

Observações sobre o Texto do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul[1]

Pedro A. Batista Martins^[2]

1. INTRODUÇÃO

1. A arbitragem tem sido, ao longo da história dos países da América do Sul, o meio preferível para se resolver disputas entre Estados soberanos.
2. No caso brasileiro, são vários os exemplos de conflitos relacionados à extensão territorial solucionados por esse meio extrajudicial. Podemos citar a questão com a Bolívia, no ano de 1909, envolvendo o território do Acre, ganha pelo Brasil. O laudo favorável ao Brasil referente a limites fronteiriços com a Argentina, de 1900. A arbitragem com o Peru, por força de disputas ocorridas nas regiões do Alto Juruá e Alto Purus, do ano de 1910. E, ainda, a decisão desfavorável ao Brasil, prolatado em 1904, em demanda territorial com a Guiana Britânica.
3. Assim como esses, por certo vários outros exemplos poderiam ser citados como comprovação da utilização da arbitragem pelos países sul-americanos.
4. Da mesma forma, não se pode olvidar a utilidade da arbitragem na solução de controvérsias envolvendo pessoas e entes de direito privado. Seja em confronto com o Estado ou entre os próprios particulares.
5. E é para o direito privado que nos voltamos a partir deste ponto. As relações negociais contemporâneas não admitem mais incertezas e delongas resultantes de uma discussão infundável, com dezenas de recursos, sobre matéria, não raro, sujeita a nuances e a especificidades do segmento econômico em que o agente exerce sua atividade.
6. A competitividade e o intenso intercâmbio comercial e de informações, aliados a dinâmica empresarial, por certo, repudiam toda forma de especulação e desvio na solução dos conflitos.
7. O custo das transações comerciais reclamam maior cuidado e presteza na tutela dos direitos dos contratantes. Daí a crescente importância, nos dias de hoje, no que toca a forma e o modo de solucionar, e, mesmo prevenir, as disputas que normalmente ocorrem nas relações de tratos médio e longo. Os operadores do direito devem perceber que a cláusula de solução de conflitos é parte relevante da equação econômico-financeira do negócio jurídico que conduzem.
8. O prejuízo de uma demora na obtenção de uma resposta a determinado conflito pode gerar grave desequilíbrio a um dos contratantes. E os exemplos postos aos tribunais judiciais provam essa assertiva.
9. Não há pessoa jurídica que possa se dar ao luxo de litigar anos à fio sobre uma questão conflituosa de interesse vital para seus negócios. Exceto, obviamente, o devedor. O contratante renitente e de má-fé. Mas não é desses que estamos a tratar.

10. A celeridade das mudanças tecnológicas, a rapidez com que se concretizam os negócios, a integração comercial internacional e regional, as particularidades de cada relação econômica e a crescente especialização do operador do direito, dado as novas disciplinas jurídicas conduzem o jurista e o estudioso a revisitarem o passado, os mitos, as crenças e, acima de tudo, o misoneísmo, sob pena de perder a capacidade de melhorar as relações futuras.

11. Nesse particular, não podemos nos queixar de nossos legisladores, nomeadamente aqueles que têm se voltado para o Mercosul. Desde o início da formação desse grupo de países que a arbitragem tem tido papel de destaque. Primeiramente, como meio de pacificar as controvérsias entre os Estados integrantes desse bloco regional e, mais recentemente, o instituto se volta para aqueles que, realmente, dão vida e fulgor a pretendida integração, quais sejam, as pessoas de direito privado.

12. Por meio do Decreto Legislativo n. 265, de 29 de dezembro de 2000, o Congresso Nacional aprovou o texto do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998 (“Acordo de Arbitragem Mercosul” ou “AAM”), que entrou em vigor para o Brasil, no plano internacional, em 9 de outubro de 2002.

13. O texto do Acordo de Arbitragem Mercosul foi promulgado em 4 de maio de 2003, por força do Decreto Federal n. 4.719 (publicado em 6 de maio de 2003), Decreto este que impôs uma reserva ao art. 10 do AAM e, ainda, sujeitou à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que resultem em revisão do mencionado AAM ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do 49, inciso I, da Constituição Federal.

14. O objetivo do AAM é o de regular a arbitragem resultante de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais firmados por pessoas jurídicas ou físicas de direito privado dos Estados-Partes do Mercosul.

15. O AAM tem por princípio, (i) pactuar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração do Mercosul, (ii) promover e incentivar a solução extrajudicial de controvérsias privadas por meio da arbitragem no Mercosul e, (iii) uniformizar a organização e o funcionamento da arbitragem internacional nos Estados-Partes para contribuir com a expansão do comércio regional e internacional.

16. O Acordo de Arbitragem Mercosul foi incorporado ao sistema jurídico interno brasileiro, e, assim, deve produzir plenos efeitos de direito.

17. Pelos seus objetivos e pela sua expressão jurídica, merece o AAM uma incursão dos estudiosos, a fim de se dissecar as regras e os procedimentos que regula, haja vista que dele se projetam institutos sensíveis, e muito caros, ao regular processamento da arbitragem. Podemos citar, dentre outros, a forma e a validade da convenção de arbitragem, o direito aplicável à convenção e ao mérito da controvérsia, as normas gerais de procedimento, as medidas cautelares, a sentença arbitral e sua execução.

18. A análise que iniciamos a seguir, e que não pretende esgotar o conteúdo e o alcance do AAM, levará em consideração, quando for o caso, as leis de arbitragem brasileira (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996) e espanhola (Lei n. 60/2003, de 23 de dezembro), esta última, notadamente, pela sua contemporaneidade.

2. OBJETIVO

19. Extrai-se do art. 1º do AAM que seus efeitos legais aplicam-se, tão somente, às pessoas jurídicas de direito privado^[3].

20. Excluem-se do seu contexto, assim, as arbitragens sujeitas ao direito internacional público porque o sistema de solução de controvérsias que envolve os Estados-Partes foi fixado no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, com as alterações impostas pelo Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002.

21. Com efeito, sujeitam-se ao disposto no AAM as sociedades de economia mista e as empresas públicas brasileiras.

22. Apesar da existência de certa crítica a essa afirmativa, temos que o art. 173 da Constituição Federal não deixa dúvida quanto a capacidade dessas empresas de se submeterem às regras de arbitragem contidas no AMM.

23. Segundo o texto constitucional, “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.” (art. 173, par. 1º, inciso II; grifamos).

24. Daí porque, regra geral, todas as sociedades de economia mista e empresas públicas brasileiras podem solucionar seus conflitos pela via da arbitragem. São plenamente capazes para contratar cláusula de arbitragem^[4].

25. Neste particular, um breve parêntese. Atenta contra o direito e seus princípios maiores a celebração, por empresa estatal, de contrato que contemple cláusula compromissória, sem ressalvas e, não raro, com declaração de eficácia de seus termos e condições (representations and warranties’ clause) e que depois, com o surgimento do conflito, venha a ser pela mesma contratante negada sua validade e sua eficácia, em desfavor da parte que com ela se relacionou, acreditando na boa-fé e na veracidade do acordo escrito e expresso da solução por arbitragem.

26. Tal atitude, infelizmente praticada por essas espécies de empresas mundo afora, atenta contra os pressupostos básicos de convivência e interação comercial e toma alcance ainda mais dilatado por vir daquele (o Estado) que deve servir de exemplo para toda uma nação. Não há dúvida de que tal desvio deve ser combatido com as penas da litigância de má-fé pois é ato antijurídico dos mais condenáveis. É o típico *venire contra factum proprium* e que ilude a contraparte e a induz a erro que influencia e pode atingir a equação econômico-financeira do contrato.

27. Ressalvas pontuais poderão existir, notadamente no que toca à arbitrabilidade da controvérsia. Em outros termos, em casos muito específicos, a arbitrabilidade objetiva constituirá verdadeira prejudicial à solução da disputa por arbitragem.

3. DEFINIÇÕES

28. Mantendo a tradição dos sistemas jurídicos arbitrais, o AAM não inovou, ao conceituar a arbitragem como o meio privado, institucional ou ad hoc, de solução de controvérsias.

29. Nesse particular, não se vislumbra qualquer avanço legislativo e, tampouco, qualquer retrocesso.

30. Ambas as formas de solução arbitral são adequadas e contemplam peculiaridades que devem ser avaliadas caso a caso.

31. Particularmente, penso que as partes devem buscar a via institucional de solução de conflitos. O estágio em que se encontra o desenvolvimento do instituto nos países do Mercosul reclama certa prudência no trato dessa opção.

32. O órgão institucional otimiza o procedimento, acompanha o cumprimento dos prazos e a atuação dos árbitros e, ao fim, impõe maior segurança ao rito arbitral e à sentença final.

33. E, não pensem que a arbitragem institucional será, necessariamente, mais custosa que a ad hoc. Ao contrário, não raro as custas institucionais são superadas na arbitragem ad hoc, dada a carga extra de trabalhos que recaem sobre os árbitros cujo resultado, forçosamente, se lança à conta dos honorários.

