

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E O ESTADO BRASILEIRO: uma irresistível
conformação à ordem internacional

DIEGO DE ALMEIDA CABRAL

NATAL/RN
2016

DIEGO DE ALMEIDA CABRAL

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E O ESTADO BRASILEIRO: uma irresistível
conformação à ordem internacional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração “Constituição e Garantia de Direitos”, Linha de Pesquisa “Direito Internacional e Concretização de Direitos”).

NATAL/RN
2016

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Cabral, Diego de Almeida.

A Arbitragem Internacional e o Estado brasileiro / Diego de Almeida Cabral. -
Natal, 2017.
252f.: il.

Orientador: Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em
Direito.

1. Direito - Dissertação. 2. Arbitragem - Dissertação. 3. Direito internacional -
Dissertação. 4. Tratado internacional - Dissertação. I. Bichara, ahyr-Philippe. II.
Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 346.93

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte por ter, juntamente com Programa de Pós-Graduação em Direito, promovido oportunidade para o aprimoramento científico dos magistrados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Agradeço ao amigo Napoleão Casado Filho por ter despertado em mim o interesse acadêmico no tema da arbitragem internacional.

Agradeço penhoradamente ao Professor Doutor Jahyr-Philippe Bichara que pacientemente me orientou na pesquisa e nos questionamentos, provocando-me a tentar aperfeiçoar mais e mais a dissertação que era construída pouco a pouco.

Agradeço aos colegas Bruno Lacerda Bezerra Fernandes, Carla Virgínia Portela S. Araújo, Cleanto Alves Pantaleão Filho, Everton Amaral de Araújo, Fátima Maria Costa Soares de Lima, Felipe Luiz Machado Barros, Glauber Antônio Nunes Rêgo, Marco Antônio Mendes Ribeiro, Ricardo Antônio M. Cabral. Fagundes, Thereza Cristina Rocha Gomes, Ticiania Maria Delgado Nobre, Virgínia Rêgo Bezerra, que compartilharam dos momentos felizes e, às vezes, angustiantes do curso.

Por último e mais importante, agradeço à minha morena rosa que sempre esteve ao meu lado no transcurso dos estudos.

*In relations between nations, the progress of civilization
may be seen from force to diplomacy,
from diplomacy to law*

Louis Henkin

RESUMO

O instituto da arbitragem se perde na história. Seu perfil foi sendo delimitado ao longo do tempo, tendo servido para propósitos e circunstâncias diferentes. Porém, pode-se dizer que a arbitragem, por sua natureza, é um instituto próprio do direito internacional que é amplamente reconhecido como uma efetiva forma de solução de disputas. É objetivo deste estudo analisar (i) como o Estado brasileiro tem valorizado a arbitragem internacional na resolução de litígios com os demais sujeitos do direito internacional, (ii) se o Estado brasileiro oferece um marco regulatório aos seus nacionais para que eles possam se utilizar da arbitragem internacional e possam ter seus interesses protegidos externamente e (iii) como o marco regulatório nacional enquadra as arbitragens realizadas em seu território as quais se relacionem com outras jurisdições. O Estado brasileiro não tem se mostrado refratário às arbitragens internacionais, tendo ratificado relevantes tratados de solução de controvérsias que têm a arbitragem como funcional ferramenta, tanto no âmbito global (Convenções de Haia) quanto regional (Pacto de Bogotá e Protocolo de Olivos). Porém, quando se trata de arbitragens que envolvem investidores estrangeiros, percebe-se que se adota uma posição reticente. Em 2015, foram celebrados seis tratados bilaterais de investimentos em que foi previsto recurso à arbitragem no modelo Estado-Estado, inviabilizando o particular de iniciar procedimento arbitral em face do ente estatal. É também o Brasil signatário de tratados que versam sobre o reconhecimento e execução dos laudos. Internamente, foi editada a Lei nº. 9.307/1996 como uma irresistível conformação do regime brasileiro à ordem internacional. Embora garanta a primazia dos tratados internacionais, a prática judicial se prende à literalidade das prescrições legais, enquadrando a sentença arbitral estrangeira a partir de um enfoque territorial que não revela expressamente a importância da sede escolhida pelas partes. Por outro lado, o regime brasileiro não diferencia a arbitragem doméstica da arbitragem internacional realizada em seu território. Pode-se inferir que o Estado brasileiro se conformou à ordem internacional para aceitar e validar a arbitragem como instrumento adequado ao acesso à justiça no sentido material.

Palavras-chave: Arbitragem internacional. Estado brasileiro. Tratados internacionais. Marco regulatório.

ABSTRACT

The mechanism of arbitration is ancient. Its aspects have been delimited over time, serving for different purposes and circumstances. However, it can be said that arbitration, by its nature, is an international law institution that is widely recognized as an effective form of dispute resolution. The aim of this study is to analyze (i) how Brazil has valued the international arbitration in resolving disputes with other subjects of international law, (ii) if Brazil provides a regulatory framework for its nationals so that they can use international arbitration and may have secured their rights externally and (iii) how the national regulatory framework regulates arbitrations held in their territory which relate to other jurisdictions. Brazil has not a refractory approach to international arbitration, having ratified relevant treaties of resolving disputes that have arbitration as a functional tool, both at the global level (Hague Conventions) and regional (Pact of Bogotá and Olivos Protocol). But when it comes to arbitrations involving foreign investors, it is clear that it adopts a reticent position. In 2015, six bilateral treaties have been concluded in investments in which was provided recourse to arbitration in the state-state model, preventing the particular starting arbitration proceedings against a State. Brazil has also signed treaties that deal with the recognition and enforcement of awards. Internally, it was enacted Arbitration Law (n.º 9.307/1996) as an irresistible conformation of the Brazilian system to international order. Although the Arbitration Law ensures the primacy of international treaties, the national courts have preferred applying domestic norms, framing the foreign award from a territorial approach that does not explicitly reveal the importance of the seat chosen by the parties. On the other hand, the Brazilian system does not differentiate between domestic arbitration and international arbitration held in its territory. It can be inferred that Brazil conformed its legal order to the international order to accept and validate arbitration as an appropriate instrument to the access-to-justice in material sense.

Keywords: International arbitration. Brazil. International treaties. Regulatory framework.

LISTA DE SIGLAS

AAA	American Arbitration Association
ACIF	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
ALADI	Associação Latino-Americana de Integração
ALALC	Associação Latino-Americana de Livre Comércio
APPI	Acordo de Proteção e Promoção de Investimentos
BIT	Bilateral Investment Treaty
CIRDI	Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas a Investimentos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
LA	Lei de Arbitragem
LCIA	London Court of International Arbitration
CCI	Câmara do Comércio Internacional
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	Organização das Nações Unidas (United Nations Organization)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNCITRAL	United Nations on International Trade Law
UNESCO	United Nations Education, Scientific and Cultural Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL	17
2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	17
2.1.1 Breve resgate histórico	17
2.1.2 Definição de arbitragem	20
2.1.3. Características	21
2.1.3.1 Autonomia da vontade: no direito interno e no direito internacional.....	22
2.1.3.1.1 Limitação à autonomia da vontade.....	23
2.1.3.2. Neutralidade.....	24
2.1.3.2.1 Neutralidade <i>versus</i> nacionalidade nas arbitragens internacionais.....	25
2.1.3.3. Exequibilidade.....	27
2.1.3.3.1 A revisão da sentença arbitral na arbitragem internacional.....	30
2.1.3.4 Celeridade.....	32
2.1.3.5 Especialidade dos árbitros.....	34
2.1.3.6 Confidencialidade.....	36
2.1.3.7 Flexibilidade.....	38
2.2 MODALIDADES DE ARBITRAGEM.....	40
2.2.1 Arbitragem de direito e de equidade	41
2.2.1.1 Pode o árbitro deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional por ele?.....	44
2.2.2 Arbitragem <i>ad hoc</i> e institucional	44
2.2.2.1 Arbitragem <i>ad hoc</i> e suas vicissitudes.....	45
2.2.2.2 A consolidação da arbitragem institucional.....	47
2.2.2.2.1 Alguns centros de arbitragens.....	49
2.2.2.3 Qual é a forma ideal: <i>ad hoc</i> ou institucional ?.....	50
2.2.3. Arbitragem internacional, arbitragem mista e arbitragem privada	51
2.2.3.1 A arbitragem internacional entre Estados e organizações internacionais... ..	51
2.2.3.2 A arbitragem mista.....	54
2.2.3.2.1 A especificidade do consentimento dos Estados na arbitragem mista... ..	54
2.2.3.2.1.1 Tratado-quadro multilateral ou bilateral.....	55
2.2.3.2.1.2 Contrato internacional.....	56
2.2.3.3. A arbitragem transnacional.....	57
2.2.4 Arbitragem interna, estrangeira e internacional (transnacional)	58
2.2.4.1 Arbitragem nacional e estrangeira: critério jurídico de diferenciação.....	58
2.2.4.2 Arbitragem transnacional: um conceito econômico.....	60
2.2.4.2.1 Conceitos de arbitragem internacional estabelecidos em algumas legislações nacionais.....	62
2.2.4.2.2 A funcionalidade do conceito de arbitragem internacional: regimes unitário, dualista ou semidualista.....	64
2.3 CONCEPÇÕES DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	66

2.3.1. Representações da arbitragem internacional no pensamento de Gaillard	67
2.3.1.1 A arbitragem internacional fundada numa ordem jurídica estatal específica.....	69
2.3.1.2 A arbitragem internacional validada por uma pluralidade de ordens jurídicas estatais.....	70
2.3.1.3 A arbitragem internacional a partir de uma ordem jurídica própria e autônoma.....	72
2.3.2 Deslocalização da arbitragem transnacional	73
2.3.2.1 A interpretação dos tribunais nacionais sobre a teoria de deslocalização...	74
2.3.2.2 Conexões da teoria da deslocalização com as três dimensões da arbitragem internacional.....	77
3 O TRATAMENTO NORMATIVO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NO PLANO GLOBAL	78
3.1 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM	78
3.1.1 Escopo	80
3.1.1.1 A estrutura da Corte e a função do Secretário-Geral como <i>appointing authority</i>	81
3.1.2 Jurisdição e suas características	84
3.1.2.1 Competência em razão da matéria.....	85
3.1.2.1.1 Arbitragem internacional em matéria ambiental.....	85
3.1.2.1.2 Arbitragem intraestatal.....	86
3.1.2.2 Competência em razão da pessoa.....	87
3.1.2.2.1 Arbitragens internacionais com pessoa privada.....	87
3.1.2.2.2 Arbitragem internacional com Estado que não seja parte das Convenções de Haia.....	89
3.1.2.3. Competência em razão do tempo.....	89
3.1.3 Regramento procedimental	90
3.1.4 O Estado brasileiro e a Corte Permanente de Arbitragem	93
3.2 CENTRO INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS	94
3.2.1 Escopo	95
3.2.1.1 A estrutura do Centro e as funções de seus órgãos.....	96
3.2.2 Jurisdição e suas características	98
3.2.2.1 O consentimento dos Estados e do investidor.....	99
3.2.2.2 Competência em razão da matéria.....	103
3.2.2.3 Competência em razão da pessoa.....	105
3.2.2.3.1 Regras Complementares: arbitragens para Estados não-partes.....	107
3.2.2.4 Competência em razão do tempo.....	109
3.2.2.4.1 Esgotamento dos recursos jurisdicionais internos.....	110
3.2.3 Regramento procedimental	112
3.2.4 O Estado brasileiro e o Centro	117
3.3 TRATADOS BILATERAIS COM COMPROMISSO ARBITRAL	118
3.3.1 Tratados bilaterais de investimentos e a arbitragem	119

3.3.1.1 Características.....	120
3.3.1.2 O problema da inconsistência da “jurisprudência arbitral”.....	121
3.3.2 Tratados bilaterais de investimentos e o Estado brasileiro.....	122
3.3.2.1 Os tratados bilaterais da década de 90.....	124
3.3.2.2. Os novos tratados bilaterais concluídos a partir de 2015.....	129
3.3.2.2.1 Aspectos comuns aos Acordos de Cooperação e Facilitação.....	131
3.3.2.2.2 Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos com Moçambique, Angola e Maláui.....	133
3.3.2.2.3 O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos com México.....	134
3.3.2.2.4 Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos com Colômbia e Chile.....	136
4 O TRATAMENTO NORMATIVO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NO PLANO REGIONAL.....	141
4.1 PLANO INTERAMERICANO.....	142
4.1.1 O recurso à arbitragem na Organização dos Estados Americanos.....	143
4.1.1.1 Características da arbitragem internacional no Pacto de Bogotá.....	145
4.1.1.2 Regramento procedimental.....	147
4.1.1.3. O Pacto de Bogotá e o Estado brasileiro.....	149
4.2 PLANO SULAMERICANO.....	150
4.2.1 A arbitragem internacional no Mercosul.....	151
4.2.1.1 Protocolo de Olivos de 2002.....	153
4.2.1.2 A jurisdição arbitral no sistema mercosulino.....	154
4.2.1.2.1 Competência em razão da matéria.....	156
4.2.1.2.1.1 O problema da concorrência da jurisdição da OMC e do Mercosul.....	156
4.2.1.2.2 Competência em razão da pessoa.....	159
4.2.1.2.2.1 Reclamações de particulares.....	160
4.2.1.2.3 Competências recursal e originária do Tribunal Permanente de Revisão.....	160
4.2.1.2.3.1 O Tribunal Permanente de Revisão é um tribunal arbitral ou um tribunal internacional ?.....	162
4.2.1.2.3.2 Competência consultiva e seu diálogo com a jurisdição nacional... ..	163
4.2.1.3 Regramento procedimental.....	164
4.2.1.4 A arbitragem no sistema Mercosul e o Estado brasileiro.....	168
4.2.2 A assistemática da arbitragem internacional na ALADI.....	169
5 O MARCO REGULATÓRIO DEFINIDO PELO ESTADO BRASILEIRO PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	174
5.1 OS TRATADOS E CONVENÇÕES SOBRE O TRATAMENTO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS PROFERIDAS FORA DO BRASIL.....	174
5.1.1 Convenção de Nova Iorque de 1958.....	175
5.1.1.1 Escopo.....	176
5.1.1.2 Características.....	178
5.1.1.3 Reconhecimento e cumprimento.....	180
5.1.1.3.1 Âmbito de aplicação.....	180
5.1.1.3.2 Fundamentos para a recusa de reconhecimento e cumprimento.....	182

5.1.2 Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial do Panamá de 1975	185
5.1.2.1 Âmbito de aplicação.....	186
5.1.2.2 Características.....	187
5.1.2.3 Compatibilidade com sistemas concorrentes.....	188
5.1.3 Protocolo sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1992	189
5.1.3.1 Âmbito de aplicação.....	190
5.1.3.2 Características.....	192
5.1.3.3 Compatibilidade com sistemas concorrentes.....	195
5.2 A LEI Nº. 9.307/1996	196
5.2.1 Contextualizando o projeto de regulação da arbitragem	197
5.2.2 Regime legal	199
5.2.3 Enquadramento das sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras	201
5.2.3.1 A qualificação da sentença arbitral internacional nos regimes jurídicos da França, Espanha e Portugal.....	205
5.2.3.1.1 Regime jurídico na França.....	205
5.2.3.1.2 Regime jurídico na Espanha.....	210
5.2.3.1.3 Regime jurídico em Portugal.....	213
5.3 CONTROLE, RECONHECIMENTO E CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS	219
5.3.1 Controle primário pela jurisdição brasileira	220
5.3.1.1 Pode ser afastado o controle primário por vontade das partes ?.....	223
5.3.2 Reconhecimento e cumprimento de laudos estrangeiros	225
5.3.2.1 A ordem pública internacional como motivo de recusa do reconhecimento de laudo estrangeiro.....	227
5.3.2.2 A sentença arbitral anulada pela jurisdição da sede da arbitragem.....	229
5.3.3 A concepção de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça..	231
6 CONCLUSÃO	234
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	237

1 INTRODUÇÃO

A diferença é da essência da humanidade. Discordar, divergir, dissentir fazem com que cada ser humano seja único. Contudo, compor as diferenças é anseio que move as tentativas de criar instituições que permitam que as relações humanas não desemboquem no caos.

Instalada uma controvérsia entre duas pessoas, o que fazer? A ideia de entregar a um terceiro a atribuição de decidir e solucionar a divergência subjaz a concepção da arbitragem. Dizer a quem se deve dar razão numa contenda é a finalidade original da arbitragem. E, seu fundamento está na autonomia da vontade dos contendores que, através dela, consentem que uma ou mais pessoas chamadas de árbitros possam deliberar sobre a disputa e, por terem as próprias partes aquiescido com a participação do terceiro a quem lhe é conferido o poder de decidir, a resolução dada pelo árbitro vincula-as.

O Estado brasileiro não ignora, nem despreza o instituto da arbitragem, embora, num passado não tão distante, fosse visto como um país refratário à arbitragem, conforme comenta Clint Corrie¹. No ano de 2015, o Brasil surpreendentemente assinou seis acordos de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI) em que são estabelecidas normas de proteção aos investimentos estrangeiros sob variados aspectos, como a proteção contra expropriação e nacionalização, salvo hipóteses previamente definidas em que será garantida adequada e efetiva indenização². Nestes novos acordos bilaterais, prevê-se que eventuais disputas entre os Estados partes a respeito das regras consentidas poderão ser resolvidas pelo mecanismo da arbitragem³. Esses fatos recentes chamam a atenção pela específica forma de solução de controvérsias que particularmente foi eleita, denotando uma possível confiança que o Brasil deposita na arbitragem.

¹ CORRIE, Clint. International Commercial Arbitration in Brazil. **Comparative Law Yearbook of International Business**, Texas, vol. 35, p. 113-158, 2013, p. 113.

² Os ACFIs celebrados em 2015 foram: a) Acordo de Cooperação e de Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique, de 30 de março de 2015; b) Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, de 1º de abril de 2015; c) Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Brasil e o México, de 26 de maio de 2015; d) Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre Brasil e Malawi, de 25 de junho de 2015; e) Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República da Colômbia e a República Federativa do Brasil, de 09 de outubro de 2015; f) Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, de 23 de novembro de 2015.

³ Como exemplo, pode ser citado o art. 25 do ACIF Brasil-Chile que prevê o estabelecimento de um tribunal arbitral *ad hoc* entre as partes estatais para o caso de não ser resolvida eventual disputa através dos mecanismos das consultas e das negociações diretas, contemplando no Anexo I nove artigos que detalham o estabelecimento da instância arbitral, o procedimento a ser observado e o cumprimento do laudo proferido.

A atualidade da arbitragem também pode ser medida pela preocupação do Novo Código de Processo Civil em trazer disposições voltadas a ela. Logo, nos seus primeiros artigos, o Novo Código de Processo Civil enaltece que a arbitragem é permitida na forma da lei, não representando infringência ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal (art. 3º, § 1º). É um claro sinal de que o Estado brasileiro reconhece a importância desse mecanismo.

O constitucionalismo brasileiro conhece a arbitragem desde a primeira Carta Fundamental. História Fernando Henrique Fernandes de Oliveira que, na Constituição de 1824, já existia expressa menção ao juízo arbitral⁴. Por sua vez, na Constituição Republicana de 1891, previu-se a utilização obrigatória da arbitragem internacional para a solução de disputas entre Estados. A arbitragem também não passou esquecida nas Constituições de 1934, 1937, 1967. Na atual Constituição, é possível estabelecer uma conexão entre a arbitragem internacional e o art. 4º, VII, em que se estabelece a solução pacífica dos conflitos como princípio das relações internacionais da República Federativa do Brasil. Uma vez que o Estado brasileiro deve buscar a resolução pacífica dos seus conflitos no cenário internacional, a arbitragem internacional pode servir como instrumento para a concretização dessa diretriz constitucional, já que ela permite que uma contenda seja equacionada por regras jurídicas sem recorrer à força.

A partir dessa diretiva constitucional, a questão que se aborda neste estudo é saber como o Estado brasileiro qualifica o instituto da arbitragem internacional, seja como parte num procedimento arbitral, seja como garantidor dos efeitos das sentenças arbitrais realizadas em seu território as quais mantenham laços com outras jurisdições, ou como ato de cooperação jurídica internacional que reconhece sentenças arbitrais estrangeiras.

De forma mais objetiva e direta, as indagações que provocam o desenvolvimento do estudo poderiam ser resumidas em três: a) o Estado brasileiro tem valorizado a arbitragem internacional na resolução de litígios com os demais sujeitos do direito internacional? b) o Estado brasileiro oferece um marco regulatório aos seus nacionais para que eles possam se utilizar da arbitragem internacional e possam ter seus interesses protegidos externamente? c) o Brasil enquadra adequadamente as arbitragens realizadas em seu território as quais se relacionem com outras jurisdições?

⁴ OLIVEIRA, Fernando Henrique Fernandes de. **O Brasil na Arbitragem Comercial Internacional: Teoria, História e Instituições Contemporâneas**. 2012. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, 2012, p. 42 e ss.

O contencioso internacional se institucionalizou, adquirindo maior juridicidade com o surgimento de instâncias jurisdicionais permanentes, como a Corte Internacional de Justiça e o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio. No entanto, a pessoa física tem ficado à margem do desenvolvimento dessas instâncias jurisdicionais internacionais, cujo acesso, de regra, está limitado aos Estados. No campo econômico, a arbitragem internacional se tornou uma importante ferramenta no século XX e se consolidou como uma alternativa aos tribunais nacionais para os particulares que atuam transnacionalmente. Como cada vez mais as pessoas privadas amplificam suas iniciativas, direcionando investimentos para países estrangeiros, onde se poderia reacear submeter aos judiciários locais os litígios em que se vejam envolvidas, ainda mais quando o contendor dessas diferenças seja o Estado estrangeiro onde alocadas as suas operações. É razoável que se espere que os Estados garantam o regular e devido funcionamento da arbitragem internacional, mesmo quando não sejam eles partes, mas, sim, os seus nacionais para que esses possam contar com um mecanismo efetivo que possa tutelar seus direitos.

