislador pátrio optou por caracterizar a internacionalidade do laudo arbitral, e não do procedimento arbitral. Segundo a convenção Europeia de Genebra de 1961, arbitragem comercial internacional é a que ‘vai dirigida a dirimir litígios nascidos ou suscetíveis de nascer de operações de comércio internacional’ (art. 1), já em Portugal, ‘Entende-se por arbitragem internacional a que põe

em jogo interesses do comércio internacional' (Lei 31/86, art. 32).

O Brasil optou por não fazer distinção alguma entre os procedimentos, gravando, no entanto, o procedimento de execução com uma metodologia diferenciada, que, no entanto, reconhece como válido e eficaz o procedimento estrangeiro, tornando-o passivo de homologação em território nacional. Importante ressaltar e que desde 2002⁵ o Brasil passou a integrar o rol de países que acederam a Convenção de Viena sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

A Lei Brasileira que dispõe sobre Arbitragem preceitua, em seu art. 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Ao limitar o objeto litigioso às questões pertinentes a direitos patrimoniais disponíveis, pode-se dizer que o legislador reservou as demais matérias à jurisdição estatal, especialmente aquelas cuja titularidade de tutela, em razão da indisponibilidade dos direitos discutidos, pertencem exclusivamente ao Estado, ainda que de cunho patrimonial.

Ainda, na mencionada alteração à Lei de Arbitragem, o Congresso Nacional Brasileiro consolidou a possibilidade da Administração Pública participar de procedimentos arbitrais, em questões de direitos patrimoniais disponíveis, indicando, ainda, que esta deverá sempre respeitar o princípio da publicidade.

Muito se discute quanto a natureza da arbitragem, se contratual ou jurisdicional. Contratual, pois se origina de um contrato, com cláusula compromissória e posteriormente, no início do procedimento uma convenção arbitral, onde as partes, privativamente indicam mandatários de sua escolha para solucionar a questão. Jurisdicional, vez que os árbitros efetivamen-

⁵ Dec. 4.311 de 23/07/2002.

te presidem um processo sujeito ao contraditório, na qualidade de juiz de direito, por ficção legal instituída pelo art. 18 da Lei. 9.307.

A corrente predominante, seguindo a doutrina de Schmitthoff⁶, hoje interpreta o instituto como sendo misto, em razão de sua origem privada, contratual e de procedimento equiparada por lei à atividade jurisdicional. De um contrato privado surgem regras processuais, equiparadas por lei, a um procedimento judicial. O árbitro, autoridade privada, por força e ficção legal, torna-se juiz de fato e de direito.

A arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da preservação da autonomia da vontade das partes, da rapidez comparado ao judiciário, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do menor custo, na maioria das vezes, e também da possibilidade de manutenção do sigilo sobre a questão em debate. Tais vantagens, somada a possibilidade de eleição de lei, e exclusão de quaisquer outros foros⁷, qualifica a arbitragem como melhor forma de solução de conflitos internacionais.

A autonomia das vontades encontra sua maior guarida, dentro do sistema brasileiro, na arbitragem. Enquanto nas obrigações comerciais internacionais analisadas pelo judiciário existe longa discussão doutrinária quanto à capacidade de as partes elegerem o direito de escolha, na arbitragem inexistente tal debate.

Reza o art. 2 da Lei 9.307, “§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na

⁶ Schmitthoff, Clive. *Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, Sweet and Maxell, London, 11 edição, 2009, Pgs. 539; 541.

⁷ Também é necessário afirmar que a partir de 2016, com a vigência do novo Código de Processo Civil, será indiscutível a possibilidade de eleição de foro estrangeiro, com exclusão do foro brasileiro (Art. 24. Não cabem à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento das ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, arguida pelo réu na contestação.)

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.”

Assim, claro está que as partes podem eleger aquela lei que melhor se adéqua às suas necessidades, sempre dentro dos limites impostos pelas normas de ordem pública, que prevalecem também dentro da arbitragem, se sobrepondo à vontade das partes.