34. De todo modo, tanto a arbitragem ad hoc quanto a institucional têm seus pontos positivos e prestam relevante papel na solução dos conflitos^[5]. Por isso, e pelas predileções que muitas empresas têm por uma ou pela outra forma de resolução arbitral, é que andou bem o legislador em considerar as duas tradicionais formas de arbitragem. A opção é direito das contratantes. Afinal, o instituto nasceu, foi implementado e evoluiu sob a ótica da liberdade^[6].

35. Nos termos do AAM, arbitragem internacional é definido como o meio privado para a solução de controvérsias relativas a contratos comerciais internacionais.

36. Conquanto possam haver divergências doutrinárias quanto ao que vem a ser contrato comercial internacional e arbitragem internacional, seja numa interpretação isolada de cada instituto, seja numa análise comparativa, e levando-se em conta que o ato internacional deixou de lançar as bases dos critérios pelos quais o intérprete deveria conduzir sua investigação conceitual^[7], cremos que o mais adequado é a adoção de critérios contemporâneos de definição de arbitragem comercial internacional.

37. Ao longo do tempo, os fatores mais utilizados pela doutrina para caracterizar a internacionalidade da relação jurídica, foram os seguintes:

- i) o domicílio, a residência e a sede das partes;
- ii) a lei aplicável ao mérito e ao procedimento da disputa;
- iii) o local da assinatura do contrato e de sua execução;
- iv) o local onde se situa a propriedade envolvida na controvérsia ou onde a perda ocorreu;

v) o local da sede da arbitragem;

vi) a nacionalidade dos árbitros;

vii) a nacionalidade ou a sede da instituição arbitral;

viii) o local do reconhecimento ou execução da sentença arbitral^[8].

38. Tais critérios, apesar de ainda utilizados, vêm perdendo projeção frente ao elemento econômico que norteia as relações negociais. A visão puramente jurídica, abstrata, do caráter internacional, vem sendo substituída por uma análise mais pragmática e tangível de substrato eminentemente econômico.

39. Essa corrente ganhou expressão com a introdução do art. 1.492, do Código de Processo Civil francês, *verbis*: a arbitragem é internacional quando envolve interesses do comércio internacional.

40. Segundo Fouchard, Gaillard e Goldman, “Under French law, an arbitration derives its international character solely from the transaction that gives rise to the dispute. The extraneous elements discussed earlier (and in particular the nationality of the parties, that of the arbitrators, their residence, the place where the contract was signed and the place of the arbitration) are all irrelevant in determining whether an arbitration is international. All of these legal criteria are rejected in favor of a purely economic definition of “internationality.” Any transaction involving a movement of goods, services or funds across national boundaries, or concerning the economies or currencies of at least two countries, necessarily involves the interests of international trade. The same is true of any dispute to which that transaction may give rise. The definition found in Article 1.492 is therefore not tautologous: an arbitration cannot be international in the abstract; it must result from a dispute involving the economies of more than one country.”^[9]

41. No entanto, a despeito dos diferentes fatores normalmente utilizados para a definição de arbitragem comercial internacional e de certa preferência contemporânea pelo escopo econômico de seus elementos, o AAM foi mais além ao admitir tanto o critério jurídico quanto o econômico^[10].

42. Nesse particular, é bastante liberal a disposição do Acordo de Arbitragem Mercosul.

43. Basta a simples existência de um desses elementos – econômico ou jurídico – para que a controvérsia se sujeite aos efeitos legais do Acordo de Arbitragem Mercosul.

44. Nos termos do seu art. 3º (i.e. âmbito material e espacial de sua aplicação), o AAM se aplicará à arbitragem, sua organização e procedimentos e às sentenças ou laudos arbitrais, se ocorrer alguma das circunstâncias nele elencadas.

45. Dentre elas, podemos citar: o contrato tenha algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com mais de um Estado-Parte; a convenção de arbitragem seja acordada entre pessoas que, no momento de sua celebração, tenham sua residência habitual ou o centro principal dos negócios, ou a sede, ou sucursais, ou estabelecimentos, ou agências, em mais de um Estado-Parte.

46. Por certo, ao não impor qualquer discriminação entre os critérios jurídico e econômico e, ao contrário,

ao abraçá-los, quis o legislador atrair para o âmbito material e espacial de aplicação do AAM o maior número possível de conflitos. Em outras palavras, quis o legislador, espontaneamente, afastar a intervenção judicial, em prestígio da via arbitral.

47. Essa premissa há de ser levada em consideração pelo intérprete e pelo julgador nos momentos em que se confrontarem com a definição do alcance e dos efeitos da convenção de arbitragem. A mens legis há de ser considerada na análise dessas questões de direito.

48. Ainda no que toca à arbitragem internacional, um parêntese: a lei brasileira não adotou a dualidade de expressão arbitral, a saber, nacional e internacional. Apenas fixou as regras do que vem a ser sentença estrangeira e, a contrario sensu, sentença nacional ou doméstica.

49. Não quer isso dizer que os princípios que regem a arbitragem internacional não podem ser utilizados no Brasil. Ao contrário, podem e devem, quando for o caso.

50. A preocupação primordial do legislador nacional foi a de apoiar e dar curso ao reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras. Era esse um dos graves problemas do país nas suas relações internacionais.

51. Ademais, ao não dualizar, o legislador deixou de impor restrições às arbitragens domésticas pois, como se sabe, nos sistemas em que se tem dualidade de procedimentos, um dos dois resta reprimido em seu alcance e/ou efeito^[11]. Não é o caso do Brasil. Tampouco da Espanha que, logo no art. 1º da sua lei de arbitragem registra que sua aplicação atinge as arbitragens levadas a efeito no seu território, sejam elas de caráter interno ou internacional.

52. O AAM mantém a arcaica terminologia laudo, muito embora admita o termo sentença.

53. Conquanto ainda utilizada por legislações atuais (cf. lei de arbitragem espanhola), pensamos ser mais apropriada a palavra sentença^[12] para definir a decisão proferida em sede de arbitragem.

54. Afinal, a decisão proferida pelos árbitros é definitiva. Produz coisa julgada material. Equipara-se, para todos os fins e efeitos de direito, a uma sentença judicial. Mais: tem uma natureza de definitividade mais instantânea que a própria decisão emanada do judiciário, haja vista a inexistência de recurso e o curto prazo para a propositura da ação de nulidade, remédio esse similar, pela sua natureza, à ação rescisória.

55. De todo modo, o AAM encampa sentença e laudo arbitral como termos sinônimos que expressam a resolução definitiva da controvérsia pelo tribunal arbitral.

56. Muito embora o texto do Acordo de Arbitragem Mercosul se refira à sentença arbitral como um ato de resolução definitiva da controvérsia, entendemos que tal previsão legal não deva ser oposta como um obstáculo à prolação de sentença arbitral parcial.

57. Na realidade, conquanto o art. 20, (1), apenas mencione que a sentença “decidirá completamente o litígio” o que, para o intérprete mais afoito impedirá o árbitro de proferir decisão parcial, temos que o aparente óbice à sentença parcial não se encontra posto nesse art. 20, (1) e, sim, no art. 20, (4), (c), do AAM.

58. Isso porque, esse dispositivo determina que o laudo ou a sentença conterà a decisão acerca da totalidade das questões submetidas à arbitragem.

59. À primeira vista, a letra da lei induz o intérprete a afastar a possibilidade de sentença parcial em sede de arbitragem sujeita às regras do AAM.

60. Contudo, parece-nos que a literalidade da referida norma deve ser analisada *cum grano salis*. Por sinal, a hermenêutica reprovava as amarras da interpretação literal.

61. E, ao nos afastarmos da literalidade do texto legal, extraímos da gênese do art. 20, (4), (c), a intenção de se combater não a sentença parcial, mas, a decisão *infra petita*. Ao impor ao árbitro a resolução da totalidade das questões litigiosas, o AAM, com essa norma, lança as bases normativas que irão permitir ao interessado buscar a nulidade do laudo exarado em desconformidade (i.e. *aquém*) com o pedido.

62. Essa interpretação ajusta-se à sistemática do AAM, haja vista que o seu art. 22 (dispõe sobre os casos de nulidade da sentença arbitral) somente contempla como hipóteses de nulidade a decisão *extra petita* (o laudo refira-se a uma controvérsia não prevista na convenção de arbitragem - item 2, letra f) e a decisão *ultra petita* (o laudo contenha decisões que excedam os termos da convenção arbitral - item 2, letra g). Olvida, esse elenco de hipóteses, o julgado que não decide toda a controvérsia.

63. Nesse sentido, justamente em função do disposto no art. 20, (4), (c), que determina o julgamento de todas as questões postas aos árbitros é que se poderá requerer a nulidade da decisão *infra petita*, já que viola a convenção de arbitragem.