Noutra ponta, é de observar que o enquadramento da arbitragem internacional pelo Estado brasileiro reverbera no ideal de acesso a justiça. Aquele que teve seu interesse contrariado por outro em desrespeito a regras aceitas pelos dois espera que a arbitragem, se for esta o mecanismo escolhido para a resolução da diferença, possa lhe oferecer uma resposta justa.

É preciso compreender que o acesso à justiça, em seu sentido mais amplo, é algo a mais do que de bater às portas do Judiciário, até porque a arbitragem consubstancia um meio de solução de controvérsia fora do aparato judicial.

De bom alvitre é pontuar que, ao dizer acesso à justiça, está se querendo referir à abordagem que foi bem articulada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth que encaram a arbitragem como um dos métodos alternativos para tornar efetiva a proteção a direitos⁵. O acesso a justiça deve ser encarado como a possibilidade de tutela efetiva de direitos através de procedimento célere que respeite garantias processuais universais. Nessa “onda” renovatória para aprimoramento da defesa dos direitos, os autores citados incluem o juízo arbitral.

Expandindo o ideal de acesso a justiça para a arena internacional, coloca-se a arbitragem como um instrumento que pode realizar essa garantia. Assim, seria natural

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, (tradução de Ellen Gracie), p. 5.

questionar como o Estado brasileiro tem tratado essa forma de resolução de disputas em favor de seus nacionais, especialmente no cenário internacional.

Ao falar em arbitragem internacional, não há como deixar de observar a íntima relação que se estabelece entre o comércio internacional e esse mecanismo a que recorrem os agentes econômicos internacionais que, aliás, podem ser brasileiros. Logo, enquadrar adequadamente a arbitragem é igualmente um dever que se impõe para que se contribua para a realização do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil em garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II). Eventuais disfunções na moldura normativa da arbitragem poderão afugentar a expansão de empresas e fragilizar agentes econômicos nacionais que, ao se aventurarem no exterior, fiquem desguarnecidos de um eficaz mecanismo de enfrentamento de conflitos. Outrossim, conglomerados econômicos que tenham por diretriz resolver suas pendências através da arbitragem poderão optar por desenvolver suas atividades em outro território em que o marco regulatório da arbitragem favoreça a vocação internacional dos laudos arbitrais.

Por último, mas não menos relevante, a investigação do regime dos laudos arbitrais deverá sopesar em que medida um parâmetro ou outro contribui para otimizar a participação do Brasil na cooperação jurídica internacional.

É comumente encarada a cooperação jurídica internacional como o intercâmbio internacional entre Estados para promover o cumprimento de medidas judiciais de uma nação no território de outra. Todavia, pode ser ampliada a noção da cooperação jurídica internacional para compreendê-la como qualquer forma de colaboração entre Estados, a qual possa gerar efeitos jurídicos. Essa interpretação mais ampla do termo permite inserir na cooperação jurídica internacional atos que não sejam necessariamente de natureza processual, como, por exemplo, a arbitragem. Portanto, é preciso recordar que os tratados internacionais sobre arbitragem foram celebrados exatamente para proporcionar a circulação de laudos arbitrais entre diversas ordens jurídicas.

Para o desenvolvimento do estudo, será preliminarmente apresentada uma visão panorâmica do instituto da arbitragem internacional, abordando as características dessa ferramenta e suas modalidades (capítulo 1). Ainda nesta parte inicial, serão expostas as representações que são feitas da arbitragem internacional a partir da lição de Emmanuel Gaillard, o que contribuirá para uma compreensão dessa ferramenta. Na sequência, será discutido o direito posto para a arbitragem internacional no plano global, discorrendo a respeito da Corte Permanente de Arbitragem, do Centro Internacional para a Resolução de

Disputas relativas a Investimentos, de tratados bilaterais com compromisso arbitral (capítulo 2). Também se dedicará a discorrer sobre tratados e convenções acerca da arbitragem dos quais o Brasil é parte no plano regional que englobará o contexto interamericano e mercosulino (capítulo 3). Construído esse conhecimento, poder-se-á adentrar na análise do marco regulatório da arbitragem para o Brasil, momento em que não apenas se debaterá sobre o regime definido nos tratados, convenções e lei interna, mas igualmente a interpretação e aplicação dessas regras jurídicas pelo Judiciário brasileiro (capítulo 4).

No decorrer do estudo, foi utilizado método dedutivo por meio do qual se intencionou identificar as teorias e correntes doutrinárias que analisam a arbitragem internacional e as sentenças arbitrais. Interessou ao estudo a investigação bibliográfica de livros, dissertações, teses e artigos de revistas especializadas. Igualmente não se dispensou o exame de decisões arbitrais internacionais e judiciais. Também se valeu dos métodos histórico e comparativo para que se pudesse estabelecer uma confrontação entre o regime normativo brasileiro, as convenções internacionais e alguns sistemas jurídicos.

2 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL

De início, cumprirá definir o que seja arbitragem. Definir é o primeiro passo para que se possa analisar qualquer instituto jurídico. Para tanto, tentar-se-á resgatar alguns traços históricos da arbitragem e, em seguida, chegar-se-á a uma conceituação que possa identificar o instituto da arbitragem nos dias atuais.

Outrossim, deve ser ressaltado que a arbitragem pode adquirir mais de uma forma. Há arbitragens entre Estados, arbitragens entre Estado e pessoa física, arbitragens por equidade, arbitragens *ad hoc* e outras. Cada qual guarda a sua especificidade que será explorada e cotejada.

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O instituto da arbitragem se perde na história. Seu perfil foi sendo delimitado ao longo do tempo, tendo servido para propósitos e circunstâncias diferentes. A arbitragem do passado não é a de hoje. Parece ser algo tautológico, mas a verdade é que a arbitragem foi se institucionalizando ao longo dos anos e se juridicizando com o amadurecimento de centros de arbitragem, cujos procedimento e organização poderiam ser confundidos com o de um verdadeiro órgão jurisdicional internacional. É o caso da Corte Permanente de Arbitragem (CPA).

Não obstante a diversidade desses perfis, é possível identificar um núcleo significativo comum. Nesta primeira parte, tem-se como fundamental apresentar alguns aspectos gerais que possibilitarão a compreensões de pontos mais específicos que serão abordados mais a frente, como as múltiplas modalidades de procedimento arbitral.

2.1.1 Breve resgate histórico da arbitragem

De há muito, os homens têm se distanciado da vingança por suas próprias mãos para tentar solucionar seus conflitos e divergências através de instrumentos em que a força física não é decisiva para definir a quem dar razão. Consolidou-se no tempo a ideia de confiar ao Estado a tarefa de ditar a solução e de estabelecer qual interesse conflitante deve prevalecer numa contenda.

Porém, ao lado do exercício da jurisdição pelo Estado, também se admite que as disputas sejam equacionadas por outros meios aos quais são conferidos efeitos jurídicos. Dentre essas alternativas, encontra-se a arbitragem que, na verdade, deita suas raízes muito antes de surgir o monopólio estatal da jurisdição.

Não há como se precisar no tempo o exato momento do surgimento da arbitragem. A própria ideia que subjaz a arbitragem (confiar a um terceiro a resposta para uma discórdia entre dois) parece fazer parte da história da humanidade.

Não obstante, ao tratar da gênese da arbitragem, é sempre lembrado o período romano durante a qual se delinearam formas de solução de controvérsias que podem ser reconduzidas à atual noção de arbitragem. Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco¹ lembra da figura do *judex* que era um cidadão romano, ou seja, uma pessoa privada que era investida pelo *praetor* do múnus público de proferir um julgamento em algumas disputas entre particulares. Esse ato de escolha do *judex* pelo pretor se dava quando as partes não chegavam a um acordo sobre a designação.

Também se pontua que, na história da Igreja Católica, alguns papas se mostraram favoráveis à arbitragem, inclusive fora dos domínios dos tribunais eclesiásticos².

No final do século XIX, na esteira do movimento de disseminar, entre os Estados, a solução pacífica de controvérsias, foi criada a Corte Permanente de Arbitragem (CPA). Embora nominada como “corte”, a CPA, na verdade, foi ideada para viabilizar a composição de tribunais arbitrais para diferenças entre Estados (arbitragens interestatais). Nos seus primeiros anos, a CPA teve importante participação em arbitragens entre Estados, porém se tornou inerte nas décadas seguintes. Aponta Lucas Eduardo F. A. Spadano que, nos últimos tempos, a CPA voltou a ter maior peso no cenário internacional, tendo sido, desde 2000, instituídas mais de 70 (setenta) novas arbitragens sob o seu auxílio³. Em 2012, havia perante a CPA 35 (trinta e cinco) arbitragens envolvendo tratados bilaterais ou multilaterais de investimentos e 20 (vinte) arbitragens comerciais internacionais entre Estados, entidades governamentais ou organizações internacionais. Também estavam pendentes 07 (sete)

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35-36.

² BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 61.

³ SPADANO, Lucas Eduardo F. A. Arbitragem internacional. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org.). **Manual de Direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187-210, p. 207.

arbitragens interestatais, das quais quatro delas envolviam disputas de fronteiras territoriais⁴: a) uma disputa marítima e territorial entre Croácia e Eslovênia; b) uma divergência marítima entre as Ilhas Maurício (República de Maurício) e o Reino Unido; c) uma diferença sobre o desvio do curso de um rio entre Paquistão e Índia; d) uma disputa marítima entre Bangladesh e Índia; e) um litígio entre Equador e Estados Unidos sobre a interpretação de um dispositivo contido em acordo bilateral de investimento celebrado entre eles.

Na história do Brasil, a arbitragem desempenhou papel que não pode ser olvidado. A diplomacia nacional tem como legado o judicioso trabalho do Barão do Rio Branco, notadamente na definição das fronteiras brasileiras que, em boa parte, foram delimitadas através de arbitragens interestatais das quais o Barão do Rio Branco participou. Destaca Luiz Felipe de Seixas Corrêa três procedimentos arbitrais que foram decisivos para questões territoriais⁵. O primeiro deles foi a disputa do território de Palmas que hoje constitui a região oeste do atual estado de Santa Catarina. Os dois outros foram disputas envolvendo limites com a Guiana Francesa e a Guiana Inglesa.

Com a expansão do comércio internacional, notadamente nas primeiras décadas do século XX, tornaram-se comuns as disputas entre pessoas ou empresas de nações distintas. Nessas situações de transnacionalidades, percebeu-se que a submissão dessas controvérsias aos sistemas de justiça doméstica não se afigurava como mais adequada aos interesses das partes. Primeiro, porque os contratos que ligam essas partes são formatados por elas de maneira que seu enquadramento nas ordens jurídicas nacionais não é fácil. Ademais, para ordenamentos de nações distintas, uma mesma relação jurídica pode ser regulamentada de forma diferente. Em segundo lugar, os órgãos jurisdicionais nacionais, de regra, não estão adaptados para dirimir dissídios dessa natureza, que envolvem transações de características ímpares. É nesse contexto que se intensificou a organização das instituições comerciais para que se estabelecessem arbitragens que tinham como objeto interesses de diferentes nacionalidades. São as arbitragens comerciais internacionais que, com a globalização econômica, passaram ser vistas pelas corporações privadas como uma alternativa ágil e mais adequada em comparação aos sistemas jurisdicionais estatais.

⁴ BORN, Gary. **State-to-State Arbitration at the Permanent Court of Arbitration**. 2012. Disponível em: <<http://kluwarbitrationblog.com/2012/07/20/state-to-state-arbitration-at-the-permanent-court-of-arbitration/>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

⁵ CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. O barão do Rio Branco no centenário de sua morte: memória, inspiração, legado. **Cadernos do CHDD**, Rio de Janeiro, número especial, p. 267-277, 2012, p. 272-274.

2.1.2 Definição da arbitragem

A partir dos registros históricos, é possível constatar que a identidade da arbitragem foi sendo construída ao passar dos anos.

Pode-se dizer nos dias de hoje que a arbitragem consiste numa técnica para resolução de divergências com a intervenção de uma ou mais pessoas que são investidas pelos litigantes com poderes para decidirem como resolver o conflito. Diga-se mais, representa uma forma de solução de controvérsia diferenciada, já que a resposta ao conflito não é imposta por órgão estatal dotado de poder soberano, mas, sim, por uma ou mais pessoas chamadas de árbitros a quem é destinada voluntariamente pelos próprios litigantes tal atribuição.

Dessa definição não diferencia aquela apresentada por Carreira Alvim⁶ que compreende que a arbitragem pode ser conceituada como “a instituição pela qual as pessoas capazes de contratarem confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”. Da mesma forma, os estudiosos estrangeiros, como René David, enxergam na arbitragem um forma de solução de controvérsias que é ditada por um ou mais de um árbitro que retira “[...] seus poderes de um contrato privado e não da autoridade estatal e, a quem cabe processar e julgar o caso apresentado no âmbito desse contrato” (tradução do autor)⁷.

É significativo dessa alternativa à justiça pública o exercício da autonomia da vontade⁸, pois, através dela, os envolvidos consentem que terceiro possa deliberar sobre a contenda e, por terem as próprias partes aquiescido com a participação do terceiro, a quem lhe são conferidos poderes, a sentença arbitral que vier a ser proferida vincula-as com efeitos semelhantes aos das decisões emanadas do Poder Judiciário. Ainda que se ventile que as leis nacionais costumam prever que às sentenças arbitrais é conferida força vinculante, obrigando as partes ao seu cumprimento, como se os pronunciamentos dos árbitros somente tivessem eficácia em razão dessas previsões legais, não se pode colocar em segundo plano a autonomia da vontade como elemento chave que marca a arbitragem. É por causa desse mesmo traço que, no plano internacional, onde, conforme enfatiza Valério Mazzuoli de

⁶ ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 14.

⁷ “[...] their powers from a private agrément, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agrément”. DAVID, René. **Arbitration in International Trade**. Haia: Kluwer Law and Taxation Publications, 1985, p. 5.

⁸ MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 38.

Oliveira, “[...] tudo o que se faz ou se deixa de fazer é consequência da vontade organizada dos Estados para que isso aconteça”⁹, a arbitragem grassou, pois serviu como ferramenta moldável à vontade organizada dos Estados.

Conectada com a autonomia da vontade, tem-se também o elemento da confiança. A arbitragem é escolhida pelas partes que desejam um modo “distinto” de solucionarem o seu impasse. Enquanto no processo judicial, como lembra Tercio Sampaio Ferraz Junior, o juiz é um terceiro imparcial da relação conflituosa que legitima a sua atuação mediante procedimentos institucionalizados (concurso público, experiência jurídica documentada, exercício de função permanente) que asseguram uma credibilidade presumida, o árbitro conta com uma legitimidade que deita sua raiz no consenso presumido (confiança fiducial) daqueles que os indicam para desempenhar a sua função¹⁰. É realmente um modo distinto, pois se entrega a uma pessoa ou a um organismo a tarefa de encontrar uma resposta que se acredita que corresponderá aos parâmetros escolhidos pelas partes para regerem sua relação.

2.1.3 Características

Podem ser assinaladas como características principais da arbitragem: a) a autonomia da vontade; b) a neutralidade; c) a exequibilidade; d) a celeridade; e) a especialização; f) a confidencialidade; g) a flexibilidade.

É comum encarar essas características como vantagens comparativas frente à jurisdição estatal típica, como o faz Larissa de Santis Basso¹¹. Elas podem ser encontradas tanto na arbitragem doméstica como internacional, embora com contornos ligeiramente diferentes em algumas situações. Porém, convém admitir que nem sempre se poderá afirmar que essas características se mostrem sempre mais vantajosas para as partes envolvidas num conflito. Pense-se nas situações em que haja inegável vulnerabilidade de um dos sujeitos. Nessas situações, a arbitragem pode vir a servir para a fragilização de direitos desses sujeitos mais vulneráveis. Não se pode esquecer que, temendo a ampliação generalizada da arbitragem para as relações de consumo e de trabalho, a Presidência da República vetou as

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 28, p. 65-82, jan./mar. 2001, p. 73.

¹¹ BASSO, Larissa de Santis. Contratos transnacionais e o fundamento da arbitragem comercial internacional: um enfoque didático. In: LEMES, Selma Ferreira; LEE, João Bosco. **Arbitragem nacional e internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 281-296, p. 291.

alterações propostas pelo Projeto de Lei n. 406/2013 (transformado na Lei n. 13.129/2015) aos §§ 3º e 4º da Lei n. 9.307/1996 os quais, se aprovados, permitiriam a arbitragem, de forma mais flexível, naquelas relações¹². Pelo menos em terras brasileiras, tem-se a impressão de que a arbitragem, mesmo diante das vantagens reconhecidas, não é adequada a toda e qualquer disputa.

Passar-se-á, nos próximos parágrafos, a discorrer sobre cada uma dessas características, sem que a ordem da discussão signifique uma importância maior ou menor desses atributos.

2.1.3.1 Autonomia da vontade: no direito interno e no direito internacional

Como já salientado em anteriores linhas, a autonomia da vontade se apresenta como a nota mais significativa. É a partir do encontro de vontades que desponta a arbitragem. Assim como o contrato social está para a explicação filosófica do poder político, a soberania da vontade legitima a decisão arbitral, na medida em que essa última passa a vincular as partes, pois elas aderiram ao compromisso de se submeterem à solução que viria a ser apresentada pelo terceiro a quem foi confiada a tarefa de dissolver a querela.

¹² A Mensagem n. 162, de 26 de maio de 2015, esclarece as razões dos vetos citados nos seguintes termos: “[...]Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

§§ 2º e 3º do art. 4º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterados pelo art. 1º do projeto de lei

‘§ 2o Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

§ 3o Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.’

Razões dos vetos

‘Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor.’

Ouvido, ainda, o Ministério do Trabalho e Emprego acrescentou veto ao seguinte dispositivo:

§ 4º do art. 4º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterados pelo art. 1º do projeto de lei

‘§ 4o Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.’

Razões do veto

‘O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral.’

Nas arbitragens entre Estados, é encontrada também a autonomia da vontade. O consentimento na arbitragem entre Estados é expresso comumente em um tratado de arbitragem geral ou em uma cláusula específica de um tratado qualquer. Também é possível que o consenso para o estabelecimento do procedimento arbitral entre países se forme após a erupção do conflito através de um acordo especialmente estabelecido para tanto. Tanto numa como noutra situação, o consentimento estatal formará o compromisso arbitral pelo qual, no plano internacional, vincula-se o Estado a submeter eventual disputa ao mecanismo da arbitragem.

Para ilustrar a manifestação da vontade estatal, podem ser lembradas as arbitragens mistas (pessoa privada e Estado) processadas no Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas a Investimentos (CIRDI) que foi instituído pela chamada Convenção de Washington de 1965. Além de o Estado receptor de investimentos ter aderido à referida convenção, o art. 25(1) desse estatuto preceitua que será imprescindível manifestação de vontade do Estado e do investidor para que se instaure a competência do referido centro de arbitragem¹³, podendo ser extraído esse consentimento de um tratado bilateral de promoção e proteção de investimentos celebrado com o Estado da pessoa privada. Nesse sentido, o tratado bilateral funcionaria como compromisso arbitral. Sobre a descrição desses compromissos arbitrais se retornará mais a frente.

2.1.3.1.1 Limitações à autonomia da vontade

É preciso observar que o império da vontade na arbitragem não significa ilimitada disponibilidade de interesses.

Um dos obstáculos ao reconhecimento e execução de laudos arbitrais que consta uniformemente em legislações nacionais e tratados é a cláusula da ordem pública, cuja

¹³ Art. 25(1). The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally (A competência do Centro abrangerá as disputas de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, disputa essa cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente) (tradução do autor) (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention, Regulations And Rules**. 2016. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>> . Acesso em: 15 mar. 2016).

precisa delimitação é controversa. Assim, mesmo que os envolvidos voluntariamente fixem as regras que deverão ser observadas para que se chegue à decisão arbitral, a sentença arbitral poderá ter seu valor esvaziado se, ao buscar o seu cumprimento na órbita de um Estado, ela vir a ser interpretada por esse Estado como contrária à ordem pública (nacional ou internacional).

Outrossim, legislações domésticas definem a arbitrabilidade dos litígios, estabelecendo regras sobre quem pode se socorrer e o que pode ser abordado numa arbitragem, já que os Estados resguardam, em caráter exclusivo, à jurisdição estatal típica algumas controvérsias¹⁴. Daí se falar em arbitrabilidade objetiva (o objeto que pode ser debatido) e subjetiva (os sujeitos que podem recorrer à arbitragem).

2.1.3.2 Neutralidade

Entre tantos motivos que podem ser elencados para a escolha da arbitragem em detrimento do Judiciário, pode ser indicada a neutralidade do árbitro. Busca-se o árbitro na expectativa que esse terceiro poderá dar uma resposta de maneira imparcial e independente. Porém, essa neutralidade precisa ser bem compreendida.

Neutralidade e imparcialidade são termos que parecem ser sinônimos. Para o processo judicial e arbitral, não são. A imparcialidade diz respeito à equidistância que deve manter o julgador entre as partes, sem qualquer posição previamente definida em favor ou contra uma delas, de maneira que possa garantir paridade de oportunidades no decorrer do processo. Por sua vez, a neutralidade, sem se confundir com a imparcialidade, seria a insensibilidade do julgador às suas crenças, valores e convicções, de forma que fosse capaz de decidir apenas norteado pelos elementos apresentados pelas partes.

Há ainda o conceito de independência que se aproxima desses dois outros. A independência diz respeito à garantia de que o julgador possa se blindar de influências ou pressões externas que forcem a formar sua convicção numa determinada perspectiva.

É fato que o árbitro deve ser imparcial e independente. Já a neutralidade na arbitragem deve ser pensada como uma percepção de que a arbitragem constitui espaço escolhido pelas partes que pretendem uma alternativa às cortes nacionais, já que essas foram avaliadas como tendo uma predisposição a proteger um dos interesses em conflito. É nesse

¹⁴ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79.

sentido que deve ser encarada a neutralidade do árbitro. Não se pode pensar a neutralidade como aquela impassibilidade do árbitro a ideologias e preconceitos.