A arbitragem decorre da vontade expressa das partes por meio da convenção de arbitragem, que é gênero e manifesta-se em duas diferentes espécies: a cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) e o compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem, em seu art. 4º, define cláusula compromissória como “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”. Seria uma determinação *in abstracto* da forma eleita pelas partes para solucionar quaisquer litígios futuros derivados daquele contrato.

Por sua vez, 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” (art. 9º). Assim, já individualizada a controvérsia as partes firmam o compromisso, indicando *in concreto* qual o litígio, determinando quem será o(s) árbitro(s) e qual o procedimento e prazos a serem seguidos.

Desta forma, apesar de facultativo o uso do juízo arbitral no âmbito da Lei nº 9.307/96, uma vez adotado por meio de cláusula compromissória no bojo de um contrato, torna-se obrigatório para as partes a utilização deste meio, podendo qualquer uma delas exigir a instalação do juízo arbitral para dirimir o litígio.

Na cláusula compromissória, a escolha do local para a realização da arbitragem influirá também no processo de execução, pois quando proferida no Brasil a sentença pode ser imediatamente executada por ser comparada a uma sentença judicial, já quando proferida fora do território nacional o reconhecimento e execução dependerão da homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 35 da Lei Brasileira de Arbitragem).

Importante notar que uma vez que a Lei de Arbitragem franqueia às partes a possibilidade de eleição de lei ou dos princípios gerais do direito (artigo 2º, §1º), podendo haver inclusive uma autorização para que o árbitro ou árbitros julguem por equidade, sem que a obrigação seja pautada num direito substantivado, é imprescindível a opção pela lei que regerá a obrigação, ou a opção pela equidade (*ex aequo et bono*) ou pela *lex mercatoria*.

Na ausência do Compromisso Arbitral devidamente firmado, o entendimento predominante tem sido no sentido de que cláusula compromissória cheia é apta a instituir procedimento arbitral, dispensando a necessidade de intervenção judicial para suprir a vontade da parte recalcitrante (TJSP - 7ª Câm. de Direito Privado; Apelação Cível nº 296.036-4/4, Apelante: Celso Varga. Apelados: TRW Automotive South America S.A. e Câmara de Comércio Brasil-Canadá, publicado no D.J. de 02/02/04).

Já com relação à participação de sociedades de economia mista ou empresas públicas em procedimentos arbitrais, a despeito do esclarecimento constante da recente emenda a Lei de Arbitragem⁸, o STJ já decidiu favoravelmente, elucidando a inclusive a questão da arbitrabilidade e disponibilidade dos bens: “Pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em

⁸ § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

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 deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem.” *in* Recurso Especial 606.345 – RS E 612.439-RS AES Uruguiana Empreendimentos.

Por outro lado, asseverou a Corte que 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.

A realização dos procedimentos arbitrais podem ser *ad hoc* ou institucionais. Os primeiros não são necessariamente conduzidos sob as diretrizes e normas de nenhuma instituição arbitral regularmente constituída, de forma que as partes convenciam livremente as regras procedimentais e a seleção dos árbitros, podendo inclusive sujeitá-las a procedimento institucional se assim preferirem. Já quando submetidas sob a égide de uma instituição arbitral, as partes concordam em solucionar a disputa por esta instituição especializada, que administrará os procedimentos nos moldes de suas próprias regras, previamente conhecidas e aceitas pelas partes.

A arbitragem *ad hoc* permite que as partes escolham ou criem seus próprios procedimentos, em local neutro e de forma a melhor satisfazer seus interesses e necessidades. Isto reduz, muitas vezes, o custo e a duração do litígio. As partes devem convencionar todos os aspectos da arbitragem, incluindo a lei aplicável, número de árbitros (sempre ímpar), método de seleção, idioma em que serão conduzidos os procedimentos e o lugar da arbitragem. Conforme mencionado, poderão administrar privativamente utilizando regras criadas por uma instituição arbitral, sem que a disputa seja por ela administrada. Com frequência, as regras arbitrais *ad hoc* ou institucionais derivam

ou das regras modelo publicada pela UNCITRAL ou das regras de alguma notória instituição arbitral, como a CCI (Câmara de Comércio Internacional).