64. Sendo essa a teleologia da norma (art. 20, 4, c), permite-se admitir que, havendo vários itens de discussão ou, em outros termos, vários pontos litigiosos, nada impede a exaração de sentença que ponha fim, em todo o seu alcance, a determinada matéria conflituosa enquanto o procedimento tem curso, no que respeita aos demais litígios^[13].

65. No caso, apesar de parcial, a sentença será definitiva e decidirá completamente o litígio. Em consonância, pois, com a letra da lei^[14]. Talvez, mais ainda, em linha com o espírito que norteia o instituto da arbitragem.

66. Por sinal, no Brasil, temos que a recente Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, ao introduzir o item LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal (dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais), reforça a possibilidade da sentença parcial pois, impõe a adoção de todos os meios possíveis e capazes de conferir efetividade à prestação jurisdicional, *verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

67. Permitimo-nos concluir que, sob essa nova ótica, a sentença parcial é regra a ser perseguida pelo julgador, notadamente em sede de arbitragem onde a celeridade e a informalidade norteiam o procedimento.

4. TRATAMENTO EQUITATIVO E DE BOA-FÉ

68. Segundo o art. 4º do AAM, a convenção arbitral dará um tratamento equitativo e não-abusivo aos contratantes, em especial nos contratos de adesão, e será pactuada de boa-fé.

69. Diante do texto normativo, denota-se que o legislador foi um pouco além da clássica preocupação com os efeitos da cláusula compromissória constante de contratos de adesão.

70. Nesse particular, tanto a lei brasileira de arbitragem (art. 4º, par. 2º) quanto a espanhola (art. 9º, 2), criaram restrições à aplicabilidade da arbitragem, unicamente, quando a cláusula constar inserida nos contratos de adesão.

71. A existência de acordo de arbitragem em contratos de adesão não há de operar efeitos jurídicos, ou sequer será válido (no caso da lei espanhola), se não aceito pelo aderente quando do surgimento da controvérsia^[15].

72. Ao contrário, pois, da tendência legislativa, o AAM amplia o escopo dessa regra de exceção à plena operabilidade jurídica da cláusula de arbitragem para além dos contratos de adesão, reprimindo-a, também, quando restar não equitativa ou abusiva. Aproxima-se, assim, o AAM do conceito anglo-saxão de unconscionability^[16] que tanta crítica tem sofrido pela frequência com que, atualmente, vem sendo aplicado na justiça norte-americana, em detrimento da arbitragem.

73. Equidade e abusividade são conceitos abertos cuja aplicação depende das circunstâncias que cercam o caso concreto e deve merecer do julgador extrema sensibilidade e ponderação. De qualquer modo, por ser exceção, deverão ser tratadas de forma restrita.

74. Segundo o mesmo art. 4º do AAM, a convenção de arbitragem deverá constar claramente legível e estar localizada em lugar razoavelmente destacado.

75. Nos parece passível de certa crítica essa disposição vez que atinente, particularmente, aos contratos-tipo, às cláusulas gerais, já que nos contratos sinalagmáticos os termos e condições seguem a mesma uniformidade. Se assim não for, será de todo estranha ou aberrante sua expressão e, desse modo, passível de contestação. Daí porque tal dispositivo parece inodoro. Neutro em seus efeitos.

76. Em outros termos, essa neutralidade pode ser posta do seguinte ponto de vista: ou a convenção é não equitativa e, assim, pouco importa se ela vem lançada com destaque e em local legível, ou, de outro modo, por estar bem posta, com clareza, em negrito e em letras maiúsculas a convenção afasta desde já o pressuposto da má-fé ou não equitatividade.

77. Poder-se-ia, também, extrair desse dispositivo legal a interpretação de que, ao constar claramente legível e estar localizada em lugar razoavelmente destacado, o ônus da prova na demonstração da ausência de tratamento de boa-fé e equitativo recai na parte que contesta a eficácia da convenção, e, em caso contrário, na pessoa que busca a instituição da arbitragem.

78. De todo modo, o exercício de interpretação exposto comprova que o texto legal peca, justamente, pela falta de clareza.

5. AUTONOMIA DA CONVENÇÃO ARBITRAL

79. A autonomia da cláusula compromissória é, hoje, um pressuposto do direito arbitral e não poderia ser, como de fato não foi, relegada pelo AAM.

80. O princípio da autonomia tem por função, aparente, dar curso à via arbitral acordada contratualmente e, por função inerente, fortalecer a eficácia do pacto de arbitragem.

81. Os efeitos positivo e negativo do convênio restam, juridicamente, reforçados pelo preceito da autonomia do pacto. A inexistência ou a invalidade do contrato-base (i.e. acordo que dá origem às controvérsias submetidas à arbitragem), no dizer do AAM, não implica a nulidade da convenção arbitral.

82. A introdução no texto do AAM do preceito da autonomia não gera surpresas e, tampouco, demanda maiores análises, dada sua universalidade e plena aceitação pela doutrina e cortes judiciais.

83. Esse princípio tem sua origem histórica na criatividade dos advogados que, para fugir ao ritmo célere do procedimento arbitral, ou para se valer de Cortes judiciais tendenciosas, alegavam a nulidade ou inexistência do acordo para, assim, tornar ineficaz a cláusula arbitral, mero acessório do contrato principal.

84. Daí a reação dos juristas em elevar a convenção de arbitragem ao nível de um contrato adjeto ou pacto independente que se vale do contrato-base como simples instrumento, mas com ele não se confunde para fins de eficácia jurídica.

85. Trata-se da adoção do princípio anglo-saxão da severability clause, hoje incorporada ao Código Civil brasileiro, de 2002, cujo art. 184 dispõe que, Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for variável...

86. Aplica-se, pois, o velho brocardo *utile per inutile non vitiatur*.

87. É razoável esperar que as justiças comuns dos Estados-Partes do Mercosul, quando instadas a se manifestar sobre esse princípio peculiar ao direito arbitral, dispensem um adequado e razoável tratamento, nos moldes do que ocorre nas jurisdições estrangeiras, mais afeitas ao seu trato jurisprudencial e doutrinário.

6. FORMA E DIREITO APLICÁVEL À VALIDADE FORMAL DA CONVENÇÃO ARBITRAL

88. Como boa prática legislativa, o AAM fixa, em seu art. 6º, as formalidades que cercam o convênio de arbitragem e a lei aplicável quanto a sua validade formal.

89. Com efeito, em linha com a praxe do direito internacional, o AAM estabelece que a validade formal da convenção se regerá pelo direito do lugar de celebração. O local onde se constitui a obrigação determina a forma como se assentam os termos e as condições contratados.

90. Mas, essa disposição é de aplicação relativa pois seu descumprimento não torna, de imediato, nula a convenção de arbitragem.

91. Isso porque, o não cumprimento dos requisitos formais, constantes do direito do país de celebração do

acordo, pode ser superado caso o pacto preencha os requisitos formais do direito de algum dos Estados-Partes com o qual o contrato-base tenha contatos objetivos, jurídico ou econômico.

92. Em outros termos, a inobservância formal resultante das exigências atinentes ao direito da jurisdição da celebração do convênio, não impede seja assegurada a validade plena do acordo, se este atender aos requisitos impostos por um dos Estados-Partes com o qual o contrato tenha alguma área de contato lato sensu.

93. No âmbito do Mercosul é, pois, permitida a integração formal da convenção de arbitragem mediante a avocação de outro direito que não aquele do local de celebração do negócio jurídico.

94. Por certo, quis o legislador fortalecer a via arbitral de solução de conflitos e minimizar os efeitos danosos que o dogma da forma (quiçá, fetichismo), ao longo de décadas, vem impondo ao direito material^[17].

95. Em harmonia com as legislações arbitrais, o AAM determina que a convenção de arbitragem deve ser estipulada por escrito^[18]. Afinal, a execução dos seus efeitos depende de prova documental que confirme sua existência e validade.

96. Note, e isso é relevante, que o texto legal, tal qual a lei brasileira, não faz menção a necessidade de a cláusula estar assinada. Esta se pressupõe por trocas de correspondências. Esta se pressupõe quando a parte que integra a relação jurídica for terceiro que a ela tenha se sujeitado por força da participação efetiva na concretização do negócio em que a convenção se insere. É o caso de extensão dos efeitos arbitrais a empresa do mesmo grupo econômico daquela que firmou a convenção.

97. Na esteira da modernidade, admite que a convenção arbitral celebrada entre ausentes poderá concretizar-se pela troca de cartas ou telegramas, com recebimento comprovado.

98. As comunicações por fax, correio eletrônico ou meio equivalente deverão ser confirmadas por documento original.

99. A convenção arbitral executada entre ausentes se aperfeiçoa no momento e de conformidade com o direito do Estado em que se recebe a aceitação.