A neutralidade como insensibilidade é de difícil realização. É assente que essa noção de neutralidade é inalcançável ao juiz. Não seria possível ao juiz se despir de todas as suas paixões e crenças, pois esses elementos são de sua natureza humana. No entanto, não se pode desprezar que o mito da neutralidade do juiz serve à manutenção e à credibilidade do Judiciário¹⁵.

O raciocínio se estende ao árbitro que também realiza um ato de julgar. Não se pode idealizar que o árbitro seja capaz de sublimar sua precompreensão do mundo. Nesse específico sentido, o árbitro não é neutro. Como já salientado, o árbitro deve ser imparcial, já que ele não pertence às partes, mesmo àquela que o indicou de acordo com as regras consensuadas. Não é correto falar em “árbitro da parte”. Neutro é o árbitro naquele horizonte de que a arbitragem é um método de julgar diferente das cortes nacionais.

2.1.3.2.1 Neutralidade *versus* nacionalidade nas arbitragens internacionais

Nas arbitragens internacionais, a neutralidade apresenta outros contornos. É identificada como distanciamento da nacionalidade das partes e árbitros. Entende-se que a neutralidade é, via de regra, garantida pela escolha de árbitro, cuja nacionalidade seja distinta das partes. Com a escolha do árbitro estrangeiro, espera-se que o julgador não seja compelido por uma das partes ou seja influenciado pelas circunstâncias em que essas últimas se acham inseridas. Exemplo dessa ideia de neutralidade é encontrada no art. 13(1) do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) ao tratar da nomeação e confirmação dos árbitros¹⁶. Prescreve o referido dispositivo regulamentar que, na nomeação do árbitro, deverá ser considerada a nacionalidade da pessoa indicada, bem como suas

¹⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 249-273, jul./set. 2011, p. 269.

¹⁶ Artigo 13(1). Na nomeação ou confirmação dos árbitros, a Corte deverá considerar a sua nacionalidade, o local da sua residência e eventuais relações com os países de nacionalidade das partes ou dos árbitros, bem como a disponibilidade e a competência do possível árbitro para conduzir a arbitragem, nos termos do Regulamento. O mesmo procedimento será aplicado quando o Secretário Geral confirmar os árbitros segundo o artigo 13(2) (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration in several languages**. 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 14 dez. 2015).

eventuais relações com os países de nacionalidade das partes. Observa-se claramente a preocupação em garantir a neutralidade do julgador através da diferença de nacionalidade.

Todavia, a neutralidade pela via da distinção da nacionalidade não pode ser vista como impeditivo absoluto à escolha das partes.

Nos tribunais arbitrais em que a composição se dará pela escolha das partes, Fabiane Verçosa¹⁷ explica que é perfeitamente possível que as partes elejam julgadores de sua nacionalidade. Assim o é, pois, em arbitragens internacionais, o árbitro escolhido pela parte pode atuar como um “tradutor” para os demais membros do tribunal arbitral, principalmente quando o conjunto normativo aplicável for o mesmo da sua nação. Quando se refere ao papel de “tradutor”, não se quer dizer apenas no sentido de intérprete do idioma do litigante, mas especialmente de conhecedor do sistema jurídico a ser aplicado, das tradições culturais que ladeiam esse sistema jurídico e do ambiente socioeconômico em que se encontra localizado. Considere-se uma arbitragem entre dois agentes econômicos de países distintos com aplicação da legislação de um deles. É recomendável que seja indicado um experimentado árbitro com nacionalidade do contendor o qual conheça o conjunto normativo e os dados sociais de sua aplicação. Nessa situação, mesmo que escolhido um compatriota para a composição do tribunal arbitral, a garantia da neutralidade pode se dar de outra maneira. Exemplificativamente, o Regulamento de Arbitragem da CCI, em seu art. 13(5), preceitua que, na hipótese de mais de um árbitro a ser designado, o presidente do tribunal arbitral necessariamente deverá ser uma pessoa de diferente nacionalidade das partes¹⁸. Porém, em respeito à autonomia da vontade, o referido regulamento prevê que as partes podem excepcionar a regra e indicar como presidente do tribunal arbitral um nacional delas em face de circunstâncias adequadas que justifique a medida excepcional.

¹⁷ VERÇOSA, Fabiane. A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidade. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 711-732, p. 717.

¹⁸ Art. 13(5). O árbitro único, ou o presidente do tribunal arbitral, deverá ser de nacionalidade diferente das partes. Todavia, em circunstâncias adequadas e desde que nenhuma das partes faça objeção dentro do prazo xado pela Corte, o árbitro único ou o presidente do tribunal arbitral poderá ser do país do qual uma das partes é nacional (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration in several languages**. 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 14 dez. 2015).

2.1.3.3 Exequibilidade

A decisão arbitral é o resultado do processo administrado pelo(s) árbitro(s), onde está sintetizado o convencimento que indica a solução da controvérsia trazida a ele(s). Seus efeitos vinculam as partes que consentiram com a arbitragem, devendo a eles se submeter. Caso voluntariamente não seja cumprida, o interessado poderá provocar o aparato estatal para pedir o cumprimento da decisão arbitral através dos instrumentos de coerção admitidos, exercendo o juiz togado, em favor desse título, os poderes da *coertio* e da *executio* que são exclusivos da jurisdição estatal¹⁹.

A exequibilidade consiste exatamente nessa possibilidade de execução forçada da sentença arbitral. Com efeito, é uma característica da sentença arbitral que, muito mais de tipificá-la, robustece a sua funcionalidade.

Não há muito tempo, as decisões arbitrais careciam da chancela judicial para que só depois pudesse irradiar efeitos jurídicos. Uma vez proferida a sentença arbitral, a parte que perseguisse a sua execução deveria antes apresentá-la ao Judiciário para pedir a sua homologação. Foi somente com a LA em 1996 (art. 31²⁰) que se tornou prescindível essa confirmação do juiz togado, tendo sido os efeitos da sentença arbitral equiparados ao da sentença judicial.

Por outro lado, no plano internacional, quando uma sentença arbitral precise ser invocada em território distinto daquele de sua origem, tornar-se-ão imperiosos o reconhecimento e a homologação dessa sentença pelo Estado em que é invocada, salvo se o tratado de arbitragem tiver estipulado que o laudo definitivo não está condicionado à concessão de *exequatur* como uma sentença estrangeira, mas, sim, equiparado a uma decisão nacional, como o fez o art. 54(1) da Convenção de Washignton de 1965 ao tratar do CIRDI²¹.

¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 106, p. 189-216, abr./jun. 2002, p. 209.

²⁰ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

²¹ Art. 54(1). Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state (Cada Estado Contratante reconhecerá a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a presente Convenção e assegurará a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado. O Estado Contratante que tenha uma constituição federal poderá dar execução à sentença por intermédio dos seus tribunais federais e providenciar para que estes considerem tal sentença como decisão final dos tribunais de um dos Estados federados) (tradução do autor). (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention, Regulations And Rules**. 2016. Disponível em:

É sem dúvida a executividade da sentença arbitral o ponto de maior adversidade para as arbitragens internacionais, notadamente aquelas entre Estados e entre Estado e pessoa privada, pois o sucumbente estatal se esforçará para impedir que os efeitos da sentença arbitral desfavorável o atinjam. A Convenção de Haia de 1907 esclarece em seu art. 37 que a aceitação da arbitragem implica o compromisso de os Estados de se submeter de boa fé à sentença²². Logo, caberá ao sucumbente cumprir voluntariamente o laudo proferido, até porque autonomamente aceitou a forma de solução de controvérsia através de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória.

Por outro lado, em atenção a essa dificuldade da exequibilidade das sentenças arbitrais, notadamente nas arbitragens internacionais, o Regulamento da CPA de 2012, em seu art. 1(2), estipula que o compromisso arbitral firmado por um Estado, entidade governamental ou organização intergovernamental com um particular importará na renúncia à imunidade de jurisdição em respeito ao procedimento arbitral que seja administrado por suas regras²³. Porém, o compromisso arbitral de submissão à CPA não será suficiente para afastar a imunidade de execução que, segundo o mesmo artigo, somente poderá ser abdicada por renúncia explicitamente manifestada, o que reforça a afirmação feita no parágrafo anterior acerca da dificuldade na exequibilidade das sentenças arbitrais em procedimentos que envolvam entes estatais. Logo, à vista das regras da CPA, mesmo que o Estado firme compromisso arbitral para submeter a diferença ao procedimento arbitral, isso não garantirá que a sentença eventualmente proferida poderá ser executada satisfatoriamente.

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>> . Acesso em: 15 mar. 2016).

²² A Convenção de Haia de 1907 foi adotada pelo Brasil através do Decreto n.º 10.719, de 4 de fevereiro de 1914. Assim dispõe o art. 37: A arbitragem internacional tem por objeto a solução de litígios entre os Estados, por juízes de sua escolha, sobre a base do respeito do direito. O recurso à arbitragem implica o reconhecimento de se submeter de boa fé à sentença (BRASIL. Decreto n.º 10.719, de 4 de fevereiro de 1914. Promulga as Convenções, firmadas pelos Plenipotenciários do Brasil na Segunda Conferência da Paz em 1907 na Haya. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1914).

²³ Art. 1(2) Agreement by a State, State-controlled entity, or intergovernmental organization to arbitrate under these Rules with a party that is not a State, State-controlled entity, or intergovernmental organization constitutes a waiver of any right of immunity from jurisdiction in respect of the proceedings relating to the dispute in question to which such party might otherwise be entitled. A waiver of immunity relating to the execution of an arbitral award must be explicitly expressed (Acordo por um Estado, entidade controlada por Estado, ou organização intergovernamental para arbitragem sob estas Regras com uma parte que não seja um Estado, entidade controlada por Estado ou organização intergovernamental constitui uma renúncia de qualquer direito de imunidade de jurisdição em respeito aos procedimentos relativos à disputa em causa para qual tal parte poderia de outra forma ter direito. Uma renúncia de imunidade relativa à execução de um laudo arbitral deve ser explicitamente manifestada) (tradução do autor) (PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration Rules 2012**. 2016. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016).

O reconhecimento e cumprimento de decisões em Estado distinto daquele em que elas foram proferidas representam uma das formas de cooperação jurídica internacional que, nas palavras de Marco Bruno Miranda Clementino²⁴, é conceituada como “assistência que um Estado presta a outro, a fim de possibilitar que este solucione um determinado problema jurídico”. Porém, no exercício de suas soberanias, cada nação pode definir como se dará a aceitação dos efeitos jurídicos das decisões estrangeiras. Com objetivo de promover a cooperação jurídica para a exequibilidade dos laudos arbitrais e harmonizar as regras e procedimentos para a aceitação das decisões arbitrais estrangeiras, foi redigida a Convenção de Nova Iorque em 1958 que, ao longo do tempo, angariou sucessivas adesões, o que evidencia a sua aceitação global.

É em razão da Convenção de Nova Iorque que se pode dizer que as decisões arbitrais podem circular entre variadas jurisdições. Por exemplo, mesmo considerando as abissais diferenças de cultura, distância e idioma, um laudo arbitral proferido no Brasil poderá ser, sem grandes dificuldades, reconhecido e executado na China, uma vez que ambos aceitaram o citado tratado.

Indubitavelmente que um dos mais relevantes contributos da Convenção de Nova Iorque foi dispensar o famigerado duplo *exequatur*. A exigência da dupla homologação representava um estorvo à exequibilidade das decisões arbitrais, já que, por meio dela, tornava-se necessário que, antes de ser solicitado o reconhecimento de um laudo arbitral, este tivesse que primeiramente ser homologado pelo Judiciário de sua origem. Vale dizer, somente poderia ser executado no território estrangeiro o laudo arbitral que tivesse sido homologado na sua origem. Porém, o duplo *exequatur* poderia embaraçar a exequibilidade extraterritorial do laudo arbitral se o Estado de origem dispensava a homologação judicial das decisões arbitrais proferidas em seu território. Como impor a dupla homologação nessa situação ?

É estratégico para o sistema arbitral aprimorar a exequibilidade do pronunciamento do árbitro. Não se concebe adequado negar qualquer efeito jurídico à sentença arbitral, ou ainda multiplicar e elastecer as hipóteses em que se possa questioná-la, banalizando a sua invalidação por qualquer razão frugal.

²⁴ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **A cooperação jurídica internacional em matéria penal-tributária como instrumento de repressão à criminalidade organizada transnacional: Globalização e novos espaços de juridicidade**. 2013. 375 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 22.

2.1.3.3.1 A revisão da sentença na arbitragem internacional

Antes de tornar-se definitiva, a sentença arbitral internacional pode ser desafiada por instrumentos previstos nos compromissos arbitrais ou tratados de arbitragem que podem embaraçar o seu cumprimento por vícios internos ou externos.

De regra, não se contempla a possibilidade de recurso de revisão por meio do qual um outro árbitro ou tribunal possa reapreciar a disputa. Comumente, a jurisdição arbitral se efetiva em única instância. No entanto, é possível que acordos de arbitragem articulem a possibilidade de reexame. O Protocolo de Olivos do Mercosul prevê que da decisão do tribunal arbitral *ad hoc* poderá ser interposto um recurso de revisão ao chamado Tribunal Permanente de Revisão que poderá reanalisar as questões de direito e a interpretação jurídica desenvolvida no laudo (art. 17(1)(2))²⁵. Embora possível um recurso de revisão no marco do Mercosul, deve-se atentar que o instrumento terá sua cognição limitada a questões jurídicas, não podendo reanalisar os fatos debatidos através das provas colacionadas.

Também é possível que se estabeleça a revisão da sentença arbitral internacional através de acordo especial celebrado após o seu pronunciamento, mesmo que não prevista inicialmente esse reexame. Foi o que ocorreu no caso arbitral entre Honduras e Nicarágua sobre uma disputa de fronteira que foi decidida pelo rei da Espanha em 1906²⁶. A Nicarágua contestou a validade e o caráter obrigatório do laudo, gerando novo embate que foi levado à Organização dos Estados Americano. Em 1957, as partes firmaram acordo pelo qual submetia a controvérsia sobre a validade da sentença arbitral à Corte Internacional de Justiça (CIJ). Entre outros pontos de contestação, a Nicarágua questionou a regularidade do compromisso arbitral que legitimou a atuação do rei da Espanha como árbitro, o que constituiria um vício externo da sentença arbitral. Em 1960, a CIJ decidiu que era válida a decisão arbitral, reconhecendo o seu caráter obrigatório e o dever de a Nicarágua cumpri-la. Nesse cenário, pode-se dizer que a CIJ funcionou como uma instância recursal para sindicat vícios que poderiam ter acometido a sentença arbitral internacional.

²⁵ Art. 17. Recurso de Revisão. 1. Qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc ao Tribunal Permanente de Revisão, em prazo não superior a quinze (15) dias a partir da notificação do mesmo. 2. O recurso estará limitado a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc. (BRASIL. Decreto nº 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 fev. 2004).

²⁶ CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL (CEDIN). **Corte Internacional de Justiça: Casos Contenciosos**. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-contenciosos_1958.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

A Convenção de Haia de 1907 formatou um instrumento diferente. Em seu art. 83, o citado diploma estipulou que a sentença arbitral é suscetível de um pedido de revisão pelo qual uma das partes pode levar ao tribunal que redigiu o laudo um fato novo que, se fosse de conhecimento, poderia ter influenciado no convencimento dos árbitros²⁷. Ressalte-se que o pedido de revisão que tem uma motivação vinculada (somente para fato novo) não é julgado por um outro tribunal arbitral, mas pelo mesmo que prolatou a decisão.

O Regulamento da CPA de 2012 disponibiliza aos contendores duas ferramentas de aperfeiçoamento da sentença arbitral. O art. 37 reza que pode ser pedido ao tribunal arbitral que se esclareça a interpretação do laudo. Este seria o pedido de interpretação ou esclarecimento. Por outro lado, caso a sentença arbitral possua algum erro ou omissão material, como incorreções matemáticas ou ortográficas, o art. 38 permite que se requeira ao tribunal arbitral a retificação. Este seria o pedido de correção.

O sistema do CIRDI, além do pedido de interpretação e do pedido de revisão acima vistos, organiza regime de controle de validade de suas sentenças arbitrais, autorizando que se peça a anulação do laudo por fundamentos que se acham esculpidos no art. 52(1) da Convenção de Washington de 1965²⁸. São motivos para a anulação: a) vício na constituição do tribunal; b) manifesto excesso de poder do tribunal; c) corrupção de um membro do tribunal; d) inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou e) vício de fundamentação. Os citados fundamentos se referem a defeitos internos e externos que serão

²⁷ Art. 83. As Partes poderão reservar-se no compromisso a faculdade de pedir a revisão da sentença arbitral. Neste caso, e salva estipulação em contrário, o pedido deve ser dirigido ao Tribunal que tiver proferido a sentença. Não pode ser motivado senão pela descoberta dum facto novo que tivesse podido exercer uma influência decisiva na sentença, e que, na ocasião do encerramento dos debates, fosse desconhecido do próprio Tribunal e da Parte que pede a revisão.

O processo de revisão não poderá ser instaurado, senão por decisão do Tribunal, consignando expressamente a existência do facto novo, reconhecendo-lhe os caracteres previstos pelo parágrafo precedente, e declarando por este título aceitável o pedido.

O compromisso determinará o prazo, dentro do qual o pedido de revisão deverá ser formulado (BRASIL. Decreto n.º 10.719, de 4 de fevereiro de 1914. Promulga as Convenções, firmadas pelos Plenipotenciários do Brasil na Segunda Conferencia da Paz em 1907 na Haya. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1914).

²⁸ Art. 52(1). Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based. (Qualquer das partes poderá pedir por escrito ao secretário-geral a anulação da sentença com base em um ou mais dos seguintes fundamentos: (a) vício na constituição do tribunal; (b) manifesto excesso de poder do tribunal; (c) corrupção de um membro do tribunal; (d) inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou (e) vício de fundamentação) (tradução do autor) (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention, Regulations And Rules**. 2016. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016).

sindicados por um comitê *ad hoc* que, por sua vez, não poderá ser integrado por algum dos árbitros que participou do julgamento em contestação.

2.1.3.4 Celeridade

Quando se aventa que a arbitragem constitui uma “solução” ao assoberbamento ou lentidão do Judiciário, costuma-se apontar como significativa vantagem que a resposta arbitral pode ser adquirida de forma muito mais rápida. Em se tratando de arbitragens internacionais, essa ferramenta pode figurar como a mais adequada em conflitos entre os sujeitos de direito internacional, principalmente por oferecer uma resposta rápida para um conflito que se delonga há algum tempo e que tenha chegado a um ponto de inflexão que se mostre inútil uma composição amigável.

É verdade que os trâmites da arbitragem são mais céleres do que os do processo judicial. No entanto, não é correto pensar que a arbitragem se mostra como o mais adequado remédio à morosidade judiciária, uma vez que se recorre à justiça privada por características outras que tornam a arbitragem mais atrativa à disputa, como, por exemplo, a especialidade do conhecimento dos árbitros escolhidos. Outrossim, a celeridade não é uma qualidade que pode ser definida em parâmetros absolutos. Na verdade, a depender da complexidade dos fatos e fundamentos jurídicos abordados no litígio, pode-se exigir tempo maior para a correta e adequada solução arbitral. Não é impossível que se possa estipular que, num procedimento arbitral, um prazo de três meses para a apresentação de uma manifestação sobre um ponto técnico ou intrincado, sem que se possa reputar demasiadamente dilatado. Num processo judicial, um prazo de três meses para uma manifestação pode ser visto como inconcebível.

Mesmo admitindo a proclamada celeridade, é preciso pontuar que um dos lados do processo arbitral pode se valer de táticas e estratégias para delongar o término do procedimento, inclusive com a possibilidade de esgotar o tempo que tenha sido definido para que se produza a decisão arbitral. Nem mesmo a arbitragem está imune a medidas procrastinatórias. Além do mais, a complexidade da causa pode desqualificar aquelas proclamadas celeridade e menor onerosidade. Pontilha Carlos Alberto Carmona que a arbitragem pode ser demorada, bem como o seu custo pode ser igual ou superior ao do processo estatal²⁹.

²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 833-844, p. 832.

No mundo dos negócios, “tempo é dinheiro”. Assim como a espera prolongada pode significar a bancarrota de uma empresa, os esforços na tentativa de remediar um impasse podem ser racionalizados se se puder dispender o menor tempo possível nesse objetivo. Por esta e outras características variadas, recorre-se ao mecanismo arbitral nos litígios entre empresas que não estejam dispostas a desperdiçar suas energias.

Ainda a respeito da celeridade, oportuno é consignar que, de regra, o procedimento arbitral se dá numa única instância sem que haja a possibilidade de revisão noutra esfera. Assim, a decisão arbitral é final e vinculante uma vez proferida. Ressalve-se que, como o faz o art. 30 da LA³⁰, após o conhecimento da sentença arbitral, pode-se solicitar que seja corrigido erro material ou que seja explicado algum ponto omitido, obscuro, duvidoso ou contraditório.

De qualquer forma, esclareça-se que não se obsta que seja acordada a possibilidade de recurso. Podem os envolvidos, se assim lhes for do interesse, estipular um meio de revisão da decisão arbitral, submetendo-a a uma segunda instância. A título ilustrativo, no âmbito interestatal, pode ser lembrado o sistema do Mercosul que, conforme debatido anteriormente acerca da revisão da sentença arbitral internacional, com o Protocolo de Olivos, promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 4.982, de 9 de fevereiro de 2004, instituiu o Tribunal Permanente de Revisão para o qual, nos termos do art. 17 do referido estatuto, pode ser dirigido recurso de revisão em face dos laudos arbitrais proferidos pelos tribunais *ad hoc* gerenciados pela Secretaria Administrativa do Mercosul os quais funcionariam como uma espécie de “1º grau de jurisdição” arbitral. Lembra ainda Adriana Dreyzin de Klor que, em homenagem à celeridade, o sistema do Mercosul assegura a faculdade de as partes acionarem *per saltum* a jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão³¹. De acordo com o art. 23 do Protocolo de Olivos, frustradas as negociações diretas, as partes podem submeter diretamente o litígio ao Tribunal Permanente de Revisão que

³⁰ Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29.