No tocante a arbitragem internacional, o mais importante tratado internacional que regula o juízo arbitral continua sendo a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (Convenção de Nova Iorque). Esta suplantou a Convenção de Genebra de 1927, também relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, da Convenção Internacional sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras e a Convenção do Panamá de 1975 (o Brasil é signatário de ambos os tratados).

Muitas vezes, no silêncio do contrato e sem a concordância das partes, compete aos árbitros depreender do Contrato a lei aplicável à solução da controvérsia. Aplica-se, assim, as regras de solução de conflitos. O árbitro, ao contrário do juiz estatal, não está cingido a aplicar as regras do art. 9 da Lei de Introdução ao Código Civil.

Battifol iniciou discussão sobre a lei aplicável aos contratos internacionais, afirmando que: *“Tout d’abord, Il est vrai que beaucoup de contrats ne désignent pas la loi applicable, et décident même qu’en cas de litige un ou des arbitrage seront saisis, ce qui rendrait inapplicable la règle de conflits de lois. Mais, nous savons que le défaut de désignation de loi applicable est pris en considération par lês système des conflits de lois, que c’est même le problème probablement le plus important. Même quand un tel contract est porte devant dès arbitres, Il ne s’ensuit pás que ceux-ci puissent toujours se contenter du texte du contract et d’une référence à la bonne foi ou à l’équité. Lês arbitres ont besoin, quoi qu’on em dise, d’être guidés. Il y a dès problèmes qui se posent et que lês arbitres ont quelque crainte de résoudre par eux-mêmes parce que lês conséquences sont assez graves pour qu’ils ne courent pás le*

*risque d'être taxes d'arbitraire*⁹”.

Para os estados europeus signatários da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais de 1980¹⁰, nos termos do artigo 4 da Convenção, será aplicada a lei do país que estiver mais proximamente conectada à obrigação (*most closely connected*), no caso de arbitragem ser contemplada sem indicação da lei aplicável, a situação também não é simples, pois a nem a jurisdição estatal ou arbitral foram incluídas nas regras da convenção. Assim, como lembra Hill¹¹: “caso uma questão relativa a escolha de lei surja em procedimentos Ingleses relativos a contratos internacionais, contendo uma cláusula jurisdicional ou arbitral, a lei aplicável que regulará tal cláusula será ditada pela referência às regras de escolha de lei aplicáveis ao restante do contrato, assim como determinado pela Convenção. Possivelmente, na prática, independente de aplicar-se em tese diferentes regras de conflito de leis a diferentes aspectos do mesmo contrato, a lei apropriada à cláusula será a mesma lei aplicável ao contrato como um todo. Entretanto, a aplicação de duas regras de conflito de leis poderá nos levar a que a jurisdição ou o compromisso arbitral seja regulado pela lei do país X enquanto o contato como um todo seja regulado pela lei do país Y.”

⁹ Batiffol, Henri. *Les Contrats em droit international prive comparé*. McGill University, Canadá, 1981, pg. 09

¹⁰ Reguladas genericamente pelas convenções de Bruxelas, Lugano assim como a Convenção de Nova Iorque de 1958 (vez que todos os Estados Europeus são parte da Convenção).

¹¹ If choice of laws questions arise in English proceedings in relation to an international contract which contains a jurisdiction or arbitration clause, the law governing the clause is to be determined by reference to the common law choice of law rules and the law governing the contract falls to be determined by the Convention. It is likely, in practice that, notwithstanding the fact that different choice of law regimes apply to different aspects of the same contract as a whole. Nevertheless, the application of two different sets of choice of law rules might leads to the jurisdiction or arbitration agreement being governed by the law of country X and the contract as a whole being governed by the law of country Y. Hill, Jonathan. *The Law Relating to International Commercial disputes*. Second Edition. LLP, Londres, 1998, pg 433.