7. DIREITO APLICÁVEL À VALIDADE INTRÍNSECA DA CONVENÇÃO ARBITRAL

100. Quanto aos elementos intrínsecos de validade da convenção de arbitragem, uma dicotomia foi imposta pelo legislador, de forma a atender ao arraigado princípio que norteia a determinação das regras sobre a capacidade para contratar.

101. Seguindo a praxe de direito internacional, o AAM dispõe que a capacidade das partes na convenção arbitral se regerá pelo direito de seus respectivos domicílios^[19].

102. Já quanto aos demais elementos - consentimento, objeto e causa -, a validade da convenção será regida pelo direito do Estado-Parte, sede do tribunal arbitral.

103. Essa previsão lança mais luz sobre a jurisdição que sediará a arbitragem. É lá onde, costumeiramente, é discutida a nulidade da decisão arbitral. Normalmente, são aplicadas as suas leis processuais, em caso de omissão ou lacuna das regras procedimentais. Não raro, é também o direito substantivo do lugar da sede da arbitragem o escolhido pelos árbitros para dirimir a controvérsia.

104. Não bastassem todos esses efeitos jurídicos que resultam da escolha do place of seat, o AAM, expressamente, remete ao direito do país sede da arbitragem a solução dos conflitos sobre a validade da convenção arbitral, no que toca aos elementos intrínsecos referentes ao seu objeto, ao consentimento da parte e sua causa.

105. Ganha mais peso, assim, a escolha do local da sede da arbitragem. E isso nos parece razoável e adequado, dado que é justamente nessa jurisdição onde a sentença será proferida e, normalmente, o processo arbitral se desenvolve.

106. A escolha da sede advém de livre manifestação das partes e, assim sendo, seus efeitos devem ser acatados pois pressupõe terem sido avaliados previamente.

107. De outro lado, há também o interesse jurídico do país que acolhe a arbitragem de que seu direito seja observado e que o processo se concretize em linha com os ditames legais vigentes no seu território^[20].

108. Em suma, a livre escolha do local da arbitragem é uma via de mão dupla, vez que algumas das regras do país hospedeiro hão de ser observadas pelos contratantes, por força do princípio da soberania.

109. Questão intrigante diz com a arbitrabilidade objetiva, capaz de viciar a convenção arbitral^[21]. Muito embora o AAM remeter sua solução ao direito do país hospedeiro^[22], caso este considere válido o objeto da convenção, o credor poderá enfrentar um obstáculo no momento de sua execução no Brasil, haja vista que a lei brasileira de arbitragem, em seu art. 39, inciso I, estabelece que, “[Também] será denegada a homologação para reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal [hoje a competência é do Superior Tribunal de Justiça] constatar que, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem.”

110. Note-se que tal dispositivo assegura ao judiciário arguir, *ex officio*, a inarbitrabilidade da controvérsia, ao reverso do que ocorre com as nulidades constantes do art. 38 da lei, cujo poder-dever de alegá-las cabe ao réu.

111. Trata-se, pois, de regra de ordem pública tão marcante a ponto de a lei admitir que a exceção de nulidade seja arguida, de ofício, pela corte judicial.

112. Entretanto, poder-se-ia argumentar que, no Brasil a legislação aplicável à internalização, de sentença arbitral sujeita aos efeitos do Acordo de Arbitragem Mercosul, deve com este último se harmonizar, por força do brocardo *lex posterior derogat priori*. É isso, afinal, o que impõe o comando do art. 2º, par. 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

113. Contudo, a questão torna-se mais complexa à vista do contido no mesmo art. 39 da lei de arbitragem cujo item II que determina a denegação, *ex officio*, do pedido de homologação à vista de decisão arbitral

que contenha ofensa à ordem pública.

114. Como complicador, a lei brasileira, em seu art. 1º, veda a utilização da arbitragem que verse sobre direitos indisponíveis. Trata-se, sem dúvida, de dispositivo de cunho imperativo. Inarbitrável o conflito, qualquer decisão em contrário violará a ordem pública nacional.

115. Esse nó jurídico não é fácil de desatar mas, pode-se argumentar que o AAM, lei em vigor no Brasil, remete ao direito estrangeiro, nos casos de arbitragem comercial internacional, a análise desse elemento intrínseco, qual seja, a arbitrabilidade ou não do conflito.

116. Ao externalizar a determinação do direito que regerá a validade intrínseca da convenção, por força legislativa, afastada estaria a regra legal impeditiva, contida no art. 39 da lei de arbitragem brasileira, já que toda e qualquer discussão acerca da arbitrabilidade objetiva há que ser levada à cabo com supedâneo na legislação do place of seat.

8. COMPETÊNCIA PARA CONHECER DA EXISTÊNCIA E VALIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL

117. Também nesse campo do direito arbitral, o AAM segue a tradição legislativa e deixa expresso em seu texto o princípio da Kompetenz/Kompetenz.

118. Esse preceito reforça a eficácia da cláusula arbitral e alinha-se ao princípio da autonomia. As questões relativas à existência e validade da convenção arbitral serão resolvidas pelo tribunal arbitral, de ofício ou por solicitação das partes (art. 8º).

119. Juntamente com os efeitos positivo e negativo da cláusula compromissória, os princípios da autonomia e da competência-competência asseguram plena eficácia ao pacto e afastam a intervenção judicial, dando curso, pois, aos exatos termos e condições livremente acordados pelos interessados.

120. Extrai-se desse princípio arbitral que o árbitro é o primeiro juiz a decidir sobre a jurisdição. Em caso de dúvida, deverá ser instituído o procedimento arbitral para, dessa forma, assegurar ao árbitro o poder de decidir sobre qual jurisdição – arbitral ou judicial – é competente para examinar e decidir a controvérsia.

121. Repita-se: pela sistemática da Kompetenz-Kompetenz o árbitro antecede ao juiz ordinário na tarefa de definir a jurisdição que irá apreciar o conflito.

122. Esse pressuposto reafirma a eficácia negativa da cláusula compromissória e a vontade das partes (mesmo que controversa) na utilização do rito arbitral.

123. Reafirma as três fases da arbitragem em que a intervenção do Judiciário somente se processa quando ultimado o procedimento arbitral (i.e. fase pós arbitral). Até que se conclua a arbitragem, o Poder Judiciário coopera com os árbitros e as partes, nas fases pré-arbitral e arbitral, seja, por exemplo, exarando medidas de urgência ou determinando a instituição da arbitragem.

124. O art. 8º do AAM deve ser manejado juntamente com seu art. 18 que detalha o procedimento para arguição das exceções nas arbitragens institucionais e ad hoc.

125. Em resumo, as exceções de incompetência, quando institucional a arbitragem, se regem pelo contido no regulamento da câmara e, quando ad hoc, devem ser arguidas no momento da apresentação da contestação ou, até a réplica, em caso de reconvenção.

126. De todo modo, o tribunal arbitral tem a opção de decidir as exceções como questão prévia ou no momento da prolação da decisão final.

9. DIREITO APLICÁVEL À CONTROVÉRSIA PELO TRIBUNAL ARBITRAL

127. O AAM não foge à tradição ao admitir a arbitragem de equidade, desde que expressamente acordada pelas partes.

128. Por outro lado, todavia, no que toca à arbitragem de direito, restringiu, e muito, a liberdade na determinação das regras legais de solução da controvérsia.

129. Estranhamente, o AAM, adotando viés conservador, abraça o sistema das regras de conflitos de lei ao determinar que a eleição do direito se faça com base no direito internacional. Nos exatos termos do AAM, “ As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes” (art. 10).

130. Comparado com os atos internacionais contemporâneos, o art. 10 do AAM dá um passo atrás e, no nosso entender, impõe um grave retrocesso ao sistema arbitral de solução de conflitos. Mais ainda, vai de encontro ao princípio da liberdade, essência da arbitragem e corolário de vários de seus institutos jurídicos.

131. No que toca à lei brasileira de arbitragem, o art. 10 do AAM reprime o conteúdo e o alcance do seu art. 2º, informado que é pela liberdade de escolha de normas, regras, princípios e usos e costumes. Segundo a lei brasileira, a liberdade encontra limite, tão somente, na violação aos bons costumes e à ordem pública.

132. Daí a razão da única reserva feita pelo Brasil ao texto do Acordo de Arbitragem Mercosul, constante do Decreto Federal n. 4.719/2003.

133. Segundo o art. 1º do mencionado Decreto, o AAM “será executado e cumprido como nele se contém, ressalvado seu art. 10, que deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão, respeitada a ordem pública internacional. ”

134. A reserva formulada visa maximizar as normas de solução do conflito, em harmonia com o instituto e a modernidade e, por isso, deveria ser seguida pelos demais Estados-Partes^[23].

135. O governo brasileiro, pelo Ministério da Justiça, ciente do retrocesso que o art. 10 do AAM acabaria por gerar, em detrimento das partes e da autonomia da vontade, buscou, junto aos estudiosos da arbitragem alguma medida ou entendimento que pudesse harmonizar o comando do art. 2º da lei brasileira de arbitragem com o pretendido art. 10 do Acordo de Arbitragem Mercosul.