³¹ KLOR, Adriana Dreyzin de. MERCOSUR. Los laudos arbitrales: una visión prospectiva. **DeCITA – derecho del comercio internacional**: temas y actualidades, Buenos Aires, n. 1, p. 92-109, 2004, p. 96.

atuará como instância única e, com isto, a resposta final poderá ser dada de forma mais rápida.

A singularidade da celeridade arbitral está na definição do calendário para o desenvolvimento do procedimento, vinculando as partes e julgadores ao seu cumprimento estrito. Conforme alertam Yves Derains e Ana Paula Montans, é dever do árbitro provocar as partes a atender os marcos temporais e sancionar condutas dilatórias injustificadas em nome da celeridade³². A duração do rito é estipulada pelas partes que delimitam os marcos temporais dos atos necessários ao resultado final. Assim, o tempo do procedimento arbitral é escolhido pelas próprias partes que deliberam qual a duração razoável. Se ficar convenionado que o rito poderá se delongar por três anos, considerando os prazos para todos os atos possíveis, parece que para as partes aquele intervalo não é delongado demais. Uma vez respeitados pelo árbitro os prazos propostos e tendo aquele conduzido as partes a obedecerem também, a percepção de tempo do procedimento será absorvida como satisfatória e, não, como morosa.

2.1.3.5 Especialidade dos árbitros

O conhecimento humano se ampliou tanto no decorrer das décadas que a especialização se tornou uma necessidade. O conhecimento generalista permite uma compreensão panorâmica, mas a particularização desse conhecimento leva ao domínio e ao aprofundamento do objeto conhecido. A arbitragem permite a especialização da resolução de controvérsias por ser o árbitro apontado pelas partes aquele que, além de idôneo e imparcial, mostre-se mais apto a oferecer uma resposta.

A ideia do “juiz natural” teve sua importância na consolidação da jurisdição estatal, alcançando o *status* de princípio constitucional. Não por menos, o mencionado princípio constitucional figura em numerosas constituições modernas como garantia da imparcialidade daquele que irá exercer a função da jurisdição soberana³³. Ao invés do juiz de exceção, o julgador do litígio será aquele que foi definido antes mesmo do surgimento da lide. A arbitragem funciona de forma diferente. O árbitro é selecionado pelas partes. Essa

³² DERAINS, Yves; MONTANS, Ana Paula. Os Princípios da Lealdade, Celeridade e Confidencialidade Codificados pelo Novo Decreto Francês de Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 32, p.30-47, out./dez. 2011, p. 38.

³³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, v. 21, 2000, p. 65.

escolha pode se dar antes do nascimento da controvérsia. Porém, o vantajoso no procedimento arbitral é que, diferentemente da regra do processo judicial, a designação do árbitro possa se dar após o litígio. Pode ser mais interessante que a eleição do árbitro se realize após a eclosão da contenda, pois, a depender das peculiaridades dessa disputa, a sua solução poderá exigir conhecimentos especializados que recomendarão a seleção de expertos que tenham aprofundado a sua formação num dado campo do saber. Por exemplo, numa disputa societária, é aconselhável que se opte por uma pessoa para quem a temática não seja totalmente estranha.

Aliás, pondere-se que, apesar de ser comum a indicação de pessoas com formação jurídica, não é impossível a seleção de árbitro com outros conhecimentos, como engenheiros, contadores e economistas. Em tribunais arbitrais, pode-se mostrar útil que do seu corpo participe um árbitro com *expertise* que guarde íntima relação com a natureza do litígio, mesmo que não seja um jurista. Nesse quadro, o árbitro poderá contribuir para a decisão, trazendo considerações que explicarão os fatos debatidos com maior clareza e precisão.

Apesar do valor desse atributo, há que se sublinhar que a especialidade pode vir a ser diminuída em razão de outra característica, a saber, a neutralidade. Explicitou-se alhures que a neutralidade, notadamente quando as partes possuem nacionalidades diferentes, pode vir a ser assegurada com a indicação de árbitro que seja um estrangeiro para elas. No entanto, a busca dessa neutralidade pode importar na rejeição de *experts* que poderiam estar mais habilitados a equacionar a disputa. Carlos Alberto Carmona delinea a hipótese de uma arbitragem transnacional entre uma empresa norte-americana e outra brasileira com a eleição de um árbitro belga para presidir o procedimento e com a indicação da legislação brasileira como norma aplicável³⁴. Formula, então, o estudioso as seguintes indagações: a) admitindo que conhecer a lei brasileira é mais do que ter acesso aos textos legais, mas também a jurisprudência, a doutrina e outras fontes, o árbitro belga poderia atender as expectativas de aplicar corretamente o direito brasileiro ? b) ainda que viesse a ser pactuado que o idioma do procedimento fosse o inglês, não seria conveniente exigir do árbitro o domínio da língua portuguesa ? Esses questionamentos descortinam que a neutralidade não pode ser encarada como valor absoluto. Ela deve ser contrabalanceada por outras características.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 681-698, p. 694.

2.1.3.6 Confidencialidade

É possível que o procedimento arbitral se desenvolva de forma sigilosa para afastá-lo dos olhos e ouvidos curiosos. A confidencialidade pode ser acordada, vinculando as partes a um dever de resguardar o sigilo dos debates, informações e conclusões de um procedimento.

Porém, nem todo processo arbitral é conduzido sob o manto do segredo. Não é a confidencialidade uma qualidade essencial da arbitragem³⁵, embora se possa afirmar que comumente os envolvidos estipulam o dever de sigilo, notadamente nas arbitragens internacionais. É o que se constata no âmbito das arbitragens administradas pela CCI que, no art. 22(3) de seu Regulamento³⁶, prevê a possibilidade de adotar medidas com o fim de resguardar o sigilo do procedimento caso qualquer das partes requeira.

A confidencialidade também não é uma característica exclusiva da arbitragem. Nas relações internacionais, há sistemas de solução de controvérsias que impõem o crivo do sigilo sobre os seus mecanismos. Exemplo é o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC). Durante as consultas entre Estados membros da OMC, ou seja, na fase inicial da tentativa de composição amigável, é fixado que o diálogo entre os Estados membros deverá ser executado de forma confidencial (art. 4(6) do Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC³⁷). Nessa mesma linha se estipula que as deliberações do grupo especial (art. 14) e os trabalhos do Órgão de Apelação (art. 17(10) do Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC³⁸) serão confidenciais.

Oportuno esclarecer que a confidencialidade do sistema tem uma razão. Como se poderia pensar apressadamente, a confidencialidade não é posta apenas como uma garantia de imparcialidade do árbitro. Não é incomum que sejam tratadas em arbitragens disputas

³⁵ BATISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. **V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial: intervenções**. Lisboa: Almedina, 2012, p. 197.

³⁶ Artigo. 22. Condução da arbitragem [...] Mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral ou de qualquer outro assunto relacionado à arbitragem e poderá adotar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration in several languages**. 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 14 dez. 2015)

³⁷ Artigo 4. Consulta [...] 6. As consultas deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de qualquer Membro em quaisquer procedimentos posteriores.

³⁸ Artigo 17. Apelação [...]10. Os trabalhos do órgão de Apelação serão confidenciais. Os relatórios do órgão de Apelação serão redigidos sem a presença das partes em controvérsia e à luz das informações recebidas e das declarações apresentadas.

que envolvam segredos industriais, propriedades intelectuais³⁹, direitos societários, mercados de capitais e estratégias empresariais. Se foram incluídas as arbitragens interestatais que versem sobre políticas econômicas desenvolvidas por Estados, também se pode perceber a pertinência de resguardar o sigilo das informações oferecidas e confrontadas. No instante em que se inicia o procedimento arbitral, cada parte buscará defender suas posições, discorrendo sobre suas ações para convencer que elas não contrariam as regras jurídicas que deveriam ser observadas. É neste ponto que táticas, métodos e planos poderão ser evidenciados, quando, em outra situação, permaneceriam velados. Nesse contexto, não se entende despropositado que se imponha a confidencialidade.

Em reforço à afirmação de que a confidencialidade não é um atributo essencial, há que se consignar que a LA não impinge um dever de sigilo geral, abrindo espaço para que se possa acordar sobre o assunto. Com efeito, a LA, em seu art. 13, § 6º, apenas preceitua que os árbitros deverão desempenhar seu mister com discrição sem fazer menção a um possível dever de confidencialidade.

Noutra banda, a característica da confidencialidade pode se mostrar conflituosa. Já se apontou em parágrafo anterior que não é incomum resguardar o sigilo de arbitragens no mercado de capitais. Todavia, a informação sobre a existência de uma demanda arbitral que possam perturbar a saúde financeira de uma companhia pode não ser de interesse apenas dos envolvidos no procedimento. Com efeito, pode se tornar relevante a um grupo de acionistas e investidores o conhecimento sobre o resultado daquela disputa, o que daria fundamento a uma exigência de transparência que obrigaria a relativização de eventual segredo acordado. Essa exigência se traduziria, consoante descreve Daniel Andrade Lévy, num dever de *full disclosure* que teria por substrato normas de ordem pública que visam tutelar a transparência do mercado⁴⁰. Nesse embate entre o dever de *full disclosure* e a confidencialidade da solução arbitral, complementa Daniel Andrade Lévy que a transparência deve prevalecer até o ponto em que a divulgação de dados ou informações do procedimento poderão afetar as partes e não terá qualquer utilidade ou relevância para o mercado. Deveras que não é fácil identificar esse limite.

³⁹ Sobre a confidencialidade nas arbitragens em propriedade intelectual, Pedro Eichin-Amaral lembra que é difícil “[...] imaginar um contrato de propriedade intelectual que não envolva o fornecimento de informações confidenciais, sendo esta obrigação presente em todos os contratos do gênero de forma explícita ou implícita” (EICHIN-AMARAL, Pedro. Arbitragem Internacional em Propriedade Intelectual. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 7-23, jan./mar. 2007, p. 20).

⁴⁰ LEVY, Daniel Andrade. Aspectos Polêmicos de Arbitragem no Mercado de Capitais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 7, n. 27, p. 7-37, jul./set. 2010, p. 32.

2.1.3.7 Flexibilidade

Por ser um mecanismo aberto à autonomia da vontade, a arbitragem possibilita às partes a customização do procedimento de forma a melhor satisfazer o interesse delas, ainda que para tanto se adote um conjunto de regras já institucionalizadas por alguma organização. É uma ferramenta adaptada à conveniência dos envolvidos como se fosse uma modalidade de “justiça privada sob medida”.

A flexibilidade é, sem sombra de dúvida, uma característica que notabiliza a arbitragem, atraindo aqueles que buscam um expediente moldável à natureza da causa debatida e às necessidades circunstanciais. Não é um mecanismo rígido, imperativo e formal. Da mesma forma que o processo judicial deve ser pensado enquanto instrumento para a tutela do direito material, o processo arbitral pode ser desenhado em atenção às características da relação jurídica que une as partes com a diferença de que seus parâmetros não estão rigidamente pré-definidos num estatuto soberano e cogente.

É engano pensar que, em razão dessa flexibilidade, a arbitragem seja anárquica, desordenada, sem qualquer regra ou parâmetro. Na verdade, o processo arbitral tem sua base na autonomia da vontade. Logo, é consectário lógico desse fundamento que o processo pode ser flexibilizado de acordo com a liberdade que é reconhecida aos envolvidos.

Esclarece Marcos André Franco Montoro⁴¹ que a flexibilidade arbitral se dá em dois aspectos. Numa primeira vertente, a flexibilidade diz respeito à possibilidade de criação de regras procedimentais antes da instituição da arbitragem ou do início do processo. Exemplificando, podem as partes definir no compromisso arbitral a nacionalidade dos árbitros que ainda não foram escolhidos, mas já delimitando esse ponto. Num segundo aspecto, a flexibilidade se relaciona com a possibilidade de adaptação das regras já definidas, modificando-as por terem se mostrado inadequadas ao caso concreto após a instituição da arbitragem, como, por exemplo, a alteração de prazo para a manifestação de prova pericial por terem as partes e os árbitros percebido que o interstício originalmente adotado para esse ato não é suficiente para o exercício da faculdade pelos envolvidos em razão da complexidade das conclusões do experto.

⁴¹ MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 71-72.

Não obstante, a abertura para a criação e adaptação não pode ser lida como um espaço de ilimitada discricionariedade. A liberdade conferida pela flexibilidade conhece restrições. Não se objetiva neste momento aprofundar e minudenciar essas limitações. Todavia, é apropriado defender, assim como o faz Marcos André Franco Montoro⁴² para as arbitragens internas, que essas limitações podem ser divididas em quatro grupos: a) respeito aos bons costumes e à ordem pública; b) garantias do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento; c) regras cogentes da legislação nacional; d) observância de princípios processuais constitucionais.

É certo que os sujeitos de direito internacional dispõem de larga autonomia para regularem o procedimento de uma arbitragem que tenha sido concertada por eles, não podendo ser impostas a eles regras de legislações nacionais. No entanto, isso não quer dizer que eles podem ordenar o rito arbitral sem observar qualquer critério mínimo que possa qualificar como devido e justo o procedimento. Traduzindo aquelas restrições do parágrafo anterior para a arbitragem internacional, é possível identificar como limites à flexibilidade arbitral para essa modalidade arbitral os seguintes parâmetros: a) respeito à ordem pública internacional; e b) garantias do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento. Seria ilegítima uma arbitragem *ad hoc* – sobre a qual se falará na próxima seção –, cujo procedimento viesse a ser regulamentado pelas partes para admitir o julgamento de uma disputa sem que uma das partes não pudesse tomar conhecimento das alegações e provas da outra.

Na própria LA, são encontradas algumas dessas contenções para as arbitragens desenvolvidas no Brasil, como se pode ver nos arts. 2º, § 1º e 21, § 2º. No primeiro dispositivo, delimita-se que, embora as partes possam optar pelas regras de direitos que serão aplicáveis ao processo arbitral, os parâmetros escolhidos não poderão violar os bons costumes e a ordem pública. Noutra ponta, o segundo artigo mencionado, inspirado pela ideia da força normativa dos princípios constitucionais que formatam um modelo de processo constitucional, prescreve que o procedimento arbitral deve se curvar aos princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade e do livre convencimento.

Um problema que emerge desse enquadramento da flexibilidade está na perigosa tendência à processualização da arbitragem. Já ficou claro que o recurso à arbitragem é eleito pelas partes, pois elas buscam um mecanismo diferente. Desejam uma ferramenta mais ágil,

⁴² MONTORO, Marcos André Franco. Op. cit., p. 134-135.

mais técnica e menos burocrática. Na medida em que a positivação de regras cogentes e intransigíveis se impõe ao procedimento, mais a arbitragem se desnatura e se aproxima da jurisdição estatal.

De forma incisiva, Carlos Alberto Carmona adverte que a jurisdicionalização da arbitragem é um bem, ao passo que a processualização é um mal que precisa ser combatido⁴³, notadamente pelo árbitro que não pode se deixar influenciar pelos advogados das partes os quais, por vezes, ainda se acham presos ao funcionamento do processo judicial e não conseguem perceber que o procedimento arbitral foi eleito como uma alternativa ao processo judicial. É verdade que alguns princípios processuais, especialmente de estatura universal, devem se observados para que o processo arbitral possa ser qualificado como justo e, com isto, possa ter seus efeitos reconhecidos como jurídicos. Nesse sentido, a jurisdicionalização da arbitragem é essencial. Porém, deve-se evitar a tentação de invocar dispositivos diversos contidos no Código de Processo Civil, como se eles fossem necessariamente impositivos ao procedimento arbitral interno, inclusive preterindo as regras de estatuto arbitral que tenha sido escolhido para guiar o rito. Aqui está o risco da processualização irrefletida. As questões procedimentais arbitrais devem ser raciocinadas dentro dos quadrantes da própria arbitragem e, não, à luz das características e modelos do processo judicial.

2.2 MODALIDADES DE ARBITRAGEM

Classificar é um ato arbitrário de rotular as coisas. A depender do critério escolhido, podem ser construídas inúmeras classificações sem que se afira a real utilidade dessas sucessivas estratificações.

Apesar disso, pretende-se aqui apenas listar e caracterizar algumas das formas que a arbitragem pode assumir para que se possa melhor apreender como esse instituto pode ser utilizado. Mesmo que se repute arbitrário, não se pode negar por completo o caráter didático de classificar os institutos jurídicos.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro, p. 687.

2.2.1 Arbitragem de direito e de equidade

As regras a serem aplicadas pelo árbitro para a resolução da causa trazida a ele não necessariamente devem provir de um Estado. Vale dizer, as normas aplicáveis ao mérito de uma arbitragem não precisam estar contidas numa lei positiva ou num tratado.

Em verdade, as partes podem estabelecer que o caso seja apreciado a partir de outras fontes, como os costumes, os usos do comércio, os princípios gerais de direito e a equidade. É nesse sentido que disciplina o art. 2º, *caput*, da LA ao prescrever que a arbitragem, conforme o estabelecido pelas partes, pode ser de direito ou de equidade.

A depender do critério de julgamento escolhido pelas partes, a arbitragem, portanto, pode ser *ex jure stricto* ou *ex aequo et bono*.

A arbitragem de direito é aquela para a qual foi eleito um conjunto normativo específico que deverá ser aplicado pelo árbitro à semelhança de um juiz. As regras de direito a serem aplicadas podem ser normas positivas de um Estado, regras materiais de um tratado ou parâmetros regulatórios de origem não estatal que hoje são identificados como regras de direito transnacional. Como exemplo dessas últimas podem ser citados os princípios gerais do direito reconhecidos por organizações internacionais, como aqueles preconizados pela *United Nations on International Trade Law* (UNCITRAL), os quais são comumente utilizados por árbitros internacionais sob o título de *lexcontractus*⁴⁴.

Na arbitragem *ex jure stricto*, o árbitro fica obrigado a aplicar a lei escolhida, interpretando-a. Porém, deve ser salientado que o árbitro não é um representante do Estado que editou a lei aplicável. Logo, ele conta com uma maior liberdade para aplicar a lei ao caso concreto, não ficando preso à força dos precedentes de tribunais que verticalizam a interpretação do direito na jurisdição estatal.

A arbitragem de equidade é aquela em que o árbitro adotará como critério de julgamento parâmetros que ele repute justos para a solução de demanda. Não estará adstrito a regras inflexíveis e imperativas. Poderá o árbitro adaptar o direito positivo, ajustando-o ao caso segundo a representação de que ele tenha como adequado, proporcional e razoável. A equidade se fundamenta na ideia da justiça do caso concreto, independentemente do direito posto.

⁴⁴ CARREAU, Dominique. Mondialisation et Transnationalisation du Droit International. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2006, p. 167-205, p. 180.

É mais comum a estipulação de arbitragem de equidade quando em causa conflitos de natureza política. Na Guerra do Chaco travada entre Bolívia e Paraguai, foi concluído tratado entre esses dois países em 21 de junho de 1938 para submeter conflito sobre suas fronteiras à arbitragem internacional. Foram eleitos como árbitros os Presidentes dos Estados Unidos, da Argentina, do Brasil, do Peru e do Uruguai, tendo sido regulamentado que a decisão deveria ser dada por julgamento *ex aequo et bono*. A sentença arbitral foi proferida pelos citados árbitros internacionais sem que fossem feitas referências e considerações jurídicas. Não obstante, a solução arbitral foi pacificamente aceita e cumprida por aquelas partes⁴⁵.

Sem dúvida que a arbitragem *ex aequo et bono* confere um maior espaço decisório ao árbitro, o que refletirá numa maior imprevisibilidade da sentença. A ideia do justo e do bom que está na base do elástico conceito de equidade torna vaga a aplicação desse critério de julgamento. Não obstante, isso não quer dizer que a decisão de equidade deva ser fruto da consciência interna do árbitro sem qualquer motivação que permita às partes conhecer as razões que o levaram a pender por um sentido. Podem ser utilizados como fundamentação da equidade normas técnicas, práticas e outros parâmetros que confirmam credibilidade ao raciocínio desenvolvido para se chegar ao justo do caso concreto. De qualquer forma, convém reconhecer que a aplicação da equidade importa na desvinculação às normas jurídicas estritas que poderiam se impor ao caso. Esse é o valor prático da equidade. Quando os envolvidos pretendem uma solução para a diferença que não esteja limitada a regras positivadas, pré-definidas e genéricas, à arbitragem de equidade podem recorrer.

Aliás, o valor prático da equidade, como evidenciado no parágrafo anterior, justifica que se conceba que esse critério de julgamento seja abordado de forma diferente na arbitragem doméstica e na arbitragem internacional. Nesta última, fica mais claro que o árbitro não pertence a uma ordem jurídica nacional, nem está obrigado a aplicar a lei de sua nacionalidade. Por consequência, a equidade encontra terreno fértil na arbitragem internacional para ser utilizada sem restrições e imposições que soberanamente podem se impor numa arbitragem doméstica presa a uma órbita nacional. De qualquer forma, como lembra ilustrativamente o 35(2) do Regulamento da CPA de 2012 ao versar sobre o direito

⁴⁵ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 378

aplicável ao mérito da diferença, o julgamento *ex aequo et bono* somente será possível se expressamente desejado pelas partes⁴⁶.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a equidade, além de critério para julgamento, pode servir como técnica de interpretação do direito. Nessa função, a equidade guiará a aplicação das normas jurídicas de forma equitativa pelos árbitros. Mesmo numa arbitragem de direito, o árbitro deverá estar atento ao resultado da aplicação das normas adequadas ao caso. E, neste ponto se identifica uma diferença em a equidade como parâmetro de julgamento e como técnica de interpretação. Enquanto no primeiro sentido o árbitro somente poderá se utilizar da equidade quando expressamente previsto pelas partes, a equidade como bússola interpretativa deverá guiar o árbitro a todo tempo.