Para Redfern and Hunter¹², referindo-se ao art. V.1(a) da Convenção de Nova Iorque: “o Estado onde o laudo foi produzido normalmente é considerado o Estado em que a arbitragem ocorreu. Em outras palavras, de acordo com a Convenção de Nova Iorque, uma convenção arbitral é válida se ela assim for julgada de acordo com a lei escolhida pelas partes no contrato ou, em não existindo tal lei, pela lei do local da arbitragem”.

Todavia, não há consenso quanto ao direito aplicável em caso de silêncio, ainda que significativa parte da doutrina indique ser a lei do foro. Nesse sentido, elucidativa a lição de Wolf: "Se o juiz não consegue obter uma nova edição do Código Civil boliviano, ele tem que supor que o texto de 1830 está em vigor. Se ele não consegue obter nenhuma edição do código, ele terá que se conformar com as informações à sua disposição sobre o conteúdo da lei aplicável. Em último recurso, ele pode declarar que o Código Civil boliviano é uma imitação do Código Civil francês. Tem sido dito que: aplicando-se estas regras hipotéticas, a decisão sairá completamente errada, e que, por conseguinte, nestes casos o juiz deverá aplicar sua própria lei. Contudo não há dúvida que se ele tivesse que agir assim, o erro seria ainda maior. Por exemplo: se tem que decidir sobre o testamento de um equatoriano que deserdou arbitrariamente sua esposa e filhos e não há como se descobrir a regra equatoriana sobre o assunto da legítima, seria um erro absoluto designar para a viúva e para os três filhos um oitavo dos bens para cada um, de acordo com o art. 2.303 do Código Civil alemão, quando sabemos que o sistema prusso-austríaco sobre o direito à herança legítima em dinheiro não é encontrado em nenhuma outra parte do mundo. Muito melhor seria aplicar o direito chileno, ao descobrir o juiz que o Código equatoriano é baseado

¹² Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Forth Edition. Sweet and Maxwell, Londres, 2004, pg. 153.

no código chileno; e se ele não conseguir averiguar o conteúdo do direito chileno, então melhor do que aplicar o direito alemão, seria aplicar o Código Civil francês, que foi o modelo daquele primeiro. De acordo com este critério, se o juiz não consegue provar o common law dos Estados Unidos, deverá aplicar o direito do qual ele deriva: o common law inglês¹³”.

Por fim, o Brasil é signatário da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de 1980. Entretanto, exatamente pela liberdade outorgada às partes na escolha da lei a ser aplicada aos contratos solucionados pela via arbitral, além da própria Convenção de Viena aqui citada permitir o sistema de *opt-out*, os contratantes estão aptos a eleger qualquer sistema legal, não atentatório à ordem pública brasileira. Antes de 2014, quando o Brasil não havia recepcionado dita Convenção, já havia, entretanto, o entendimento de que a opção por uma Convenção ou Tratado Internacional para reger as obrigações de um contrato, tendo em vista que as partes não estivessem obrigadas a segui-lo por ausência dos mesmos nos regimes jurídicos internos de seus Estados, a escolha não contrariaria a ordem pública. Nesse sentido: “SEC Nº 3.035 (19/08/2009) MINISTRO FERNANDO GONÇALVES – ‘Ao menos em princípio, analisando a questão à luz do direito brasileiro, é cediço que um tratado ou uma convenção, ao serem recepcionados por um país contratante, passam a ter o mesmo status de lei interna desse país. Não há motivos para pensar que seria diferente na Suíça e mais que isso: não há por que imiscuir-se na sentença arbitral, quanto ao tema.

O mesmo vale para o argumento de que a Convenção de Viena foi recepcionada com restrições pela Alemanha (Estado de residência de um dos contratantes) e não foi sequer recepcionada pelo Brasil (Estado de residência do outro contratante)”.

Assim, resta claro que respeitados os limites das barrei-

¹³ Martin Wolff, *Derecho Internacional Privado*, tradução do alemão para o espanhol de José Rovira y Emergol, 1936, pp. 140-1.

ras de ordem pública, é lícito às partes submeterem suas transações comerciais a toda e qualquer lei nacional ou princípios lícitos, sem que com isso se cometa qualquer ilegalidade.