136. Nesse sentido, formulou consulta a alguns professores onde demonstrava suas preocupações e indagava, resumidamente, se existia efetivamente conflito entre as normas da lei brasileira de arbitragem e do AAM e, em caso positivo, se era possível alguma solução que restasse por harmonizá-las.

137. Na época, tivemos a oportunidade de, sucintamente, nos manifestar, pela incompatibilidade e, ao fim, sugerir uma fórmula interpretativa que favorecesse a liberdade de escolha contemplada na lei brasileira. Seguem nossas observações:

138. “Sem dúvida que a Lei Marco Maciel [lei de arbitragem] conferiu ao instituto da arbitragem a extensão e os efeitos próprios de sua natureza: liberdade plena e quase absoluta aos convenientes.”

139. Assim, na adoção das regras que balizarão o conflito posto à solução arbitral, os postulantes têm total autonomia de escolha, sujeitos tão somente aos limites impostos pela ordem pública e bons costumes.

140. Nesse sentido, parece-me que o Acordo de Arbitragem do Mercosul, de antemão, ao submeter a opção da lei aplicável ao campo do direito internacional privado e seus princípios, criou limitativo não existente na Lei Marco Maciel, que assegura expressamente ao interessado a escolha “livre” – sem amarras – da lei de regência.

141. Por certo que o direito internacional privado tem por objeto os conflitos de lei, como historicamente assentado no acórdão do Supremo Tribunal Federal datado de 1895, *verbis*:

142. “o direito internacional privado é, na opinião dos publicistas, o complexo de leis positivas, atos, precedentes, máximas e princípios segundo os quais as nações aplicam suas leis ou consentem na aplicação de leis estrangeiras nas questões de caráter particular, que afetam súditos estrangeiros, em matéria de direito civil, comercial, criminal e administrativo ...”.^[24]

143. Nesse diapasão é de se esperar que as partes submetidas ao Acordo de Arbitragem do Mercosul deverão analisar, quando da escolha da lei, se o direito substantivo se encontra conforme as regras de colisão de estatutos, o que, per se, mitiga. a liberdade encontrada na lei 9.307/96.

144. Por sinal, é justo entendermos que, em princípio, deverá ser manejado e cotejado, no momento da escolha do direito de regência, o contido no artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

145. Como afirma Arminjon, “O direito internacional privado tradicional não resolve diretamente as questões: indica a legislação que dará a solução e estabelece a jurisdição competente para aplicá-la. Fornece apenas referência. No balcão de informações duma estrada de ferro tem-se a indicação do trem que se deve tomar, o preço da passagem, etc. É o que realiza, em suma, o direito internacional privado.”^[25]

146. Entretanto, sob a égide da lei de arbitragem brasileira, tal não se faz necessário. Isto porque, como já demonstrei, não só pela essência do instituto, mas particularmente, pela total liberdade assegurada às partes, expressamente, pelo artigo 2º da Lei Marco Maciel.

147. Prevalece, na espécie, a autonomia da vontade sem vinculação ou conexão a outra jurisdição

(p/maiores detalhes, cf. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Pedro A. Batista Martins, Selma M. Lemes e C.A. Carmona, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 167 e segs., em especial págs. 170 e 171).

148. Desse modo, se a escolha da legislação aplicável não está nas mãos das partes envolvidas, e, ademais, submetida a limites ou paradigmas impostos pelo direito internacional privado, quero crer que o disposto no Acordo de Arbitragem do Mercosul reduz o campo de liberdade na escolha do direito conferido às partes pela lei 9.307/96.

149. A compatibilização das duas regras (art. 10º do Acordo do Mercosul e artigo 2º da lei 9.307/96), com supedâneo no princípio universal da autonomia da vontade, apesar de engenhosa, parece-me passível de ataques, visto que esse princípio estará, ao contrário do que dispõe nossa lei de arbitragem, submetido ao crivo preliminar dos focos de atrito com as normas das jurisdições e, quiçá, de outros estados estrangeiros.

150. Por exemplo, poderá um conveniente brasileiro e outro argentino estabelecer que a lei de regência do contrato submetido à cláusula compromissória será a do direito positivo italiano? Pelo contido no artigo 2º da Lei Marco Maciel, a parte brasileira tem ampla autonomia na escolha do direito substantivo; contudo, pela sistemática do Acordo de Arbitragem do Mercosul, a base para essa opção é o direito internacional privado, o que levará o interessado a ter contato com o artigo 9º da LICC, para fins de eficácia da escolha.

151. Essa indagação da prevalência da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável à matéria de fundo já foi formulada pelo professor da Universidade de Berlim, Martin Wolff, e por ele assim respondida:

152. “La práctica de los tribunales fué opuesta al primer criterio [autonomia da vontade], lo mismo en Alemania que en los países romanistas, así como en Inglaterra y Estados Unidos, aun cuando con numerosas discrepancias de detalle”^[26].

153. Este entendimento se impõe contemporaneamente pois, como atesta Nadia de Araujo:

154. “A jurisprudência pátria tem aplicado aos litígios envolvendo contratos internacionais, nos poucos casos que pudemos colher, a clássica regra de conexão do artigo 9º. Por isso, a questão sobre a permissão da autonomia da vontade através da interpretação do artigo 9º, em conjunção com o art. 13, ou a tese de Valladolid, já esposada neste capítulo, não tem sido levada em consideração pelos tribunais brasileiros”^[27].

155. Caso o Acordo de Arbitragem do Mercosul venha a ser inserido em nosso sistema legal, sem dúvida estará afastada, para os casos da espécie, a aplicabilidade da lei 9.307/96, no que diz respeito “à lei aplicável”, haja vista o conteúdo do disposto no artigo 34 da referida lei.

156. Quanto aos limites da redação “direito do comércio internacional”, entendo inserir-se em concepção ampla, abrangendo aquelas regras emanadas de um processo distinto do legislativo ordinário.

157. Insere, pois, em seu escopo a lex mercatoria, os usos e costumes e demais regras internacionais de comércio, tais como as originadas de organizações internacionais ou entidades privadas com grande representatividade no comércio internacional^[28].

158. Face ao exposto, é de se recomendar a elaboração de uma Declaração Interpretativa ou um Acordo Interpretativo (Protocolo Adicional), de modo a explicitar a prevalência do conteúdo do art. 2º da Lei nº 9.307/96, nos termos da parte final da Consulta constante da letra f.”

159. Extrai-se, pois, que a reserva formulada pelo Brasil visa assegurar os efeitos da autonomia da vontade no momento da manifestação, pelos contratantes, da lei aplicável ao objeto da arbitragem.

160. Para o Brasil, a liberdade de escolha no âmbito do AAM é ampla e irrestrita e somente encontra limite na ordem pública internacional. Nos exatos termos do art. 1º, do Decreto Federal n. 4.719, de 2003, o AAM será executado e cumprido como nele se contém, ressalvado seu art. 10, que deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão [direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral], respeitada a ordem pública internacional.

161. Com efeito, a retrocitada ressalva autoriza as partes escolherem livremente a lei que governará a solução do conflito submetido ao AAM.

162. Contudo, um alerta: se por um lado essa livre escolha encontre seu limite na esfera jurídica da ordem pública internacional, por outro, a decisão proferida pelo tribunal arbitral tem seu alcance reprimido pela ordem pública brasileira, pois não será reconhecida ou executada no país se violar tais regras, ex vi, art. 39, inciso II, da lei Marco Maciel.

163. Com efeito, conquanto a autonomia das partes na escolha da lei de regência encontra óbice, tão somente, nas fronteiras da ordem pública internacional, a sentença arbitral trafega em esfera jurídica de amplitude reduzida, nos exatos limites da ordem pública brasileira.

164. Esse entendimento, contudo, poderá ser afastado se se admitir que a liberdade de escolha, ao se limitar à ordem pública internacional, incorpora tamanha autonomia que atinge e abraça elementos intrínsecos do direito eleito, como a prerrogativa de se beneficiar da menor carga de influência das normas de ordem pública da jurisdição do direito eleito, a ponto de trespassar a regra restritiva contida no art. 39, inciso II, da lei brasileira de arbitragem^[29].

10. NORMAS GERAIS DE PROCEDIMENTO, SEDE E IDIOMA

165. Na arbitragem institucional, o procedimento perante as instituições arbitrais se regerá por seu próprio regimento. É o que dispõe o art. 12 do AAM.

166. Dispositivo de conteúdo singelo parece dizer, tão só, aquilo que expressa, sem maiores intenções. É isso o que informa, à primeira vista, o texto normativo.

167. A simples leitura do dispositivo legal leva o operador do direito a concluir pela supremacia das regras de procedimento da câmara de arbitragem escolhida pelas partes.

168. Contudo, não é só isso. Ao intérprete é possível extrair do seu conteúdo normativo indicações mais determinantes e abrangentes, a par da mera prevalência hierárquica das regras procedimentais contidas no regulamento da instituição.