Dominique Carreau e Jahyr-Philippe Bichara recordam interessante caso arbitral que confirma que a equidade, enquanto técnica de interpretação, deve estar sempre presente, mesmo que a ela não se refiram as partes. A Grã-Bretanha e os Estados Unidos se envolveram em procedimento arbitral no qual aquela intercedeu em favor dos índios Cayugas que, durante a revolução americana, tinham emigrado para o Canadá, deixando suas terras no Estado de Nova Iorque. Precedentemente, o Estado de Nova Iorque havia firmado tratado em que se fixaram indenizações para os índios Cayugas que, prejudicados pelos conflitos da revolução americana, tinham permanecido em Nova Iorque. Situação diferente seria para os índios Cayugas que migraram para o Canadá, pois não atendiam condição específica estipulada (ter permanecido em Nova Iorque) naquele tratado para o recebimento da justa indenização. O tribunal arbitral instituído por iniciativa da Grã-Bretanha em representação daqueles índios Cayugas do Canadá concluiu, com base na equidade como regra interpretativa, que aqueles indígenas não poderiam ser excluídos da indenização, uma vez que a aplicação estrita e literal do referido tratado levaria a um resultado inequitativo⁴⁷. Logo, é de admitir que os árbitros, com o filtro da equidade, decidiram conceder a compensação acordada sem se apegar à literalidade da regra de direito, mas à sua substância.

⁴⁶ Art. 35(2) The arbitral tribunal shall decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono* only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so (O tribunal arbitral decidirá como *amiable compositeur* ou *ex aequo et bono* somente se as partes autorizaram expressamente o tribunal a atuarem dessa maneira) (tradução do autor) (PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration Rules 2012**. 2016. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016)

⁴⁷ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. Op. cit., p. 380-381.

2.2.1.1 Pode o árbitro deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional por ele ?

Mesmo que não possa ser visto como agente político que esteja a exercer parcela da soberania, questão intrigante é indagar se o árbitro poderia deixar de aplicar uma norma positiva da legislação aplicável por reputar que ela seja inconstitucional. A indagação pode se mostrar embaraçosa num primeiro instante, já que o árbitro não estaria obrigado a resguardar a integridade da ordem constitucional na qual se insere a lei escolhida para a resolução do mérito.

Pensa-se que, se for a hipótese de uma arbitragem de direito, o árbitro pode deixar de aplicar uma lei enquadrada como inconstitucional, uma vez que o seu parâmetro de julgamento não é apenas a lei inconstitucional, mas todo o ordenamento jurídico em que inserida aquela lei, onde também estão incluídas as normas constitucionais. Na ordem jurídica brasileira, o art. 2º. § 1º, da LA propiciou a liberdade de escolha das regras de direito aplicáveis, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública. Não é descabido entender que, no conceito de ordem pública, encontram-se preceitos constitucionais fundamentais.

Assim, o árbitro poderia deixar de aplicar a norma apontada pelas partes por entender que ela desrespeita a ordem pública no sentido de não se mostrar compatível com as normas constitucionais fundamentais. Até mesmo se as partes tiverem acertado que ao mérito da disputa deve ser aplicada lei estrangeira, pode o árbitro recusar a aplicação dessa lei sob o argumento de que ela diverge de preceitos constitucionais fundamentais⁴⁸. Ressalva, todavia, Manuel Pereira Barrocas que, num julgamento *ex jure stricto*, o árbitro não pode desprezar uma lei apenas com fundamento de que ela seria injusta⁴⁹. O juízo sobre a justiça ou injustiça do parâmetro normativo escolhido somente faz sentido numa arbitragem de equidade sobre a qual se passará a discorrer.

2.2.2 Arbitragem *ad hoc* e institucional

A constituição da arbitragem pode se dar por iniciativa, definição e administração exclusiva das partes ou com a assistência de centro ou instituição que se incumbirá de

⁴⁸ TIBÚRCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, mai./ago. 2014, p. 184.

⁴⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**, p. 669.

organizar e gerir todo o procedimento. A primeira forma é chamada de arbitragem *ad hoc*, ao passo que a segunda é conhecida como arbitragem institucionalizada ou administrada.

2.2.2.1 A arbitragem *ad hoc* e suas vicissitudes

A arbitragem *ad hoc* confirma a característica de flexibilidade. Os envolvidos desenham e comandam o procedimento arbitral, adequando-o às suas necessidades. Caberá ao árbitro tomar todas as medidas necessárias ao bom e regular processamento da arbitragem, segundo o consentimento dado pelas partes. Não é incomum nesses casos que o árbitro busque a nomeação de um secretário ou assistente que se encarregará das atividades administrativas.

Vários são os pontos que devem ser acertados numa arbitragem *ad hoc*. Exemplificativamente, podem ser definidos os seguintes aspectos: a) a escolha do direito aplicável ao mérito da controvérsia; b) o número de árbitros; c) a sede da arbitragem; d) a forma de escolha dos árbitros; e) o modo de substituição desses árbitros; f) a definição do presidente do tribunal arbitral; g) o rito do processo; h) os meios de prova admitidos; i) os prazos para os atos procedimentais; j) o idioma a ser utilizado; k) a remuneração dos árbitros; l) a possibilidade de recurso de revisão; m) a distribuição dos encargos do processo. Nem todos esses pontos devem estar consolidados previamente. O essencial é que se estabeleçam claramente na convenção de arbitragem a concordância das partes com o mecanismo e as controvérsias que deverão ser resolvidas.

O consentimento das partes quanto ao recurso à arbitragem dá substância ao que se convencionou chamar de convenção de arbitragem. Quando esta última é acertada antes mesmo do surgimento do litígio, fala-se em cláusula compromissória. Em sendo insuficiente a cláusula compromissória para a instituição da arbitragem em face de uma controvérsia já estabelecida, as partes deverão firmar novo acerto que é chamado de compromisso arbitral para ordenar os aspectos necessários ao início do processo arbitral. A cláusula compromissória define que futuras disputas serão enfrentadas através da ferramenta escolhida, ao passo que o compromisso arbitral estabelece como uma disputa já existente será resolvida⁵⁰. Na verdade, o compromisso arbitral pode ser entabulado ainda que inexistente a cláusula compromissória, diferenciando-se dessa última, como enaltecido, por

⁵⁰ TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, p. 521-566, mar 2015, p. 521.

ser celebrado quando já consolidado o litígio. De forma simples, a cláusula compromissória é firmada para futuras disputas, ao passo que o compromisso arbitral é concluído para litígio já instaurado.

No que se referente à arbitragem internacional com Estados e organizações internacionais, a diferenciação entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória se dá com outros contornos. O recurso à arbitragem internacional com Estados e organizações internacionais é fixada em tratado que pode ser multilateral ou bilateral, formalizando o chamado compromisso arbitral. Este pode ser firmado tanto antes ou depois de um conflito específico. Pode o compromisso arbitral estar contido num tratado especificamente celebrado para definir a instância arbitral ou em acordo que, ao disciplinar relações jurídicas em matérias determinadas, pode indicar como instrumento de resolução de controvérsia a arbitragem internacional. O interessante é notar que, uma vez firmado o compromisso arbitral com base em tratado de caráter permanente, torna-se obrigatório o recurso à arbitragem. Exemplo de compromisso arbitral bilateral é encontrado no já citado caso entre Bolívia e Paraguai na Guerra do Chaco. Como compromisso arbitral multilateral pode ser citado o Pacto de Bogotá de 1948⁵¹ que, em seus arts. 35 e 38, prevê o recurso à arbitragem no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) como forma de implementar a obrigação geral de resolver as controvérsias por meios pacíficos.

Por outro lado, a cláusula compromissória, na visão de Dominique Carreau e Jahyr-Philippe Bichara, seria a disposição contida em contrato internacional celebrada entre um Estado ou organização internacional e um particular⁵², podendo essa cláusula compromissória estar amparada por um tratado quadro celebrado por aquele Estado ou organização internacional e pelo Estado de nacionalidade do particular. Observa-se que a cláusula compromissória fornece um fundamento de natureza contratual para essa modalidade de arbitragem que, como se verá mais a frente, é qualificada de mista. Por sua vez, aquele acordo quadro pode ser multilateral ou bilateral, como o são, respectivamente, a Convenção de Washington de 1965 e os tratados bilaterais de investimentos. De uma forma diferente Celso Duvivier de Albuquerque Mello encara a cláusula compromissória,

⁵¹ O Brasil promulgou o Pacto de Bogotá de 1938 (Tratado Americano de Soluções Pacíficas) através do Decreto n.º 57.785, de 11 de fevereiro de 1966.

⁵² CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. Op. cit., p. 686-688.

escrevendo que ela seria a disposição específica contida num tratado geral por meio da qual se estabeleceria a utilização da arbitragem⁵³.

É de ver também que, a depender da extensão da regulação previamente estabelecida, a cláusula compromissória – ou o compromisso arbitral nas arbitragens internacionais – pode adquirir duas feições: cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia. Caso a cláusula compromissória se mostre compreensiva, minudenciando o procedimento arbitral a ser observado e tantos outros aspectos de interesse das partes, ou já definindo uma instituição para administrar o processo com aplicação do regulamento editado por ela, ter-se-á a convenção de arbitragem cheia. Por outro lado, na hipótese de a cláusula compromissória apenas se limitar a designar que eventual litígio será solucionado pela arbitragem sem oferecer regramento mais preciso como se instituirá o mecanismo, então se terá a cláusula compromissória vazia⁵⁴.

Mesmo que a arbitragem *ad hoc* não tenha sido exaustivamente ordenada de antemão na cláusula compromissória (cláusula compromissória vazia), as partes poderão suprir as lacunas no compromisso arbitral ou poderão os árbitros formatar alguns aspectos que tenham passado despercebidos. Também poderão auxiliar os tribunais estatais, colaborando com a jurisdição arbitral. É o que se verifica com a LA que, em seu art. 7º, reza que, não se chegando a um consenso sobre os termos da arbitragem, poderá o Judiciário estatuir e modelar o procedimento em complemento à cláusula compromissória, valendo a sentença como compromisso arbitral.

2.2.2.2 A consolidação da arbitragem institucional

A arbitragem institucionalizada, quanto à indefinição do processo arbitral, mostra-se mais vantajosa.

Além de contarem as partes com o apoio de um centro especializado livremente escolhido por elas, as regras e detalhes do processo arbitral podem ser ordenados pela adesão delas a regulamento que tenha sido elaborado por aquele centro. Nesse regulamento, poderão ser encontradas prescrições sobre diversos aspectos da arbitragem, abarcando possíveis e comuns incidentes que digam respeito à lei aplicável ao fundo da controvérsia, à relutância

⁵³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 2, p. 1275.

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, p. 16-17.

na designação de árbitro por uma das partes e à possibilidade de recurso em face da sentença arbitral.

Alguns desses regulamentos são bastante respeitados, como é o caso do Regulamento da CCI⁵⁵ que se sobressai por ter um conjunto normativo consolidado ao longo da larga experiência no campo das arbitragens comerciais internacionais⁵⁶. Mesmo que o procedimento não seja conduzido pela CCI, é possível que as partes estipulem que um específico processo arbitral – uma arbitragem *ad hoc* – siga o rito do Regulamento da CCI.

Outro estatuto relevante é o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*)⁵⁷. Embora seja bastante invocado o referido corpo normativo, importa esclarecer que a UNCITRAL não funciona como um centro de arbitragem, isto é, não conduz ou administra arbitragens institucionais. A UNCITRAL faz parte da estrutura das Nações Unidas no campo do direito comercial internacional, dedicando-se à modernização e à harmonização das regras das transações comerciais. Não é de sua finalidade administrar arbitragens transnacionais, oferecendo lista de árbitros ou suporte para a constituição de tribunal arbitral e para o desenvolvimento de procedimento arbitral, assim como o faz a CCI ou a CPA. No corpo dessa comissão, há grupo especializado para o tema da arbitragem e da conciliação, cujos trabalhos redundaram na redação do referido Regulamento de Arbitragem e da conhecida Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional. Aliás, de bom alvitre é diferenciar esses dois documentos. O primeiro – o Regulamento – constitui um conjunto de regras que pode ser escolhido para regulamentar uma arbitragem internacional. Ao invés de as partes definirem todas as normas de uma arbitragem, elas podem simplesmente estipularem que a ferramenta será disciplinada pelos preceitos do reportado regulamento. A Lei-Modelo, a seu turno, conforma diploma que, consoante revela seu próprio nome, serve de paradigma, de modelo para que os Estados

⁵⁵ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration in several languages**. 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

⁵⁶ GUERRERO, Luís Fernando; NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo Silva. O Brasil como sede de arbitragens internacionais: a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 32, p. 120-158, jul. 2012, p. 132.

⁵⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Arbitration Rules**. 2015. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>. Acesso em: 15 dez. 2015.

possam nele se inspirar e possam regulamentar internamente o instituto da arbitragem, harmonizando assim as legislações locais com parâmetros ditos modernos.

Adequado sublinhar que o centro ou instituição na arbitragem administrada tem por missão gerenciar e secretariar o andamento do procedimento. Porém, não é sua função conhecer e julgar o litígio. Esta última é atribuição do árbitro ou do tribunal arbitral. A instituição se responsabilizará pela condução do processo arbitral de acordo com o regulamento, fornecendo o apoio necessário para que se ultime o procedimento. É o que prescreve o art. 1(2) do Regulamento de Arbitragem da CCI ao expressar que a Corte Internacional de Arbitragem – órgão da CCI – não soluciona os litígios, competindo-lhe administrar a resolução de litígios por tribunais arbitrais de acordo com as regras daquele regulamento⁵⁸.

Em oportuno, explique-se que, mesmo que se escolha observar a aplicação das regras previamente redigidas no regulamento do centro de arbitragem, ainda haverá espaço na arbitragem institucional para as partes regularem livremente alguns aspectos. Não é incomum os regulamentos das instituições arbitrais utilizarem redações abertas ou deixarem à discricionariedade dos envolvidos determinados pontos do procedimento. Novamente se socorrendo do Regulamento de Arbitragem da CCI, calha destacar que, consoante reza o art. 38(1), nos procedimentos ordenado por esse corpo normativo, as partes podem concordar em reduzir os prazos regulamentares.

2.2.2.2.1 Alguns centros de arbitragens

Mundialmente, alguns centros de arbitragem se destacaram na função de gerir processos arbitrais.

⁵⁸ Art. 1(2). A Corte não soluciona ela própria os litígios. Compete-lhe administrar a resolução de litígios por tribunais arbitrais, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI (o “Regulamento”). A Corte é o único órgão autorizado a administrar arbitragens submetidas ao Regulamento, incluindo o exame prévio e aprovação de sentenças arbitrais proferidas de acordo com o Regulamento. Compete à Corte aprovar o seu próprio regulamento interno, previsto no Apêndice II (o “Regulamento Interno”) (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration in several languages**. 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 14 dez. 2015).

Dentre esses, podem ser lembradas a Corte Internacional de Arbitragem da CCI em Paris, a *American Arbitration Association* (AAA) sediada em Nova Iorque e a *London Court of International Arbitration* (LCIA)⁵⁹.

Na arbitragem interestatal, imperioso frisar a atuação da CPA⁶⁰ que já foi reportada alhures, embora, nos dias atuais, após a reforma no seu regulamento, a sua jurisdição pode ser provocada não apenas por Estados, mas também por organizações internacionais e entidades privadas.

No Brasil, podem ser lembrados o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio do Brasil-Canadá e a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Ciesp/Fiesp⁶¹.

Serão abordados alguns desses centros de arbitragens mais detalhadamente em capítulo a frente.

2.2.2.3 Qual forma é ideal: *ad hoc* ou institucional ?

Num primeiro instante, pode-se imaginar que a arbitragem administrada seria mais vantajosa do que a arbitragem *ad hoc*.

É verdade que a arbitragem institucional poderá oferecer maior previsibilidade e segurança, podendo auxiliar as partes quando do surgimento de incidentes sem que se faça necessário a intervenção do Judiciário. Por outro lado, a arbitragem *ad hoc* pode ser menos onerosa, já que as despesas e os honorários dos árbitros podem ser negociados com maior liberdade. Outrossim, a arbitragem *ad hoc* pode oferecer um maior grau de confidencialidade, visto que o centro de arbitragem pode adotar uma política de transparência para dar maior credibilidade aos seus trabalhos.

Nesse sentido, consoante concluem Mariana Cattel Gomes Alves e Adriane Nakagawa Baptista, a depender da conveniência das partes e das particularidades do caso, pode uma arbitragem *ad hoc* se acomodar melhor do que um mecanismo administrado⁶².

⁵⁹ Para uma primeira aproximação com essas instituições, podem ser visitados os seus sítios eletrônicos que são a) CCI em Paris: <http://www.iccwbo.org>; b) AAA: <https://www.adr.org>; c) LCIA: <http://www.lcia.org>.

⁶⁰ Sobre a CPA, veja-se o seu sítio eletrônico <http://www.pca-cpa.org>.

⁶¹ Os sítios eletrônicos dos referidos centros, respectivamente, são <http://www.ccbc.org.br> e <http://www.camaradearbitragemsp.com.br>;

⁶² ALVES, Mariana Cattel Gomes; BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Arbitragem institucional ou *ad hoc*. In: In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Org.). **Arbitragem nacional e internacional: Os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 11-27, p. 26.

2.2.3 Arbitragem internacional, arbitragem mista e arbitragem privada

Focando nos sujeitos envolvidos no processo arbitral, é viável distinguir três outras modalidades de arbitragens: interestatal, mista e privada. Cada qual guarda particularidades que justificam uma análise separada.

2.2.3.1 A arbitragem internacional entre Estados e organizações internacionais

A arbitragem interestatal é intrinsecamente internacional. Nela figuram Estados que recorrem à arbitragem para solucionar suas diferenças. Vários são os assuntos que podem ser abordados, como definição de fronteiras, delimitação de costas marítimas e compensações por atos estatais. Na era moderna, um dos primeiros estatutos internacionais a adotar a arbitragem interestatal foi o Tratado Jay de 1794 que permitiu o estabelecimento de comissões mistas com o objetivo de resolver pendências anglo-americanas decorrentes da independência americana⁶³. Nas Convenções de Haia de 1899 e de 1907 também se reportou à arbitragem estatal, dedicando-se variados artigos para criar a CPA e regular o processo arbitral voltado à solução de litígios entre Estados. Seguindo a mesma trilha de consolidar a resolução pacífica de conflitos, a Carta da ONU, em seu art. 33.1, indicou a arbitragem como um dos instrumentos para esse objetivo, conformando o dever de todas as nações de buscarem uma solução para suas disputas através de meios pacíficos.

Não é incomum nas arbitragens interestatais o modelo *ad hoc*, permitindo-se que os Estados possam ter um maior controle sobre o procedimento que pode ser adaptado aos seus interesses. Mas, isso não quer dizer que não se possa utilizar da forma institucional. No passado, ordinariamente se elegiam chefes de Estados como árbitros dos procedimentos interestatais⁶⁴. Conferia-se credibilidade aos chefes de Estado em razão do prestígio internacional das maiores nações da época. Também se acreditava na imparcialidade de renomados estadistas ou representantes religiosos, como o Papa. Alguns homens de estado do Brasil foram selecionados para atuarem em arbitragens interestatais, como no conhecido caso Alabama (*Alabama Claims*) para a qual foi nomeado árbitro o visconde de Itajubá de

⁶³ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. Op. cit., p. 673.

⁶⁴ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 417.

nome Marcos Antônio de Araújo para resolver disputas compensatórias entre os Estados Unidos e o Reino Unido decorrente da Guerra Civil Americana⁶⁵. Porém, forçoso ressaltar que a indicação de árbitros baseadas na sua notoriedade em face da posição que ocupavam na estrutura administrativa de um país diminuía uma das características da arbitragem, qual seja, a especialidade⁶⁶, pois nem sempre o julgador eleito detinha *expertise* no assunto debatido.

O fundamento da arbitragem interestatal está na autonomia dos Estados que, independentemente de sua extensão territorial, de suas riquezas econômicas ou de seu poderio militar, são formalmente iguais no cenário internacional. Podem os entes estatais acordarem sobre a utilização da arbitragem antes do surgimento do conflito num tratado internacional – bilateral ou multilateral – que, ao regulamentar a relação entre eles em assunto específico, estabelece que qualquer controvérsia advinda dessas regras será equacionada por um tribunal arbitral ou por um árbitro. É nessa cláusula do tratado internacional que se encontrará a convenção de arbitragem. Igualmente, os Estados, após o surgimento de um dissenso, podem celebrar acordo específico que fixa que a solução pacífica para o dissídio será dada pela arbitragem. Esse acordo específico é identificado como o compromisso arbitral. Pode-se ainda estipular que o recurso à arbitragem seja obrigatório ou meramente facultativo. Daí se falar em tratados de arbitragem voluntária e tratados de arbitragem permanente ou obrigatória⁶⁷. O que se extrai dessas observações é que não há como coagir um Estado a aceitar a arbitragem sem a sua concordância e que o compromisso arbitral nessas situações tem a natureza jurídica de um tratado.

É dito que a arbitragem entre Estados se insere no ramo do direito internacional público. Alguns preferem chamá-la de arbitragem pública, política ou, até mesmo, arbitragem de direito internacional público⁶⁸. É verdade que a arbitragem em estudo se baseia em tratado internacional que poderá se valer de normas do direito internacional, como convenções, costumes e princípios gerais de direito internacional, para decidir o mérito da disputa. Essa é a característica diferenciadora da modalidade em análise. No entanto, a identificação da arbitragem interestatal com o direito internacional público não parece fazer muito sentido atualmente, já que, consoante refletem Dominique Carreau e Jahyr-Philippe

⁶⁵ JORGE, A. G. de Araujo. **Introdução às obras do Barão do Rio Branco**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2012, p. 46.

⁶⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 1267.

⁶⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito internacional público**, p. 422.

⁶⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 1265.

Bichara⁶⁹, a expressão “direito internacional público” não contempla toda a diversidade de atores da sociedade internacional contemporânea, cujas relações podem ser, inclusive, de natureza privada.

A arbitragem internacional (de direito internacional público) pode se desenvolver tendo, de um lado, um Estado, e, de outro, uma organização internacional ou, até mesmo, uma organização não governamental. Isso sem falar na possibilidade do processo arbitral com a participação de pessoa privada, situação sobre a qual se discorrerá depois. Na visão clássica, o direito internacional (“direito internacional público”) se estruturava sobre uma sociedade internacional interestatal, o que foi ultrapassado nos dias hodiernos com a marcante presença de outros atores nas relações internacionais. Podem ser citados como exemplos dessas novas configurações de arbitragens internacionais: a) o caso da arbitragem entre a França e a *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO) que resultou na sentença prolatada em 14 de janeiro de 2003 para estabelecer o regime fiscal das pensões pagas aos funcionários aposentados daquela organização internacional que residiam na França⁷⁰; b) o caso *Rainbow Warrior* que gerou uma disputa entre França e Nova Zelândia submetida ao Secretário-Geral da ONU e uma arbitragem *ad hoc* entre a França e a *Stichting Greenpeace*, cuja sentença, embora proferida em 1987, nunca foi publicada⁷¹. O primeiro caso diz respeito a uma arbitragem internacional entre um Estado e uma organização internacional, ao passo que o segundo se refere a um procedimento arbitral entre um Estado e uma organização não governamental.

No mesmo passo evolucionar da arbitragem internacional, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção *Montego Bay*), ratificada pelo Brasil com o Decreto nº. 4.361, de 5 de setembro de 2002, instituiu uma organização intergovernamental denominada Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (art. 156 e ss.) e estipulou dois mecanismos de arbitragem: uma para tratar de controvérsias sobre temas que especificamente digam respeito à pesca, à proteção de preservação do meio marinho, investigação científica marinha e à navegação, incluindo a poluição proveniente de

⁶⁹ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. Op. cit., p. 32.

⁷⁰ Ibid., p. 676

⁷¹ GRAY, Christine; KINGSBURY, Benedict. Developments in dispute settlement inter-state arbitration since 1945. **The British Year Book of International Law**, Oxford, v. 63, n. 1, p. 97-134, 1992, p. 104. Segundo os autores, o caso se refere ao afundamento, por dois agentes de segurança franceses, do navio *Rainbow Warrior* que havia sido enviado pelo *Greenpeace* a Nova Zelândia para protestar contra os testes nucleares realizados pela França na Polinésia Francesa. Embora não publicada a sentença arbitral do caso, afirma-se que o tribunal teria fixado uma compensação ao *Greenpeace* no valor aproximado de oito milhões de dólares.

embarcações e por alijamento (Anexo VIII) e outra para qualquer questão relativa à interpretação ou aplicação da convenção (Anexo VII). Ainda se permitiu que entidades distintas dos Estados partes, como aquela Autoridade Internacional, possam iniciar procedimento arbitral em face dos Estados partes (art. 13 do Anexo VII e art. 4º do Anexo VIII).

2.2.3.2 A arbitragem mista

A segunda modalidade que se visa abordar é a arbitragem mista. Neste tipo se encontram, de um lado, um Estado ou uma organização internacional e, de outro, uma pessoa privada. É juridicamente viável essa arbitragem mista, pois os Estados com ela consentem ao admitirem que possam ser provocados a participarem de disputas iniciadas por particulares.

Como o propósito da arbitragem mista é oferecer um foro neutro e imparcial, buscase nessas situações estabelecer que o julgamento das controvérsias entre Estado e pessoa privada será resolvida por fontes normativas diversas do ordenamento jurídico daquele Estado. Essa lógica foi seguida no art. 42 da Convenção de Washington de 1965. Segundo o referido dispositivo, o CIRDI deverá julgar o mérito do litígio trazido a ele em conformidade com as regras de direito acordadas pelas partes. No silêncio sobre esse ponto, o tribunal arbitral aplicará a lei do Estado contratante, inclusive as suas regras de conflitos de leis, bem como poderá aplicar os princípios de direito internacional adequado ao caso. A primeira e principal fonte normativa será a ordem jurídica selecionada pelas partes a qual poderá ser inclusive transacional. Somente na omissão dos envolvidos, o tribunal arbitral poderá considerar a ordem nacional do Estado parte, mas sem desconsiderar os princípios do direito internacional, o que termina por atenuar eventual unilateralismo na aplicação direta e imediata de uma legislação nacional.

2.2.3.2.1 A especificidade do consentimento dos Estados na arbitragem mista

O consentimento dos Estados, que na arbitragem mista deixam de atuar como detentores de *jus imperii*, pode ser entabulado em tratados internacionais ou em contratos internacionais. Na prática arbitral do CIRDI, afirma-se que esse consentimento pode ser

encontrado até na legislação nacional do Estado, quando é indicada a arbitragem como meio adequado à resolução de diferenças que se refiram a investimentos estrangeiros⁷².

2.2.3.2.1.1 Tratado-quadro multilateral ou bilateral

No contexto convencional, dois ou mais Estados podem acordar num tratado que, em proteção dos interesses de seus nacionais que venham manter relação contratual com uma das nações signatárias, eventual disputa entre um Estado contratante e um nacional contratante de outro será processada e decidida por uma arbitragem. Atente-se que, naquele tratado, doutrinariamente chamado de tratado quadro (*umbrella agreement* ou *traités parapluie*), é encontrada a convenção de arbitragem que assegura à pessoa privada a chamar um Estado para tomar lugar numa arbitragem⁷³. Com essa cláusula, a violação de um contrato por um ato – legislativo ou administrativo – do Estado é equiparada à violação do tratado quadro, autorizando a pessoa privada estrangeira a inaugurar um procedimento arbitral.

Além dos tratados multilaterais, tornaram-se recorrentes acordos bilaterais entre Estados para a proteção investimentos realizados por um em outro, notadamente investimentos empreendidos por pessoas físicas desses países. São os *bilateral investment treaties* ou simplesmente BITs. Nesses acordos bilaterais, pode ser redigida cláusula arbitral que estabeleça o recurso a arbitragem no caso de discordância em face de ato do Estado receptor de um investimento que, em desrespeito aos compromissos internacionais assumidos, afete os interesses do nacional do outro signatário do BIT. Aliás, sobre essas arbitragens de investimentos estrangeiros, não se pode olvidar que foi concluída em 1965 a Convenção para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados⁷⁴ – Convenção de Washington de 1965 – que instituiu o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) ou Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas a Investimentos⁷⁵. Quando se fala em arbitragem mista, sempre se recorda do CIRDI. Além dos Estados partes da referida convenção, podem tratados bilaterais remeterem a administração de arbitragens mistas ao CIRDI que possui um

⁷² Sobre este ponto, vide o capítulo 3 onde se discute a jurisdição do CIRDI.

⁷³ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. Op. cit., p. 689-690.

⁷⁴ Não é o Brasil signatário da Convenção para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados.

⁷⁵ CARREAU, Dominique. **Droit international économique**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 548.

conjunto normativo específico (*Additional Facility Rules*) para esses procedimentos iniciados fora do escopo da Convenção de Washington de 1965.

2.2.3.2.1.2 Contrato internacional

O fundamento da arbitragem mista também pode ser localizado num contrato transnacional. É igualmente frequente em contratos transnacionais, como, por exemplo, contrato para a construção de obra pública por pessoa privada num Estado estrangeiro, a previsão de cláusula compromissória pela qual se acerta o recurso à arbitragem. Busca-se através dessa estipulação contratual garantir um fórum neutro para a resolução de litígios que venham a surgir na oportunidade da execução do contrato transnacional.

Porém, o tão-só fato de ter sido contemplado o recurso à arbitragem não resguarda o particular contratante, já que a especificidade da personalidade jurídica do Estado contratante poderá representar uma dificuldade para a instauração do procedimento arbitral e para o cumprimento da sentença arbitral.

Como se sabe, no direito internacional, os Estados possuem imunidades de jurisdição e de execução, o que significa dizer que eles não podem ser submetidos à jurisdição de outro Estado. Assim, essas imunidades podem servir de escusa para que o Estado que não reconheça de boa-fé a eficácia da cláusula compromissória impeça a abertura do procedimento arbitral pelo investidor privado. Por esta razão, Dominique Carreau⁷⁶ enfatiza que, para superar essa dificuldade, é fundamental que a pessoa privada obtenha da parte pública a renúncia das imunidades de jurisdição e de execução. Sem dúvida que a renúncia às imunidades estatais de jurisdição e de execução reforça a cláusula de arbitragem, pois, do contrário, mesmo que superado o óbice da imunidade de jurisdição, a sentença arbitral proferida se tornará inócua, já que não se conseguirá a implementação daquela decisão, mesmo que o Estado contratante seja signatário da conhecida Convenção de Nova Iorque de 1958.

⁷⁶ CARREAU, Dominique. *Mondialisation et Transnationalisation du Droit International*, p. 203.

2.2.3.3 A arbitragem transnacional

A terceira modalidade é a arbitragem privada. Se na primeira há apenas Estados ou alguma organização internacional no procedimento arbitral e na segunda uma das partes é uma pessoa privada, a terceira forma de arbitragem lida apenas com particulares. Não é objeto de estudo neste ensejo a arbitragem entre pessoas privadas sem qualquer traço internacional. Esta é a arbitragem interna ou doméstica. Interessa a este trabalho a arbitragem com notas de transnacionalidade.

A maioria das arbitragens privadas internacionais versa sobre o tema do comércio. Quando se fala em arbitragem privada no contexto internacional, logo se vem a mente a arbitragem comercial internacional. Porém, é preciso discernir que a arbitragem privada pode tratar de outros assuntos que não sejam o comércio internacional, como, por exemplo, questões de informática, de seguro, de responsabilidade civil extracontratual e de direitos do autor. É a hipótese da *World Intellectual Property Organization*, traduzindo Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)⁷⁷, entidade integrante do sistema da ONU, que, em 1994, criou um centro de arbitragem e mediação voltado a tratar de litígios sobre tecnologia e propriedade intelectual. Especializou-se a OMPI para oferecer, através do referido centro de arbitragem e mediação, um organismo apto resolver disputas sobre domínios de internet, chegando até a definir regras distintas que se acham compiladas no *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP).

As pessoas privadas recorrem a essa ferramenta em razão das características já discorridas em outro momento. Aspiram as partes um instrumento que lhe ofereça confidencialidade, que assegure uma resposta no menor espaço de tempo possível e que aprecie as circunstâncias e elementos da causa com os olhos de um experto no assunto. Também se sopesa que, nesse procedimento, as partes contam com um amplo espaço de liberdade para definirem aspectos que se imporão ao procedimento, como as regras aplicáveis ao rito e ao mérito da causa. Pode-se estabelecer que sejam aplicadas regras de *lex mercatoria*, costumes internacionais, princípios do UNIDROIT. Pode-se, igualmente, assentar que a decisão será por equidade (*ex aequo et bono*).

Nos dias atuais, as arbitragens privadas internacionais constituem um mecanismo eficaz graças à aceitação ampla da Convenção de Nova Iorque de 1958 que intencionou

⁷⁷ Para obter mais informações sobre a OMPI, visite o sítio eletrônico <http://www.wipo.int>.

uniformizar as regras de reconhecimento e cumprimento dos laudos arbitrais, facilitando a circulação desses laudos na jurisdição de vários Estados Assim, uma sentença arbitral proferida num longínquo país da sede de uma pessoa privada pode ser implementada na órbita nacional dessa empresa sem maiores obstáculos protecionistas.

2.2.4 Arbitragem interna, estrangeira e internacional (transnacional)

Poder-se-ia imaginar que a arbitragem estrangeira seria o mesmo que arbitragem internacional. No entanto, não é isso o que se verifica. A depender do enquadramento normativo, poder-se-á ter uma arbitragem considerada internacional por um Estado, mesmo que realizada em seu território. A internacionalidade de uma arbitragem não está atrelada a um aspecto territorial.

2.2.4.1 Arbitragem nacional e estrangeira: critério jurídico de diferenciação

A arbitragem lida com variados aspectos e elementos. São as partes, a convenção de arbitragem, o direito aplicável ao fundo da causa, o direito aplicável ao procedimento, o lugar de desenvolvimento do procedimento, o lugar que pode ser considerado sede da arbitragem, o idioma, o lugar de proferimento da sentença, a nacionalidade do árbitro, entre tantos outros. Todos esses elementos se relacionam construindo o perfil do processo arbitral que pode vir a tocar mais de um Estado.

Imagine-se um caso arbitral envolvendo um contrato internacional entre uma empresa brasileira e outra dinarquesa que diga respeito a instalação de um maquinário industrial em sua subsidiária dessa última localizada na Austrália, tendo sido definido que o procedimento arbitral iniciado seria resolvido num tribunal arbitral localizado na França e formado por dois árbitros ingleses e outro belga com aplicação da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda. Certamente que esse procedimento não pode ser tido como de mesma natureza de outro que ligue empresas sediadas em um mesmo território as quais discordem sobre o cumprimento de um contrato celebrado por elas com execução na mesma base territorial, tendo sido escolhido um árbitro local para a solução da disputa pela aplicação da legislação doméstica.

Como é estudado no Direito Internacional Privado, os elementos de conexão são estimados pelos Estados que podem definir, a partir deles, se uma dada arbitragem mantém

uma relação com sua ordem jurídica. Uma vez verificada uma conexão juridicamente relevante, tem-se para aquele Estado como nacional ou interno a sentença arbitral, passando a ser qualificada pelo regime legal doméstico sem que seja submetida a procedimento que é utilizado para que atos jurídicos externos possam irradiar efeitos em seu território. Não se identificando liame semelhante que prenda o procedimento ao regime jurídico de um específico Estado, estabelece-se, para esse ente estatal, como estrangeira ou externa a sentença arbitral.

No exercício da soberania, Beat Walter Rechsteiner⁷⁸ lembra que os Estados são autônomos para indicarem os elementos de conexão que mais lhes convêm. No tema da arbitragem, geralmente se designa o território em que se desenvolve a arbitragem (a sede da arbitragem eleita pelas partes, a sede do centro de arbitragem, o lugar de prolação da sentença) como elemento de conexão para qualificar como doméstica ou alienígena um laudo arbitral. Não seria despropositado pensar que essa tendência territorialista se relaciona com a própria noção de independência e autonomia enquanto elementos conceituais de Estado que as ostenta nos limites internos de seu território. Se o Estado qualifica uma arbitragem como nacional para submetê-la à sua ordem jurídica, assim o faz para os atos desse instituto que tenham raiz no seu território.

Dadas a autonomia e independência para a definição dos elementos de conexão que unem uma relação arbitral a um ordenamento jurídico, não é impossível que um laudo arbitral possa ostentar múltiplas nacionalidades. É algo parecido ao que sucede no estabelecimento da nacionalidade das pessoas a partir da aplicação dos princípios do *jus soli* e do *jus sanguinis*. Embora, formalmente, o laudo arbitral seja único, esse mesmo laudo pode ser qualificado como nacional por mais de um Estado, ignorando um cada deles a nacionalidade que tiver sido atribuída por outro. Suponha a situação envolvendo duas nações, onde uma delas tenha como nacional o laudo arbitral proferido em seu território, ao passo que outro Estado disciplina que a nacionalidade é determinada pela sede da arbitragem. Nesse cenário, é concluída convenção arbitral em que se prescreve que a sede da arbitragem fica ancorada nesse segundo Estado, mesmo que a sentença venha a ser proferida no território daquela primeira nação. Nessa conjectura, o laudo arbitral seria admitido como nacional pelas duas ordens jurídicas.

⁷⁸ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

Ao discorrer sobre esse ponto, Edoardo Ricci ressalva que a dupla (ou múltipla) nacionalidade “pode suscitar problemas e o tema não foi ainda enfrentado como merece”⁷⁹. Mais a frente, esclarece que a ideia da múltipla nacionalidade, na verdade, representa um modelo ideológico de conceber a arbitragem pelo qual se pode potencializar o caráter internacional da sentença arbitral⁸⁰.

A dicotomia arbitragem nacional-estrangeira obriga os Estados a organizarem normas para o reconhecimento e cumprimento dos laudos externos. Como já dito, a cooperação jurídica internacional estimula que os Estados definam como os atos produzidos no exterior podem produzir efeitos na sua jurisdição interna. É exatamente nesse contexto que a Convenção de Nova Iorque de 1958 prova a sua relevância ao buscar a equalização dos diferentes regimes legais, permitindo que um laudo tido como nacional por um país possa ser executado no território de outro onde ele seria considerado estrangeiro, qualificação que poderia dificultar o reconhecimento de sua eficácia se lhe fossem exigidas condições quase inexecutáveis.

2.2.4.2 Arbitragem transnacional: um conceito econômico

Num primeiro pensar, poder-se-ia vislumbrar que uma sentença arbitral internacional seria o mesmo que uma sentença arbitral estrangeira. No entanto, a ideia de sentença arbitral internacional parte de outra reflexão. O estrangeiro é aquele externo, estranho que pertence ao alheio. O internacional é aquele que existe enquanto inter-relacionado, como se pertencesse a todos e a nenhum ao mesmo tempo.

Esboça-se, assim, que, para os fins da categorização da sentença arbitral, o predicado “internacional” não é utilizado para designar algo totalmente alienígena a um território nacional. Não seria inconcebível que um laudo arbitral, mesmo que contenha elemento de conexão que o prendam a uma ordem jurídica, guarde características que evidencie um intrínseco caráter internacional que autorize inferir que aquele laudo não pode ser visto como contido apenas naquela órbita jurídica. Nessa situação, justifica-se uma relativização da aplicação soberana da lei interna para essa relação arbitral, permitindo que regras mais flexíveis regulamentem essa classe.

⁷⁹ RICCI, Edoardo. A Sentença Arbitral Brasileira com Nacionalidade de Outros Países. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, Curitiba, UFPR, v. 39, p. 23-34, 2003, p. 31.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 34.

A sentença arbitral nacional não possui traços de estraneidade que a conectem com outras ordens jurídicas. Diferentemente da sentença arbitral internacional, ela é absorvida por uma única jurisdição que a regulamenta e controla, submetendo-a à legislação interna. Daí a oposição que se verifica entre sentença arbitral interna e internacional. Numa visão “maximalista” da arbitragem internacional, como narrado por Fouchard, Gaillard e Goldman, a internacionalidade significaria a independência de qualquer ordenamento jurídico nacional⁸¹. Vale dizer, a arbitragem internacional, desse ponto de vista “maximalista”⁸², estaria deslocada de qualquer sistema legal estatal, não dependendo de qualquer lei nacional para que sejam admitidas a sua validade e eficácia. Nessa conjuntura, a sentença arbitral seria “anacional”. Nessa categoria estariam, então, as arbitragens interestatais e as arbitragens mistas, como aquelas realizadas pela CPA e pelo CIRDI.

É verdade que o vocábulo arbitragem internacional traz uma carga de ambiguidade. Podem nele ser incluídas a arbitragem privada internacional e a arbitragem que é regida pelo direito internacional público⁸³.

Há quem prefira o adjetivo “transnacional” para definir a relação arbitral internacional. Luís de Lima Pinheiro adota o termo arbitragem transnacional e constrói dois sentidos para esse gênero. Em sentido amplo, a arbitragem transnacional seria aquela que suscita questões de determinação do estatuto da arbitragem por apresentar laços juridicamente relevantes com mais de um Estado⁸⁴. Por outro lado, em sentido estrito, a arbitragem transnacional seria tão somente aquela que tem por objeto uma disputa surgida do comércio internacional⁸⁵. Não é difícil notar o porquê da inclinação do estudioso lusitano pela expressão “transnacional”. Com o emprego do termo “transnacional”, afasta-se possível confusão da arbitragem comercial internacional com a arbitragem interestatal, já que ambas têm a especificidade da internacionalidade que as distinguem da arbitragem interna.

⁸¹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration**. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 50.

⁸² Como antípoda da visão maximalista, haveria a concepção minimalista para a qual a internacionalidade da arbitragem estaria caracterizada quando uma arbitragem realizada num país tivesse elementos que a conectassem a outro país. Assim, uma arbitragem realizada entre particulares num território nacional que, num primeiro momento, poderia ser enquadrada como doméstica seria considerada internacional se o país da sede qualificasse traços da relação arbitral – domicílio das partes, direito estrangeiro aplicável, lugar de cumprimento das obrigações – como elementos de conexão com outras jurisdições. (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). Op. cit., p. 46).

⁸³ COSTA, José Augusto Fontoura. Sobre Corvos e Ornitórrincos: arbitragem estrangeira e internacional no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 29, p. 59-73, jan./mar. 2011, p. 63.

⁸⁴ PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 33.

Para discernir a transnacionalidade intrínseca da arbitragem, conceitos jurídicos, como, por exemplo, o elemento de conexão atinente à nacionalidade das partes, não são suficientes. Mesmo uma arbitragem entre duas empresas de mesma nacionalidade realizada em território local, pode se mostrar internacional se o seu objeto disser respeito a contrato com obrigações a serem cumpridas em países diferentes e com aplicação de conjunto normativo que não é a lei doméstica. Por isto, não é de todo correto opor a noção de laudo estrangeiro ao de laudo internacional. Não é impossível que se possa ter um laudo internacional que não seja estrangeiro, já que ele pode ter sido proferido no território do Estado que adote um conceito de arbitragem internacional que não tenha relação com elemento de conexão relativa ao local em que proferida a sentença. Essa distinção será melhor explicada nos próximos parágrafos.

2.2.4.2.1 Conceitos de arbitragem internacional estabelecidos em algumas legislações nacionais

A França moldou um conceito próprio para a arbitragem internacional. Segundo o art. 1.504 do Código de Processo Civil francês, a arbitragem internacional é aquela que “põe em causa interesses do comércio internacional”⁸⁶. Portugal seguiu a mesma linha ao definir como arbitragem internacional “a que põe em jogo interesses do comércio internacional” (tradução do autor) (art. 49(1))⁸⁷. Essas definições legais se aproximam em muito da ideia de arbitragem transnacional em sentido estrito acima exposta.

Os estatutos legais referidos escolheram um critério econômico (“interesses do comércio internacional”) para definir a transnacionalidade da arbitragem. A internacionalidade seria intrínseca ao procedimento que abordasse interesse do comércio internacional, como o fluxo de mercadorias ou serviços para além das fronteiras nacionais. Não se fez referência a elementos tradicionais de conexão, como a nacionalidade ou o local de proferimento da sentença, mas a um conceito que não é exclusivamente jurídico. Um traço de estraneidade de natureza puramente jurídica sem qualquer sentido econômico que toque ao comércio internacional não terá qualquer importância. No caso da França, a

⁸⁶ “Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international”. Art. 1.504 do Código de Processo Civil Francês.