169. Sob o prisma teleológico, a norma visa evitar as cláusulas arbitrais patológicas que adotam regras institucionais de procedimento distintas daquelas praticadas pela câmara que irá administrar a arbitragem.

170. Aparentemente indolor, a escolha de regras alheias à prática da instituição de arbitragem pode, e não raro gera uma série de incompatibilidades a ponto de afetar a efetividade do processo arbitral. Notadamente, quando a sofisticação do regulamento eleito para governar o procedimento não é de todo acompanhado, ou mesmo percebida, pela instituição escolhida para acolher a arbitragem.

171. As severas críticas que essa subversão de regras procedimentais vem sofrendo da comunidade arbitralista, ao que parece, encontrou eco no art. 12 do Acordo de Arbitragem Mercosul.

172. Na arbitragem ad hoc, a escolha do procedimento aplicável é livre. Contudo, na ausência de estipulação, o AAM seguiu a tradição dos estados americanos ao impor, de antemão, as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), nos moldes do contido no art. 3º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 1975^[30].

173. As regras da CIAC serão aquelas em vigor no momento da celebração da convenção arbitral. A presunção é de que, na data da celebração do convênio, as regras de procedimento foram a ele incorporadas por referência.

174. Conquanto não entendemos ser a mais adequada, trata-se de uma opção legislativa. A nosso ver, deveriam ser aplicadas as estipulações procedimentais em vigor na data do pedido de instituição da arbitragem.

175. Afinal, toda a modificação procedimental implica em um avanço frente aos obstáculos e necessidades vislumbrados ao longo de anos de prática arbitral. A alteração do regulamento pressupõe um aprimoramento na efetividade processual. Visa agilizar e otimizar o processo de arbitragem.

176. Daí porque, impor às partes e à instituição o manejo de regras ultrapassadas significa virar as costas à boa governança da arbitragem.

177. Dispõe o art. 13 do AAM que, “As partes poderão designar um Estado-Parte como sede do tribunal arbitral.” Numa visão superficial, o contido no referido artigo aponta para uma faculdade das partes na escolha do lugar da arbitragem. A conclusão é correta mas a liberdade de escolha não é ampla. Ao contrário, essa faculdade é bastante restrita e se resume a um dos países do Mercosul.

178. O place of seat, no âmbito do Acordo de Arbitragem Mercosul, depende da análise sistemática do texto e da harmonização do art. 13 com o art. 2º, (i), que trata da definição de “sede do tribunal arbitral”. Esta, a sede, é conceituada como “Estado-Parte eleito pelos contratantes ou, na sua falta, pelos árbitros...”.

179. Desse confronto integrativo depreende-se que a autonomia na escolha do place of seat, aparentemente absoluta, está contida numa área bem limitada, haja vista se resumir à jurisdição de um dos Estados-Partes.

180. Por outro lado, vale registrar que a fixação da sede da arbitragem não prejudica o desenvolvimento,

em locais distintos, de determinadas etapas do processo arbitral como, por exemplo, a fase probatória, ex vi, art. 2º (i), in fine.

181. Com efeito, o local da sede não reprime a mobilidade do tribunal, permitindo que reuniões sejam levadas à efeito mesmo fora do âmbito territorial dos Estados-Partes.

182. Em outros termos, o que o AAM fez foi conferir importância jurídica ao local da sede da arbitragem sem, contudo, prejudicar a operacionalidade do processo. Aos árbitros e às partes foi dada a liberdade para a prática, em qualquer local, dos atos necessários ao bom desenvolvimento do procedimento arbitral e a consequente entrega da prestação jurisdicional.

183. Por fim, estabelece o AAM que, na ausência de designação da sede pelos contratantes caberá ao tribunal arbitral determiná-la em um dos Estados-Partes, levadas em conta as circunstâncias do caso e a conveniência das partes (art. 13,1).

184. Quanto ao idioma a ser utilizado na arbitragem, não há restrições à faculdade de escolha. Impera a liberdade. Entretanto, é bom que as partes não desperdicem essa oportunidade pois, caso contrário, o idioma será o da sede do tribunal arbitral (*rectius*, sede da arbitragem). Quer isso dizer, português ou espanhol.

185. Esse dado é muito sensível vez que, geralmente, a escolha dos árbitros depende do idioma aplicável à arbitragem. Daí porque, se não estipulado no convênio arbitral (o instrumento ideal) deverão os interessados ajustá-lo antes da indicação dos árbitros, sob pena de se limitarem ao idioma utilizado no local da sede da arbitragem.

186. A escolha do idioma ou a ausência de escolha pode gerar custos indesejáveis às partes. Traduções de documentos e intérpretes aumentam os gastos e tornam mais complexo o procedimento para os advogados. Mais uma razão para que esse aspecto seja considerado no momento da elaboração do contrato.

11. ÁRBITROS E MEDIDAS CAUTELARES

187. Pode ser árbitro qualquer pessoa legalmente capaz e que goze da confiança das partes^[31]. A capacidade deve ser aferida pelo direito do domicílio do árbitro.

188. No exercício do *munus publicum*, o AAM fixa um padrão de conduta a ser observado pelos árbitros. Devem proceder com probidade, imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

189. A probidade diz com a honradez, a ética e a integridade de caráter do árbitro. Afinal, este é pessoa da confiança de todas as partes envolvidas no conflito.

190. A imparcialidade se prova com o andamento do procedimento de arbitragem e, ao contrário da independência, não se pode aferir antecipadamente, ou seja, no momento da indicação do árbitro. Traduz-se na adoção de uma posição clara e desproporcionalmente favorável a uma das partes.

191. A independência é um elemento objetivo e se traduz, em síntese, na vinculação ou ligação do árbitro

com a causa objeto da demanda de arbitragem ou com uma das partes.

192. A competência se dirige às qualidades da pessoa nomeada para dirimir a controvérsia. Não somente as qualidades intelectuais e profissionais do árbitro, como também àquelas exigidas pelas partes no caso concreto (v.g. conhecimento do setor elétrico; prática de 10 anos em direito ambiental).

193. A diligência diz com a disponibilidade do árbitro para atuar no caso e com a presteza na adoção das medidas necessárias ao curso normal do procedimento.

194. A discricionariedade, a que se refere o texto normativo, diz com a confidencialidade. Aos árbitros cumpre manter em caráter confidencial aquilo que se põe de importante no processo de arbitragem^[32].

195. Como regra geral, a nacionalidade de uma pessoa (*rectius*, de uma das partes) não será impedimento para que se nomeie árbitro, salvo acordo em contrário das partes (art. 16, 4)^[33].

196. Entretanto, por mera precaução, o texto normativo informa e alerta aos demandantes que se deve “[ter] em conta a conveniência de designar pessoas de nacionalidade distinta das partes no conflito” (art. 16, 4).

197. Norma de índole programática, contempla valor a ser perseguido no momento da nomeação dos árbitros. Tem caráter diretivo. Todavia, pelo princípio e valor que contempla, não se pode negar efeitos de direito a essa previsão legal.

198. A par da independência, como elemento substantivo na nomeação do árbitro, o texto normativo busca fortalecer, com essa previsão de nacionalidade distinta das partes no conflito, o critério da neutralidade do árbitro.

199. No âmbito da arbitragem, neutro é o árbitro de nacionalidade diversa das partes que se encontram em demanda.

200. As regras de conduta, constantes do art. 16, (3) não exigem o elemento da neutralidade, como pressuposto do desempenho da função de árbitro. Pelo contrário, o art. 16, (4) estabelece que a nacionalidade de uma pessoa não será impedimento para que atue como árbitro, salvo acordo em contrário. Logo, a neutralidade se insere no campo da discricionariedade. Se até aos limites da autonomia da vontade privada.

201. Na arbitragem institucional a regra é a da desnecessidade da neutralidade dos árbitros. A nacionalidade em nada influi na escolha do painel arbitral, exceto se constar manifestação de vontade em sentido oposto. O critério adotado pelo AAM é o da manifestação negativa.

202. Já no que toca à arbitragem ad hoc, a nacionalidade é vista com bastante rigor. Segundo o mesmo art. 16, (4), existindo mais de um árbitro, o tribunal arbitral não poderá estar composto, unicamente, por árbitros da nacionalidade de uma das partes.

203. A exceção a essa regra pressupõe o acordo expresso dos interessados^[34]. Mas, não somente a

declaração formal de concordância, como suporia o bom direito. É preciso mais. É preciso que as partes manifestem a razão dessa seleção ou, melhor, dessa opção.

204. Entendemos imprópria e descabida a imposição dessa declaração de motivos que, afinal, somente diz respeito às partes envolvidas. A liberdade que norteia a arbitragem, e a autonomia da vontade que assegura a eficácia das manifestações expressas pelas partes, repudiam essa imposição legislativa.