⁸⁷ PORTUGAL. Direção-geral da Política da Justiça. Ministério da Justiça do Governo de Portugal. **Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro**: Aprova a lei de arbitragem voluntária. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/arbitragem-e-exercicio/arbitragem-voluntaria>>. Acesso em: 21 dez. 2015

qualificação da arbitragem como internacional implica na aplicação de um regime especial que não é o mesmo da arbitragem interna e que é mais flexível. Inclusive, observa-se que, por não ter dado relevância jurídica ao local ou sede da arbitragem, um procedimento arbitral pode ser enquadrado pela jurisdição francesa como transnacional mesmo que a sentença tenha sido proferida no seu território.

É verdade que a expressão “comércio internacional” é vaga, o que poderia levar a uma insegurança jurídica para, nos termos das legislações citadas, classificar um laudo arbitral (nacional ou transnacional). O que seria comércio internacional? A resposta não é simples⁸⁸. Numa tentativa de tornar mais palpável o significado, a Lei-Modelo da UNCITRAL, ao propor regras uniformes para que internamente os Estados as espelhassem, externou, em seu art. 1º, que o seu âmbito de aplicação seria a arbitragem comercial internacional, aclarando em nota que o termo comercial deveria ser compreendido de forma expansiva para incluir, entre outras transações, compra e venda, prestação de serviço, contrato de distribuição, concessão comercial ou agência, *factoring*, locação financeira, construção civil, contrato de consultoria, projeto de engenharia, licenciamento de direito, investimento, financiamento, operação bancária, seguro, contrato de prospecção e exploração, empreendimentos comuns e outras formas de cooperação industrial ou comercial e contrato de transporte de mercadorias ou passageiros⁸⁹. Percebe-se, assim, que os interesses do comércio internacional envolvem aspectos empresariais muito mais amplos do que o tráfico transnacional de mercadorias.

Apesar da extensa latitude oferecida pela expressão “comércio internacional”, o conceito de laudo arbitral estrangeiro, para alguns, pode se mostrar mais abrangente do que o de sentença transnacional. Salienta Manuel Pereira Barrocas⁹⁰ que uma sentença estrangeira pode abarcar tanto a sentença internacional proferida no exterior, como também a sentença alienígena que não ponha em debate interesses do comércio internacional. Esta

⁸⁸ Para um estudo mais aprofundado, ver GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). Op. cit., p. 35-44; PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**, p. 36-39.

⁸⁹ No original: “The term ‘commercial’ should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road” (United Nations on International Trade Law. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**: With amendments as adopted in 2006. Viena: Nações Unidas, 2008, p. 1).

⁹⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**, p. 567.

última, embora proferida fora dos limites territoriais, não poderia ser assimilada como sentença arbitral internacional, pelo menos nas condições ditadas por alguns ordenamentos jurídicos. Porém, há situações que escapam do espectro significativo do laudo estrangeiro, mas que são apanhados pela sentença transnacional, mesmo tendo traços transfronteiriços. É, por exemplo, o caso de uma sentença arbitral que lide com elementos transnacionais, mas que seja proferida nos limites nacionais. Por isto, ao invés de discutir qual conceito é mais abrangente, avista-se mais correto falar que os campos significativos dessas categorias são diferentes, mesmo que, em algumas hipóteses, possam se sobrepor.

2.2.4.2.2 A funcionalidade do conceito de arbitragem internacional: regimes unitário, dualista e semidualista

Para além de propósitos teóricos, a funcionalidade de um conceito próprio para a arbitragem transnacional está na organização de uma regulação específica para as relações jurídicas que se encaixarem nele. Alguns países se preocuparam em delimitar uma classe própria de arbitragem transnacional, elaborando regras de enquadramento aplicáveis apenas a ela. Outros – como o Brasil – não dedicaram a sua competência legislativa a esse tema, tendo se limitado a tratar apenas das arbitragens interna e estrangeira.

Considerando esse quadro, pode-se classificar os regimes nacionais de regulação da arbitragem nos seguintes grupos: a) regime unitário ou monista; b) regime dualista; e c) regime semidualista⁹¹ ou monista internacionalizante⁹². O regime dualista é aquele em que a legislação estabelece um conceito para a arbitragem internacional e estatui para ela regras especiais que são distintas daquelas dedicadas à arbitragem doméstica. Essas regras distintas podem, por exemplo, tratar das causas de revisão ou anulação da sentença arbitral, prevendo hipótese mais restritas para a arbitragem internacional que contariam com um regime mais permissivo. Por sua vez, o regime unitário traça uma única regulação para a arbitragem doméstica e transnacional, disciplinando uniformemente as duas categorias. E, a sistemática semidualista diz respeito às ordens jurídicas que diferenciam as arbitragens interna e transnacional e estendem à segunda algumas regras legais que foram positivadas para a primeira. Há um conjunto de regras comuns às duas modalidades, mas também são previstas

⁹¹ PINHEIRO, Luís de Lima. **Manual de Arbitragem**, p. 199.

⁹² BONATO, Giovanni. A arbitragem internacional na França e a arbitragem societária na Itália: algumas reflexões comparativas com o direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p.253-289, jan-jun 2015, p. 265.

regras específicas para cada uma delas. Seria, por conseguinte, um modelo intermediário de regulação da arbitragem.

A LA espelha claramente um regime unitário ao ter se preocupado apenas em definir um único bloco normativo que se aplica a arbitragem que se desenvolve no território brasileiro, não importando se o objeto dela tenha ou não algum caráter internacional. Nem mesmo diligenciou o legislador brasileiro em legalmente estipular um conceito de arbitragem internacional. Outros Estados seguiram caminho distinto, como a França que optou por uma disciplina dualista. É exatamente sobre a problemática dessas definições e suas implicações práticas que se propõe a discorrer o presente estudo.

É difícil afirmar que um regime, em abstrato, seja melhor do que outro. Na verdade, como apontam alguns, determinar a superioridade de um ou outro sistema é um *faux problème*⁹³, pois a disciplina da arbitragem doméstica e internacional é estabelecida por uma opção política. Veja-se o caso da França. A legislação francesa construiu um quadro regulatório próprio para a arbitragem internacional, pois a disciplina legal da arbitragem doméstica se mostrava inadequada à autonomia que se deseja garantir aos procedimentos arbitrais com características transnacionais⁹⁴. Portanto, a escolha por um ou outro sistema dependerá de circunstâncias específicas que tocam ao ambiente regulatório (Legislativo e Judiciário) de cada Estado e à tradição jurídica acerca de uma maior ou menor autonomia da arbitragem internacional.

Mesmo assim, não se pode confundir a sentença arbitral estrangeira com a sentença arbitral internacional, como se realçou outrora. Enquanto a primeira se distingue em razão de elementos jurídicos que a conectam a um Estado (conceito jurídico), a segunda se particulariza por um conteúdo econômico que pode justificar a aplicação de regras particulares (conceito econômico). Elas não se contrapõem, assim como se observa na polarização das arbitragens estrangeira e nacional. Da mesma forma, esse conceito econômico de sentença arbitral internacional não se aplica aos laudos arbitrais proferidas pelas arbitragens internacionais que envolvem os sujeitos de direito internacional (interestatal e mista). Estas últimas sentenças internacionais, como já dito em linhas pretéritas, são verdadeiramente “anacionais”, não se apoiando em qualquer sistema jurídico

⁹³ LALIVE, Pierre. Un Faux Problème: Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale? In: PHILIPPIN, Edgar et al (Ed.). *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*. Lausanne: Ceditac, 2009. p. 255-263, p. 263

⁹⁴ BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v.11, n. 43, p. 59-92, jul./set. 2014, p. 88.

local. O fundamento de validade delas está em tratados e acordos que corporificam o compromisso arbitral.

Todavia, não é incomum haver uma confusão entre essas espécies. Ao comentar acórdão proferido em 2003 por um Tribunal de Apelações do Uruguai⁹⁵ que decidiu ação de nulidade proposta em face de laudo arbitral proferido em Montevideu, capital daquele mesmo país, María Blanca Noodt Taquela glosou que a corte incorretamente classificou como estrangeiro o citado laudo que, embora tivesse sido proferido no território uruguaio, apreciou disputa societária que ligava sociedades da Argentina, das Bermudas, do Chile e das Ilhas Cayman⁹⁶. Elucidar se o laudo impugnado era estrangeiro ou nacional constituía premissa para a decisão da ação judicial, já que o tribunal entendia que as causas de nulidade da legislação uruguaia somente seriam aplicáveis às arbitragens nacionais. Para a referida autora, a distinção arbitragem interna *versus* internacional não guarda relação direta com a oposição arbitragem estrangeira *versus* nacional, podendo existir um laudo arbitral nacional que tenha sido prolatado numa arbitragem internacional. Percebe-se que o Judiciário uruguaio categorizou o laudo arbitral em estudo como estrangeiro para justificar a inaplicabilidade das causas de nulidade da arbitragem nacional, tendo sido influenciado pelo conteúdo econômico da demanda que denotava a sua internacionalidade. No entanto, ao ter sido proferido no território nacional, não parece correto afirmar que ele seria realmente um laudo estrangeiro, mas, na verdade, internacional em razão dos traços que o interligam para além das fronteiras nacionais.

2.3 CONCEPÇÕES DA ARBITRAGEM

Identificar a natureza jurídica dos institutos serve para entender e avaliar a disciplinar normativa que é imposta a eles.

A natureza jurídica da arbitragem é tema de insolúvel dissenso na doutrina. Basicamente, pode-se afirmar que três são as teses que se esforçam para explicar a sua natureza jurídica: a) tese contratualista; b) tese jurisdicional ou publicista; c) tese híbrida ou mista⁹⁷.

⁹⁵ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, 18 de junio de 2003, sentencia nº 161/02.

⁹⁶ TAQUELA, María Blanca Noodt. Comentarios de jurisprudencia uruguaya. **Derecho del Comercio Internacional (DeCITA): Solución de controversias**, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p.371-374, 2004, p. 374.

⁹⁷ ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Org.). **Arbitragem nacional e internacional: Os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 1-10, p. 6-7.

Pela ótica contratualista, a arbitragem teria uma natureza exclusivamente privada, pois calcada na autonomia da vontade das partes que voluntariamente deliberaram subtrair do aparato estatal a solução de um litígio, acertando que um terceiro deveria dar uma resposta ao conflito a partir de parâmetros definidos por elas próprias.

Por outro lado, a corrente jurisdicional apregoa que, assim como os tribunais nacionais o fazem ao exercer a jurisdição estatal, o árbitro declara o direito aplicável ao caso concreto. Inclusive, por força do art. 31 da LA, a sentença arbitral ostenta o mesmo *status* jurídico da sentença proferida pelo Poder Judiciário, constituindo título executivo que legitimará o seu cumprimento forçado.

Numa tentativa de conciliar os extremos das teses contratualista e jurisdicional, a corrente mista advoga que a arbitragem possui uma natureza mista ou híbrida, coligando as características daquelas duas correntes. À luz desse pensamento, a arbitragem seria, portanto, contratual na sua origem e jurisdicional no seu resultado⁹⁸.

Ao mesclar pontos menos controversos das duas outras teses, a corrente híbrida acaba por se tornar mais aceitável no campo doutrinário, angariando vários adeptos⁹⁹. Numa visão híbrida, o esquema conceitual da arbitragem pode ser adaptado, ressaltando, numa situação, o seu aspecto contratual e, noutra, a sua feição pública.

No tocante à arbitragem internacional, para além de descobrir qual seria a sua genuína natureza jurídica, compreende-se mais acertado identificar as representações que são desenvolvidas pelas distintas correntes doutrinárias que se dedicam a tratar desse mecanismo de solução de controvérsias no cenário internacional. Cada uma dessas representações justifica modelos normativos diferentes para enquadrar a arbitragem internacional, elucidando a razão de algumas soluções jurídicas que são apresentadas.

2.3.1 Representações da arbitragem internacional no pensamento de Gaillard

Descobrir a essência das coisas é tarefa que incita a mente humana. No entanto, não é certo que se consiga captar a “alma” das coisas. O estudo da natureza jurídica da arbitragem internacional se enrosca nesse mesmo labirinto ontológico, pois, por mais que se possa

⁹⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 60-61.

⁹⁹ VIEGAS, Juliana L. B.; ANDRADE, Thiago Pedrosa de. Arbitragem internacional: definição, metodologia e lei aplicável. Teorias e questões práticas. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 401-444, mai./jun. 2014, p. 415.

visualizar uma tendência por uma das teses levantadas sobre o assunto, sempre haverá um argumento a colocar em dúvida a “verdade” da corrente preponderante.

Numa postura mais pragmática, Emmanuel Gaillard prefere encarar a substância da arbitragem internacional a partir de três representações que podem ser feitas desse instituto. O diferencial de seu estudo está em não buscar uma verdade entre essas posições distintas, mas em se esforçar por revelar e organizar essas representações da arbitragem, permitindo explicar as diferentes soluções para idênticos problemas jurídicos que dizem respeito a esse objeto.

Sintetizando o pensamento de Emmanuel Gaillard¹⁰⁰, pode-se dizer que a arbitragem internacional pode ser representada por três dimensões diferentes: a) a arbitragem internacional fundada numa ordem jurídica estatal específica¹⁰¹; b) a arbitragem internacional validada por uma pluralidade de ordens jurídicas estatais; c) a arbitragem internacional a partir de uma ordem jurídica própria e autônoma¹⁰².

De qualquer forma, desde já se firme que a apresentação dessas três dimensões não serve ao propósito de tentar identificar qual delas seja a correta, a verdadeira, mas de evidenciar a complexidade do instituto. O próprio Emmanuel Gaillard admite sua preferência pela última daquelas representações, porém ressalva que sua opinião é irrelevante, uma vez que o que importa é admitir que há visões concorrentes da arbitragem internacional, sendo todas elas igualmente capazes de explicar o fenômeno¹⁰³. É nesse sentido que se discorrerá sobre cada uma dessas representações.

¹⁰⁰ GAILLARD, Emmanuel. Three Philosophies of International Arbitration. In: ROVINE, Arthur W.. **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 305-310, p. 306-307.

¹⁰¹ A primeira dessas dimensões pode ser subdivida em duas outras correntes: a) uma visão objetivista: o direito da sede da arbitragem, como emanção do poder soberano local, pode regular a arbitragem que se desenvolva em seu território, assimilando-a segundo a sua própria concepção; b) uma visão subjetivista: a arbitragem internacional deve se submeter ao enquadramento definido pela ordem jurídica da sede, pois as partes, ao definirem a sede naquele sistema, intencionavam sujeitá-la ao império dessa ordem jurídica específica. (GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**. Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14 e 16).

¹⁰² Essa última representação pode ser bipartida em duas outras correntes: a) corrente jusnaturalista: a ordem jurídica arbitral independente estaria, à semelhança do direito natural, na natureza da sociedade da qual podem ser extraídos valores superiores que legitimam o poder do árbitro de julgar; b) corrente positivista transnacional: a ordem jurídica arbitral seria apreendida da atividade normativa dos Estados numa consideração global que identificaria os pontos de acordo entre as diversas ordens jurídicas estatais sobre a arbitragem internacional (GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 35-36 e 41).

¹⁰³ GAILLARD, Emmanuel. Three Philosophies of International Arbitration, p. 309.

2.3.1.1 A arbitragem internacional fundada numa ordem jurídica estatal específica

A primeira representação da arbitragem internacional estabelece uma ligação entre essa e uma ordem jurídica estatal, absorvendo-a e submetendo-a a essa última para que dela a arbitragem internacional possa extrair a fonte de sua juridicidade. Sem a referência a um sistema jurídico nacional a arbitragem internacional estaria esvaziada.

Explica-se que o árbitro pode ditar a solução de uma controvérsia na medida em que a lei de uma dada jurisdição assim o permite agir com efeitos jurídicos tutelados por aquela mesma lei que confere força à vontade das partes que optaram por esse mecanismo alternativo de resolução de disputas.

A assimilação da arbitragem internacional se daria pela ordem jurídica da sede daquela que seria concebida como o foro dela. A correlação com o foro arbitral seria de tal maneira que o árbitro seria equiparado ao juiz doméstico, o que explicaria o fundamento do seu poder de dizer o direito, bem como também levaria a admitir que o exercício desse poder deveria se dar com base na ordem jurídica local. Da mesma forma que o juiz estatal teria a *lex fori*, o árbitro deveria observar a *lex arbitrii* que corresponderia à legislação da soberania local.

Facilmente se nota que essa visão assenta o processo arbitral em uma única jurisdição doméstica que a enquadraria com exclusividade. Daí se falar em teoria monolocalizadora por localizar, dentre as múltiplas órbitas jurisdicionais nacionais da sociedade internacional, a arbitragem apenas numa delas.

A representação monolocalizadora muito se aproxima da corrente jurisdicional sobre a natureza jurídica da arbitragem. Ambas formas de pensar ignoram ou, pelo menos, desvalorizam a autonomia da vontade. De todos os questionamentos que podem ser suscitados sobre a arbitragem internacional um deles é insustentável. Se as partes recorrem alternativamente à arbitragem, é certo que optaram por retirar a disputa da jurisdição estatal de qualquer país que seja. E, ao definirem uma sede para a arbitragem, não parece correto inferir dessa escolha uma vontade de submeter deliberadamente o procedimento arbitral às noções jurídicas da soberania da sede, ainda mais em se tratando de uma arbitragem internacional¹⁰⁴. A definição da sede, nas arbitragens transnacionais, pode servir para definir

¹⁰⁴ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 42.

o foro de controle da sentença arbitral, mas a localização dessa sede não retira a internacionalidade da relação arbitral.

2.3.1.2 A arbitragem internacional validada por uma pluralidade de ordens jurídicas estatais

Uma segunda representação da arbitragem pode ser feita a partir de uma consideração que se preocupa muito mais com a eficácia da sentença arbitral do que com o fundamento de validade da arbitragem. Se a dimensão monolocalizadora se dedica a estabelecer uma referência do processo arbitral com uma órbita nacional que lhe atribuiria juridicidade, essa segunda representação se concentra na possibilidade de reconhecimento do laudo arbitral por países distintos a quem ele seja apresentado para ser executado.

O enfoque, assim, mudaria para um momento posterior do processo arbitral internacional, qual seja, o do reconhecimento e cumprimento do laudo arbitral¹⁰⁵. Uma vez que a sentença arbitral atende os requisitos definidos pela órbita interna de um Estado para que possa espargir efeitos sob o seu território, mesmo que a arbitragem esteja sediada em outro país, o processo arbitral passa a ser legitimado por essa ordem jurídica que, inclusive, poderá ser acompanhada por outras soberanias, onde a sentença arbitral também atende os critérios legais para o seu reconhecimento e execução.

Numa compreensão westfaliana da sociedade internacional, onde todos os Estados seriam iguais e teriam igual título para regulamentarem seus assuntos internos e manterem relações com os demais, é possível que um laudo arbitral seja recepcionado por um país sem se subordinar à concepção que o Estado da sede daquele laudo imponha a ele¹⁰⁶.

Fica clarividente que a arbitragem internacional nessa forma de pensar não teria uma *lex fori* à semelhança do juiz estatal. Pelo contrário. Ao invés de estar presa a um sistema nacional, a arbitragem internacional seria multilocalizada a depender do reconhecimento de sua eficácia por um dos diversos Estados aos quais seja apresentado o laudo para sua homologação. A eficácia da arbitragem internacional estaria sustentada por essa pluralidade de países que, segundo seus critérios domésticos, reconhecem-na, inclusive o próprio Estado de sua sede.

¹⁰⁵ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 46

¹⁰⁶ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 48-49.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 espelha essa representação da arbitragem internacional¹⁰⁷. O referido estatuto convencional estabelece que pode ser rejeitado o reconhecimento de uma sentença arbitral se tiver sido anulada no país da sede da arbitragem (art. V(1)(e)). No entanto, o mesmo estatuto prevê que os Estados partes podem fixar regime mais favorável ao reconhecimento das sentenças arbitrais, prevalecendo, nessa situação, as normas nacionais (cláusula de compatibilidade). Assim, se a ordem jurídica de um dado país não contemplar como hipótese de recusa de reconhecimento o fato de a sentença arbitral ter sido anulada na sede, isso significará que esse país poderá admitir e legitimar o laudo arbitral, sem se curvar à decisão judicial anulatória.

A representação westfaliana da arbitragem internacional não escapa de críticas que se mostram bastante fundadas. Mesmo que Emmanuel Gaillard defenda que se encontrem traços da concepção multilocalizadora na Convenção de Nova Iorque, a possibilidade do reconhecimento multilocalizado rompe com o esforço empreendido para se chegar ao concerto do mencionado acordo multilateral que intencionou coordenar as vontades soberanas das nações para estipularem condições nos quais se deveria reconhecer e cumprir as sentenças das arbitragens internacionais. Todos os princípios comuns construídos no plano convencional se tornariam letra morta. Não há como se concordar com o retrocesso ao cenário que se pretendeu reverter com o marco daquela convenção.

Além do mais, a representação multilocalizada fomentaria nas arbitragens internacionais o que se pode chamar de *forum shopping*¹⁰⁸. O laudo obtido numa arbitragem internacional, por não estar vinculado necessariamente ao controle da sede, poderia vir a ser apresentado a diversas jurisdições nacionais até encontrar aquela que viesse a legitimá-lo. Com isto, a parte contrária seria obrigada a se defender em diversas instâncias locais. Isso sem falar das diversas desfuncionalidades que poderiam ser geradas, como o reconhecimento e a recusa de uma mesma sentença arbitral em jurisdições distintas.

¹⁰⁷ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 26.

¹⁰⁸ *Forum shopping* é uma expressão que, no direito, reflete o agir de uma parte que, diante de foros igualmente competentes para julgar uma mesma disputa, passa a escolher aquele que lhe for mais conveniente.