205. O desequilíbrio jurídico é passível de ser avaliado através de outros meios, tal como a ausência de bilateralidade do pacto. As razões desta seleção, repetimos, diz com a conveniência e os interesses pessoais das partes em conflito.

206. De todo modo, essa previsão deverá ser cumprida, sob pena de nulidade do laudo arbitral, por constituição irregular do tribunal ou pela desconformidade do procedimento com as normas do AAM.

207. Quanto às medidas cautelares, o AAM não centralizou nos árbitros a competência para sua adoção. Ao contrário, deixou às partes a possibilidade de requerê-las aos árbitros ou a autoridade judicial.

208. No caso de o requerimento ser dirigido ao juiz estatal, não implicará em renúncia à arbitragem e, tampouco, será considerado incompatível com a convenção de arbitragem, ex vi, art. 19, caput.

209. Quando tais medidas forem ditadas pelo tribunal arbitral, serão instrumentalizadas por meio de laudo provisório ou interlocutório. Visa essa disposição conferir pronta efetividade à decisão, por meio do cumprimento imediato do que nela se impõe. Visa a garantia do direito do credor e, em última instância, à pronta realização da justiça.

210. Disposição salutar e harmônica com os avanços do direito processual, em linha com a efetividade da tutela jurisdicional.

211. Se a medida determinada pelos árbitros tiver que ser cumprida no território brasileiro, apesar do conservadorismo adotado ao longo de décadas pelo Supremo Tribunal Federal^[35], é de se supor que as decisões cautelares tenham curso normal na jurisdição nacional, por força do Protocolo de Medidas Cautelares, firmado pelos membros do Mercosul, em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994.

212. Ademais, dado que a competência para a internalização de decisões estrangeiras passou, muito recentemente, para o Superior Tribunal de Justiça^[36], é possível que a jurisprudência ora vigente venha ser revisitada e, quiçá, modernizada à luz das novas perspectivas do direito, notadamente no campo processual de realização da justiça.

213. Nesse sentido, a Resolução n. 9/2005, expedida pelo Superior Tribunal de Justiça estabelece que as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios e não decisórios.

214. Significa dizer que as medidas de urgência determinadas por tribunal arbitral podem, em princípio, ser instrumentalizadas no território nacional pela via da rogatória.

215. Com isso o Superior Tribunal de Justiça quebra mais um dos antigos tabus do Supremo Tribunal Federal ao permitir que provimentos de cunho não definitivos possam ter curso no território brasileiro, de

forma a salvaguardar a efetividade da decisão final.

216. Reza o art. 19, (3) do AAM que o tribunal arbitral poderá solicitar, de ofício ou por petição da parte, à autoridade judicial competente, a adoção de uma medida cautelar.

217. Cremos que o legislador não expressou corretamente o comando que pretendeu extrair do texto normativo. Temos que a solicitação à autoridade judicial se impõe, forçosamente, após a determinação da medida pelo árbitro e seu incumprimento pelo devedor. Aí sim, faz-se necessária a solicitação do árbitro à autoridade judicial competente para que esta, frente ao descumprimento da medida cautelar determinada pelo árbitro, imponha o seu cumprimento.

218. Temos, pois, que a solicitação do árbitro não é no sentido de que o juiz togado defira certa medida cautelar e, sim, que, por força da potesta, imponha o cumprimento da decisão ditada pelo árbitro.

12. SENTENÇA ARBITRAL, SOLICITAÇÃO DE RETIFICAÇÃO E AMPLIAÇÃO E PRAZO PARA AÇÃO DE NULIDADE

219. A sentença arbitral é definitiva e obriga as partes. Há de ser por escrito, fundamentada e decidir completamente o litígio^[37].

220. Tratando-se de colégio de árbitros, impera a maioria. Caso não seja ela obtida, prevalece o voto do Presidente^[38].

221. Havendo voto dissidente, este poderá constar em separado. À rigor, a declaração de voto vencido deve ser lançada se dela se puder extrair alguma utilidade jurídica. Condena-se a declaração de voto dissidente que expresse mera insatisfação com o julgado, que implique em satisfação à parte que elegeu o co-árbitro ou que redunde em emulação^[39].

222. A ausência de assinatura de um dos árbitros não prejudica a eficácia do ato jurisdicional, na esteira do melhor direito. Basta que tal seja esclarecido e certificado pelo Presidente do tribunal arbitral.

223. Trata-se, sem dúvida, de medida salutar que evita embaraços no momento da entrega da tutela jurisdicional. O árbitro presidente tem legitimidade e poderes para firmar a sentença em substituição ao árbitro faltoso.

224. Historicamente essa tem sido a postura legal a evitar que a decisão não seja proferida por uma atitude antijurídica de um dos árbitros. Descontente com a decisão, por razões egoísticas ou emulativas, a ausência de assinatura desse árbitro não impedirá que o tribunal arbitral cumpra com o seu dever de aplicar o iudicium.

225. Recebida a sentença arbitral, por notificação do tribunal, as partes têm 30 dias para solicitar ao tribunal que, (i) retifique qualquer erro material, (ii) precise a abrangência de um ou vários pontos específicos e, (iii) se pronuncie sobre algumas das questões objeto da controvérsia que não tenha sido resolvida.

226. Ressalte-se que, como resultado da referida solicitação, pode redundar a necessidade de modificação, pelo tribunal arbitral, do próprio conteúdo do julgado. Se, por exemplo, o pronunciamento de alguma questão não resolvida levar a afastar uma premissa ou um fundamento essencial do julgado, este pode, e deve, restar alterado em seu núcleo decisório.

227. Por exemplo, se o tribunal arbitral deixou de analisar uma cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade e, por força da solicitação de retificação, veio a descobrir ser aplicável ao caso concreto, à evidência que a alteração do julgado se impõe.

228. Trata-se de questão de justiça imperativa aos árbitros como corolário do *munus publicum* que a função jurisdicional implica e da boa-fé que rege a conduta daqueles que são chamados para auxiliar o estado na realização da justiça.

229. Incabível pensar que o princípio da definitividade da sentença arbitral implica na denegação de justiça.

230. Não há dúvida de que a solicitação de retificação e ampliação do julgado pode operar efeitos modificativos ou infringentes da decisão arbitral. Tal assertiva encontra respaldo, inclusive, no próprio texto do AAM que conceitua esse pedido como recurso, ao lado da ação de nulidade (cf. art. 20, 1).

231. O AAM fixa em 90 dias o prazo para o interessado requerer a nulidade da sentença arbitral^[40]. Esse prazo é decadencial. Não pode ser suspenso ou interrompido. Há de ser fielmente cumprido pela parte, sob pena de decair do direito à ação de nulidade.

232. A petição de nulidade somente poderá ser apresentada perante a autoridade judicial do Estado sede do tribunal arbitral. A jurisdição do país hospedeiro é o único competente para apreciar a ação de nulidade da decisão arbitral.

233. Afinal, foi essa a jurisdição escolhida pelas partes, de comum acordo, para sediar a arbitragem. Assim sendo, tem esse país todo o direito, e legitimidade, para apreciar os casos de nulidade de decisão proferida em seu território.

234. É lá, no país sede da arbitragem, que se opera o controle judicial da integridade e completude jurídica da sentença arbitral^[41].

Março de 2005 / Atualizado em Outubro de 2006.

1. Estudo em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. [?](#)
2. Advogado, Professor e Consultor em Arbitragem. [?](#)
3. Seguindo a tendência moderna (cf. lei suíça), a lei espanhola de arbitragem introduziu dispositivo (art. 2º, 2) no qual afasta, desde logo, arguições e prerrogativas de direito público que buscam frustrar o acordo de arbitragem, *verbis*: “Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”. [?](#)
4. Recentemente, duas decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, última instância, a rigor,

de solução de litígios de cunho infraconstitucionais, confirmaram a sujeição de empresas de economia mista aos efeitos da cláusula compromissória: “PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. 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 cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial parcialmente provido. ” (Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Recurso Especial 612439/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Julgamento 25.10.2005, DJ 14.09.2006, p. 299). “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

(...)

3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

4. O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, in litteris:

"Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração."

Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de

empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público,"(...) (grifou-se)

5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Canelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

7. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da corresponsiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

11. Destarte, é assente na doutrina que "Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais"

13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.

14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria sub judice, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

15. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003:

16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência." (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento 28.06.2006, DJ 14.08.2006, p. 251). [?](#)

5. A arbitragem institucional é a mais difundida nos negócios domésticos e internacionais. O prestígio e a produtividade da Câmara de Arbitragem é um facilitador e uma segurança para as partes quanto a qualidade do procedimento. Conquanto as arbitragens ad hoc não sejam a preferência dos empresários, por outro lado têm sido elas palco de resolução de disputas valiosas e de grande complexidade. É de suma importância que nas arbitragens ad hoc os árbitros escolhidos sejam experientes no direito arbitral. Tanto no que toca aos conhecimentos teóricos quanto práticos do instituto. [?](#)
6. A liberdade é a essência do instituto da arbitragem. Já foi dito aos quatros cantos que a arbitragem é um campo de liberdade; é para quem quer e sabe ser livre. Confiança é outro dos pressupostos da arbitragem. Sem esse atributo não há quem possa funcionar como árbitro. Liberdade e confiança são a espinha dorsal do instituto e princípios que norteiam sua exegese. [?](#)
7. Não obstante admitirmos que definição de conceitos não é de toda expressão da atividade legislativa, nos parece que em certos casos é salutar para se evitar discussões infundáveis e que terminam por alargar, indevidamente, o tempo de entrega da prestação jurisdicional. A conceituação de certos institutos de direito encontra correspondência na segurança jurídica que os

- negócios comerciais reclamam e é vista em várias passagens do direito brasileiro e estrangeiro. [?](#)
8. Cf. International Commercial Arbitration, Fouchard, Gaillard e Goldman, Kluwer, Netherlands, 1999, ps. 46/47. [?](#)
9. Ibidem, p.57. [?](#)
10. O mesmo ocorre com a lei espanhola de arbitragem que, em seu art.3, (1), assim estabelece: “El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan su domicilios en Estados diferentes. b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o com arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar com que el que ésta tenga alguna relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. C) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.” [?](#)
11. A título exemplificativo, países que dualizaram o gênero arbitragem, em internacional e doméstica, admitem a participação de empresas estatais em arbitragens internacionais e vedam essa possibilidade nas de caráter doméstico. Outros admitem a propositura de ação rescisória de sentenças arbitrais domésticas, e não as aceitam nas decisões arbitrais estrangeiras ou internacionais. [?](#)
12. Foi essa a terminologia adotada pelo legislador brasileiro. A razão, implícita, foi a intenção de demonstrar que aquilo (o laudo) que antes não operava os efeitos de direito desejáveis, passava, com a nova sistemática legal, a ter eficácia plena, tal qual uma decisão judicial. Externamente, a razão é aquela alinhada nesse item 2.3. [?](#)
13. Quando o AAM menciona, em seu art. 24 (que dispõe sobre o Encerramento da Arbitragem) que a arbitragem terminará quando for ditada a sentença ou laudo definitivo, temos que se refere à sentença que põe termo a todas as questões objeto da arbitragem. [?](#)
14. No Brasil, flora grande discussão sobre a possibilidade de o árbitro proferir decisão parcial. A questão não diz com a lei brasileira de arbitragem, vez que essa não desautoriza tal prática mas, sim, com a visão arcaica com que se olha o processo arbitral e se tenta impor os mesmos parâmetros e dogmas do direito processual civil. Contudo, aos poucos, a prática arbitral vai demonstrando as vantagens da sentença parcial e o próprio processo civil brasileiro, em fase de rejuvenescimento legislativo, vai assimilando suas virtudes. Nesse particular, foi prudente o legislador da recente lei espanhola de arbitragem ao admitir, claramente, essa possibilidade no seu art. 37 (1). Registre-se, ademais, que a referida Emenda Constitucional n. 45/2004, transferiu do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a competência para reconhecer e executar sentenças estrangeiras, o que inclui as decisões arbitrais. Nesse sentido, o STJ exarou a Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, que trata do procedimento homologatório e com ela quebrou alguns tabus que vinham retrogradamente sendo mantidos pelo STF. E, no art. 4º, parágrafo 2º, admitiu, expressamente, que as decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente. Conquanto não se refira, exatamente, às decisões parciais, essa possibilidade legal, afora as demais constantes da mencionada Resolução, serve como demonstração do espírito renovador dos juízes da Corte Superior e da viabilidade prática de se quebrar o mito da sentença parcial. [?](#)
15. Note que, enquanto a lei brasileira admite válido o acordo e, apenas, mantém em suspenso sua eficácia, a lei espanhola ataca, desde seu início, sua validade. Aparentemente mera nuance jurídica, essa distinção pode e deve orientar o intérprete frente às especificidades do caso concreto. [?](#)

16. Segundo o Black's Law Dictionary (fifth edition), "Basic test of unconscionability of contract is whether under circumstances existing at time of making of contract and in light of general commercial background and commercial needs of particular trade or case, clauses involved are so one sided as to oppress or unfairly surprise party." [?](#)
17. O art. 244 do Código de Processo Civil brasileiro, foi escolhido no IX Congresso Mundial de Direito Processual, como a mais bela regra do direito processual contemporâneo, justamente por mitigar as formalidades, em prol do direito material, *verbis*: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade." [?](#)
18. Andou bem a lei espanhola ao detalhar e ampliar as hipóteses de existência e validade formal do convênio arbitral (cf. art. 9º). [?](#)
19. No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil fixa a mesma disposição em seu art. 7º. [?](#)
20. Em outros termos, à jurisdição da sede da arbitragem interessa o controle dos atos jurisdicionais executados em seu território. É na sua justiça comum, pois, que deverá ser proposta a ação de nulidade que visa o exame da legalidade do procedimento arbitral e do iudicium. [?](#)
21. Segundo o art. 26 (2) do AAM, "O presente Acordo não restringirá as disposições das convenções vigentes sobre a mesma matéria entre os Estados-Partes, desde que não o contradigam." [?](#)
22. A lei espanhola fortalece a eficácia do convênio arbitral, notadamente a arbitrabilidade objetiva, ao estabelecer que, nas arbitragens internacionais, aplica-se para resolver essa matéria, a lei eleita para reger a convenção, as normas jurídicas aplicadas ao fundo da controvérsia ou o direito espanhol. [?](#)
23. Ao nosso conhecimento, nenhum outro Estado-Parte fez essa reserva. [?](#)
24. Oscar Tenório, Direito Internacional Privado, Vol. 1, 11ª ed. Rev. e atual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971, pág. 12. [?](#)
25. Oscar Tenório, op. cit. pág. 19. [?](#)
26. Derecho Internacional Privado, Editorial Labor S.A., Madri, 1936, págs. 212/213. [?](#)
27. Contratos Internacionais, Novas Tendências: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pág. 114. [?](#)
28. Cf.. Irineu Strenger, Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria, Ltr, São Paulo, 1996. [?](#)
29. Agregue-se, também, o fato de o Brasil ser signatário da Convenção de Nova Iorque, cuja doutrina entende que tal texto legal contempla a objeção ao reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais, quando seu conteúdo viole a ordem pública internacional. [?](#)
30. A Convenção do Panamá entrou em vigor no Brasil, em 1996, poucos meses antes da promulgação da lei brasileira de arbitragem. Segundo seu art. 3º, na falta de acordo expresso entre as partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. Registre-se que a aplicação das normas de procedimento da CIAC não implicará que a arbitragem seja considerada institucional (cf. art.25, 1, Acordo de Arbitragem Mercosul). [?](#)
31. Esse dispositivo é semelhante ao que consta da lei brasileira de arbitragem. Ao que se percebe, não há restrição a indicação de árbitro pessoa jurídica, o que é expressamente vedado na legislação espanhola (cf. art. 13). No nosso entender, apesar de extraordinário, não deveria haver restrição à atuação de pessoa jurídica como árbitro. Afinal, trata-se de mera ficção legal e, por analogia, são muitas as legislações a admitir que pessoas não naturais funcionem na administração de sociedades. [?](#)
32. É essa a interpretação que a doutrina brasileira tem dado ao tratar de regra idêntica contida na lei n. 9.307/96. Temos que o legislador espanhol andou melhor ao estender o dever de

confidencialidade às partes e à instituição de arbitragem (art. 24, 2). Com isso se evita o debate acerca da existência, implícita no instituto, do dever de confidencialidade. [?](#)

33. Andou bem o legislador ao estabelecer essa previsão, em linha, inclusive, com os avanços trazidos pela lei espanhola (cf. art. 13). [?](#)

34. Ao reverso da arbitragem institucional, aqui o critério é o da manifestação positiva. [?](#)

35. Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal negava curso às medidas cautelares oriundas do estrangeiro, dado o caráter executório desses remédios legais e a sua provisoriedade. Em suma, o STF somente internalizava sentença definitiva, após processo de homologação. [?](#)

36. A alteração da competência adveio do art. 105, (i), da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. [?](#)

37. Quanto a esse último requisito, ver nossas observações constantes do item 3.3. acima. [?](#)

38. A mesma previsão consta das leis de arbitragem brasileira (art. 24, par. 1º) e espanhola (art. 35, 1). [?](#)

39. Ou pior, e de modo condenável, como satisfação a parte que o nomeou. [?](#)

40. A lei brasileira fixa os mesmos 90 dias, enquanto a espanhola impõe o prazo de 2 meses. [?](#)

41. É do Estado que deu guarida ao procedimento arbitral a legitimidade para avaliar a licitude do procedimento que, afinal, teve por sede a sua jurisdição. Daí o interesse desse Estado no controle da legalidade do processo arbitral. [?](#)