2.3.1.3 A arbitragem internacional a partir de uma ordem jurídica própria e autônoma

De uma visão isolada de cada Estado para tratar da arbitragem internacional, parte-se para uma abordagem integrada e coordenada dos Estados para identificar regras e princípios comuns ao tratamento da arbitragem no plano internacional.

O conjunto dessas normas formaria uma ordem jurídica própria e autônoma da qual se extrairia a juridicidade da arbitragem internacional. Para Emmanuel Gaillard, a fonte do poder do árbitro internacional seria, assim, transnacional¹⁰⁹. Não seria uma visão “monolocalizada” ou “plurilocalizada”, mas “transnacionalizada” para basear a arbitragem internacional numa ordem jurídica comum que aprecia a competência normativa dos sujeitos do direito internacional numa perspectiva integrada¹¹⁰.

É bom que se diga que a ordem jurídica transnacional da arbitragem não seria formada apenas pelas normas positivadas internamente pelos Estados. Na verdade, a ordem jurídica transnacional se vale do método comparado para colher também regras e princípios do direito internacional do qual podem ser, até mesmo, captadas normas imperativas correspondentes ao denominado *jus cogens*¹¹¹.

Portanto, a arbitragem internacional não teria o seu fundamento de validade no sistema jurídico doméstico da sua sede, nem no conjunto de soberanias que reconhecessem a sua possibilidade de cumprimento dentro de seus territórios, mas na convergência das normas jurídicas estatais e internacionais que largamente admitem que uma disputa possa ser resolvida por um árbitro através de processo arbitral que leva ao pronunciamento de laudo que se tornará obrigatório. É nesse contexto que se individualiza a autonomia da arbitragem internacional.

Nessa linha têm trilhado as legislações contemporâneas. Por exemplo, a Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal (Lei n.º 63/2011) reza em seu art. 54 que a sentença proferida numa arbitragem internacional que venha a produzir efeitos no território doméstico pode ser anulada se se mostrar manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional. Esses parâmetros normativos não são os mesmos da conhecida ordem pública nacional que se volta apenas aos preceitos fundamentais internos do Estado. A ordem

¹⁰⁹ O termo “transnacional” é empregado no campo da arbitragem em múltiplos sentidos. Em outro trecho desse trabalho, escreveu-se que a arbitragem transnacional, num sentido estrito, seria aquela que toca ao comércio internacional.

¹¹⁰ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 65.

¹¹¹ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 73.

pública internacional se relaciona com aquela ideia de convergência de regras jurídicas do plano internacional, conectando a arbitragem internacional, pelo menos para o sistema lusitano, a uma ordem jurídica própria e distinta da nacional, mesmo que essa ordem pública internacional seja aquela identificada como tal pelo Estado português para fins de revisão da sentença arbitral internacional.

A representação transnacional da arbitragem apresenta alguns pontos de contestação. O conteúdo de uma ordem própria e autônoma sobre a qual se fundamentaria a arbitragem internacional se mostra impreciso. Não é tarefa simples identificar a ordem jurídica integradora quando confrontadas múltiplas concepções e ordenações do instituto pelos diversos sujeitos da sociedade internacional. Noutra banda, considerando a inexistência de um órgão de controle supranacional dos laudos proferidos em arbitragens internacionais, há quem entenda que o controle primário exercido pela sede da arbitragem ainda se mostra eficiente e adequado¹¹². Desta maneira, não seria prudente desacreditar por completo o controle que possa ser exercido pela jurisdição estatal da sede da arbitragem internacional forte na tese de que o procedimento arbitral, por ser internacional, seria validado tão-somente por uma ordem jurídica independente de um singular sistema estatal. Além do mais, a submissão dos árbitros a uma ordem jurídica de natureza transnacional deve ser temperada pela necessidade de serem observadas as diretrizes imperativas de Estados onde possivelmente o laudo arbitral poderá vir a ser executado¹¹³. É uma necessidade prática, já que, de contrário, todo o esforço para a produção do laudo se perderá com a recusa de cumprimento fundada na inobservância de normas imperativas do Estado com o qual a arbitragem internacional apresente laço especialmente significativo.

2.3.2 Deslocalização da arbitragem

Ganhou expressão nos estudos da arbitragem internacional a ideia de sua deslocalização. Na ótica dessa teoria, a arbitragem internacional deve ser tratada como “desligada” dos ordenamentos jurídicos domésticos, especialmente da sede da arbitragem. Em sendo fruto da autonomia da vontade, a arbitragem deve seguir as regras definidas pelas partes que consentiram com ela, não tendo relevância as leis do local da sede.

¹¹² BRAGHETTA, Adriana. **Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais**: visão a partir do Brasil. 2008. 339. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 292

¹¹³ PINHEIRO, Luís de Lima. **Manual de Arbitragem**, p. 445.

É nesse contexto da teoria da deslocalização que surgem novos termos para designar essa diferente compreensão da ferramenta, como o de *floating arbitration* (arbitragem fluante) ou *arbitration unbound* (arbitragem sem fronteiras). Uma *arbitration unbound*, nas palavras de Jan Paulsson, seria aquela que possui “um potencial de reconhecimento em uma ou mais jurisdições sem estar necessariamente ancorada no sistema legal nacional do país em que foi proferida”¹¹⁴ (tradução do autor).

A consequência mais impactante da teoria da deslocalização é a possibilidade de laudos anulados na sede serem reconhecidos e executados por outro Estado. Como a arbitragem internacional não está ancorada no sistema jurídico da sede, a sua anulação perante esse sistema não vincularia o reconhecimento e cumprimento em face de outro Estado. Nega-se o caráter internacional que poderia ter a sentença de anulação da sede para admitir que a arbitragem internacional pode flutuar sobre as diversas ordens jurídicas nacionais e pairar numa delas para que sua decisão possa ser cumprida, bastando que atenda os requisitos de reconhecimento dessa órbita. Fica claro que com a deslocalização blinda o mecanismo de solução da influência de protecionismos e de voluntarismos políticos dos Estados, resguardando a sua eficácia e garantindo segurança jurídica àqueles que se socorrem dele.

2.3.2.1 A interpretação dos tribunais nacionais sobre a teoria de deslocalização

Alguns tribunais nacionais já adotaram posições que contêm traços da teoria da deslocalização.

Na década de 80, o Judiciário francês enfrentou demanda envolvendo a empresa francesa *Société Anonyme Norsolor* e a empresa turca de direito público *Pabalk Ticaret Limited Sirket* (caso *Norsolor*)¹¹⁵. Tratava-se de um contrato de representação comercial que continham uma cláusula compromissória fixando como mecanismo de solução de disputa a arbitragem perante a CCI. Com a ruptura do contrato, a empresa turca iniciou arbitragem, tendo sido fixado como sede Viena, na Áustria. Ao final do procedimento, considerou-se que a resolução contratual era de responsabilidade da empresa *Norsolor*, devendo essa

¹¹⁴ [...] *a potential for recognition in one or more enforcement jurisdictions without being ultimately anchored in the national legal system of the country where it was rendered*”. PAULSSON, Jan. **Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin**. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, nº 2, abril de 1981, p. 358-387, p. 358.

¹¹⁵ Comentários e detalhes sobre o caso *Norsolor*: BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**: visão a partir do Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 127-130.

última ressarcir os danos causados a outra contratante. De início, o laudo arbitral recebeu o *exequatur* na França em 1980. No entanto, como havia sido ajuizada pela *Norsolor* ação de anulação em Viena e tendo sido anulada parcialmente a sentença arbitral em 1982 sob o fundamento de que os árbitros não poderiam ter alicerçado a sua convicção apenas no princípio da boa-fé que integra a *lex mercatoria* internacional, a concessão do *exequatur* foi modificada pela Corte de Apelação de Paris. Porém, a Corte de Cassação francesa reformou essa última decisão para reconhecer integralmente a eficácia do laudo arbitral, pois, como não foi claramente prevista a lei a ser aplicada – se uma lei nacional ou se poderia ser aplicada a *lex mercatoria* – e em face do caráter internacional do negócio, não se poderia exigir a incidência de uma lei nacional em substituição da aplicação da *lex mercatoria*. Ainda se pesou que, em razão do art. VII da Convenção de Nova Iorque de 1958 (princípio da máxima eficácia), que possibilita a aplicação da lei nacional mais favorável do que as regras convencionais, a lei francesa não impedia que uma sentença arbitral que tivesse sido anulada na sede da arbitragem fosse recebesse o *exequatur*¹¹⁶. Embora não se faça expressa menção à teoria, não se pode deixar de admitir que o caso *Norsolor* suscita, mesmo que tangencialmente, a controvérsia sobre se uma arbitragem internacional deveria se inserir numa ordem jurídica nacional, constituindo um dos primeiros precedentes a tocar na temática.

Mais explícito sobre a deslocalização foi o pronunciamento da Corte de Cassação francesa no caso *Putrabali*¹¹⁷ em 2007. Nesta hipótese, ao apreciar apelação em que se discutia o reconhecimento de sentença arbitral anulada na sede, a corte francesa proclamou que uma sentença arbitral internacional não está conectada a qualquer ordem jurídica estatal, constituindo uma “decisão de justiça internacional”, cuja regularidade deveria ser sindicada no país onde apresentada para que seja executada. Assim, o fato de ter sido anulado pela sede não impediria que um laudo arbitral pudesse ser reconhecido pela jurisdição francesa.

Há também precedente do Judiciário norte-americano sobre a deslocalização. A empresa americana *Chromalloy Aeroservices Inc.* celebrou com as Forças Aéreas do governo do Egito negócio jurídico pelo qual a primeira se incumbiria de prestar serviços de manutenção de helicópteros desse último. O Egito, antes do termo final do avençado,

¹¹⁶ Acrescente-se que, posteriormente, a decisão anulatória foi revertida pela Suprema Corte austríaca, prejudicando o aprofundamento da discussão pelo Judiciário francês (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). Op. cit., p. 914).

¹¹⁷ Comentários e detalhes sobre o caso *Putrabali*: GAILLARD, Emmanoel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional**, p. 56.

resolveu rescindir o contrato, levando, então, a *Chromalloy* a iniciar arbitragem sediada no Cairo para obter possível reparação pela rescisão contratual. O laudo arbitral foi favorável à empresa americana, mesmo com a opinião dissidente do árbitro egípcio. Em 1994, a *Chromalloy* solicitou o reconhecimento do laudo nos Estados Unidos e na França, por outro lado o Egito ajuizou ação de anulação da arbitragem perante o Judiciário nacional. Em maio de 1995, o Tribunal da Grande Instância de Paris concedeu o *exequatur*. Por sua vez, em dezembro de 1995, a Corte de Apelação egípcia anulou o laudo. E, em julho de 1996, a Corte Distrital de Colúmbia reconheceu o laudo arbitral. O Judiciário egípcio anulou a sentença arbitral por ter compreendido que o direito egípcio administrativo deveria ter sido observado pelos árbitros. Para reconhecer o laudo arbitral, a Corte Distrital de Colúmbia – assim como o fez o Judiciário francês no caso *Norsolor* – buscou subsídio no art. VII da Convenção de Nova Iorque que garante a possibilidade de reconhecimento se o regime nacional for mais favorável do que o convencional. Como o direito norte-americano não indica como hipótese de anulação a situação retratada pelo Judiciário egípcio (inobservância das leis egípcias e deficiente fundamentação) para invalidar o laudo, a Corte do Distrito de Colúmbia desconsiderou a decisão judicial anulatória da sede e reconheceu o laudo arbitral. Apesar do precedente do caso *Chromalloy*, decisões semelhantes não se repetiram em outros processos, tendo as cortes norte-americanas feito a distinção dos casos subsequentes para que não se aplicasse a mesma razão de decidir, como nos casos *Baker Marine* e *Spier*¹¹⁸.

Sem embargo dos casos reportados no último parágrafo, não se identificam bastantes decisões de outras jurisdições nacionais para que se possa afirmar que a teoria da deslocalização seja pacificamente aceita.

Da mesma forma que a teoria da deslocalização pode influenciar o entendimento dos tribunais nacionais, a referida tese pode inspirar os árbitros a adotar posições que prestigiam a desvinculação do procedimento arbitral frente a decisões proferidas pelas jurisdições domésticas. É o que se verificou no caso COPEL¹¹⁹. A sociedade de economia mista brasileira Companhia Paranaense de Energia (COPEL) e a sociedade de projeto UEG Araucária celebraram contrato de compra e venda de energia no qual foi inserida cláusula compromissória arbitral. Emergindo litígio entre essas pessoas jurídicas, a COPEL propôs,

¹¹⁸ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, p. 174.

¹¹⁹ Comentários e detalhes sobre o caso COPEL: CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. A legalidade da arbitragem nos contratos celebrados pelo Estado: a discussão na jurisprudência dos tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 251, p. 125-138, mai./ago. 2009, p. 132-134.

inicialmente, uma medida cautelar de produção antecipada de provas e, em seguida, ação principal em que postulava a nulidade da referida convenção de arbitragem, uma vez que a UEG Araucária já havia solicitado a instauração do procedimento arbitral perante a CCI em Paris. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná chegou a decidir pela continuidade da arbitragem, mas o Presidente desse mesmo órgão decidiu monocraticamente suspender os efeitos do acórdão para que fosse determinada o sobrestamento do processo arbitral. Mesmo diante dessa impeditiva decisão judicial, os árbitros, com dissidência de apenas um deles, deliberaram que poderiam conhecer o litígio. Ao final, a disputa foi equacionada por transação costurada pelas partes.

2.3.2.2 Conexões da teoria da deslocalização com as três dimensões da arbitragem internacional

A emancipação do procedimento arbitral do ordenamento estatal de sua sede e a defesa de uma ordem jurídica arbitral própria e autônoma diversifica a forma como deve ser encarada a arbitragem.

A ideia da deslocalização se coaduna mais harmoniosamente com a representação da arbitragem internacional encarada a partir de uma ordem jurídica própria e autônoma. Com efeito, a doutrina emancipadora reforça um dos propósitos que a arbitragem internacional se dispõe a concretizar que é o de oferecer um espaço transnacional de solução de disputas que não esteja absorvido por jurisdições estatais.

Por outro lado, não é correto que o enfoque multilocalizador da visão westfaliana da arbitragem internacional também se alinhe à ideia da deslocalização. Na dimensão multilocalizadora, ao contrário do que se possa imaginar, a arbitragem internacional não se acha desvinculada totalmente de uma ordem jurídica específica. Na verdade, o que apregoa é que, independentemente do enquadramento definido pela sede, a arbitragem internacional terá sua eficácia reconhecida no sistema de jurídico que a reconheça ao ser apresentado o laudo. Pode ser, inclusive, validada por uma pluralidade de ordens jurídicas estatais, mas não será flutuante como engendrado na ideia da deslocalização.

Por outro lado, é clarividente que a representação monolocalizadora repudia fortemente a deslocalização, na medida que, ao contrário do preconizado por essa última, idealiza a juridicidade de arbitragem ancorada num ordenamento jurídico determinado.

3 O TRATAMENTO NORMATIVO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NO PLANO GLOBAL

O plano deste capítulo é discorrer acerca do enquadramento que se impõe ao instituto da arbitragem através das normas do direito internacional (convenções e acordos de arbitragem). Não serão abordados todos os aspectos desses instrumentos. Serão examinados pontos dessas convenções que dizem respeito ao seu âmbito de aplicação, à jurisdição e aos procedimentos de instituições arbitrais criados por elas, à qualificação jurídica das sentenças arbitrais e à compatibilidade dos textos normativos.

A mais antiga instituição voltada ao desenvolvimento de arbitragens internacionais é a Corte Permanente de Arbitragem. Ao longo dos anos, sofreu mudanças para se acomodar às novas realidades e aos novos conflitos no cenário internacional.

Uma instituição de arbitragem que, nos dias atuais, apresenta intensa atuação é o Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas a Investimentos. Embora limitada ao tema dos investimentos, a prática arbitral desse órgão ampliou a compreensão da sua jurisdição, permitindo que a pessoa privada possa instaurar procedimento arbitral perante um Estado em variadas situações.

Há também os tratados bilaterais de investimentos em que comumente se insere compromisso arbitral, vinculando os Estados pactuantes ao recurso obrigatório da arbitragem.

Nesse pano de fundo global da arbitragem internacional, deve ser investigada a posição do Estado brasileiro.

3.1 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM

Na busca pela manutenção da paz, países, sob a proposta do czar Nicolau II da Rússia, reuniram-se em Haia em 1899 para discutirem formas que prevenissem o uso da força beligerante para a resolução de litígios que não tivessem sido dirimidos pela via diplomática. O evento ficou imortalizado com a denominação Conferência da Paz de Haia. Dessa conferência resultou a aprovação da Convenção para a Solução Pacífica de Disputas Internacionais que, entre outras disposições, instituiu a Corte Permanente de Arbitragem (CPA) que até hoje se encontra em atividade.

Poucos anos depois, voltou-se a instalar em Haia uma nova conferência. A Conferência da Paz de Haia de 1907 resultou na redação de uma nova convenção que buscou reafirmar os preceitos da anterior e aprimorar as suas regras, especialmente o procedimento arbitral.

O Brasil esteve presente em ambas Conferências da Paz. Também ratificou ambas Convenções de Haia de 1899 e de 1907. Esta última foi promulgada pelo Decreto n.º 10.719, de 4 de fevereiro de 1914, juntamente com outros acordos.

As Convenções de Haia de 1899 e de 1907 compõem o estatuto instituidor da CPA. Sua criação demonstra a preocupação em desenvolver um mecanismo permanente de natureza jurisdicional para a resolução de diferenças. Foi, assim, plantada a semente para o posterior surgimento dos tribunais internacionais, como a Corte Permanente Internacional de Justiça e a CIJ. Àquele tempo, a diplomacia demonstrava as suas limitações, já que dependia notadamente da boa-fé dos Estados, pois os meios diplomáticos não contam com a força impositiva da jurisdição¹²⁰. Outrossim, a arbitragem internacional vinha se mostrando ser um eficaz instrumento, como fizeram prova as arbitragens *ad hoc* do caso Alabama e do Tratado Jay.

Surge, então, a CPA como o primeiro organismo de caráter permanente a oferecer um foro, onde Estados poderiam levar seus conflitos e os dirimirem pela aplicação de regras de direito. Foi formatada a CPA para se tornar uma organização intergovernamental que hoje congrega 118 países¹²¹. A última adesão ocorreu em dezembro de 2015 com a integração do Estado da Palestina. O caráter permanente da CPA a diferencia de qualquer tribunal arbitral antes criado, pois, de regra, a existência dos tribunais arbitrais é temporária, dissolvendo-se com a prolação do laudo arbitral, enquanto que a CPA organiza sistema permanente dentro do qual são constituídos juízos e tribunais arbitrais para os litígios que são apresentadas a ela. Aqueles juízos e tribunais arbitrais são temporários, mas a CPA, enquanto organização facilitadora de arbitragens internacionais, é permanente.

¹²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 1100.

¹²¹ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Member States**. 2016. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/en/about/introduction/member-states/>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

3.1.1 Escopo

A CPA foi concebida originariamente como um foro exclusivo para Estados. Logo, apenas poderia ser provocada por ente estatais para chamar outros países a tomarem assento em procedimentos arbitrais.

Há que se esclarecer que as Convenções de Haia de 1899 e de 1907 não se restringiram a regulamentar a arbitragem como meio de solução pacífica de divergências internacionais. Igualmente trouxeram provisões sobre os bons officios, a mediação e as comissões de inquérito, regulamentando-as para que os Estados deles pudessem se utilizar.

Além das Convenções de Haia, foram sendo elaborados outros instrumentos normativos no seio da CPA. Uma vez que se mostrava lacunoso e desatualizado o regramento do processo arbitral na Convenção de Haia de 1907, viu-se imprescindível redigir diploma próprio que detalhasse melhor o instrumento da arbitragem, tendo surgido o Regulamento de Arbitragem da CPA. Além desse regulamento, em 1990 foi definido um novo conjunto de regras compatíveis com a nova realidade da arbitragem internacional. Assim, vieram o Regulamento Opcional para Arbitragem entre dois Estados, o Regulamento Opcional para Arbitragem entre duas Partes das quais uma é um Estado, o Regulamento Opcional para Arbitragem envolvendo Organizações Internacionais e Estados e o Regulamento Opcional para Arbitragem entre Organizações Internacionais e Pessoas Privadas. Em áreas temáticas específicas, posteriormente foram editados dois instrumentos normativos: o Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Recursos Naturais e ao Meio Ambiente de 2001 e o Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Atividades Espaciais de 2002. Estes dois últimos corpos normativos evidenciam a diversidade de matérias que podem ser abordadas na CPA.

Porém, deve ser dito que os citados regulamentos são meramente opcionais. Logo, o tão-só fato de o Estado ter aderido às Convenções de Haia de 1899 e de 1907 não importa a aplicação automática desses regulamentos opcionais. Na verdade, quando instituído o juízo arbitral, as partes podem definir a submissão àqueles regulamentos opcionais que certamente se mostrarão úteis para colmatarem espaços vazios deixados pelo compromisso arbitral que não tenha acobertado todos os aspectos e vicissitudes da arbitragem internacional.

No decorrer dos anos, a CPA foi sofrendo mudanças para acompanhar as novas conformações das relações internacionais. Uma das mais marcantes mudanças ocorreu com a reforma do Regulamento de Arbitragem que se deu em 2012, quando se inseriu naquele

diploma regramento para as arbitragens envolvendo organizações internacionais e pessoas privadas, absorvendo as diretivas que constavam dos regulamentos opcionais mencionados há pouco. A revisão de 2012 foi realizada tomando por modelo o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL para incorporar os preceitos já consagrados para a arbitragem comercial internacional, conferindo maior importância à flexibilidade do procedimento e à autonomia das partes. Exemplos desse enfoque reformador podem ser encontrados no art. 10(2) em que se prevê que as partes podem estruturar o tribunal arbitral para que seja composto por um, três ou cinco árbitros, sendo ainda permitido que o número de árbitros seja outro, desde que obedecida a forma de indicação contemplada no regulamento. O art. 10(4) complementa para fixar que a nomeação não está circunscrita aos membros da CPA, podendo, por conseguinte, ser indicado como árbitro pessoa externa à CPA.

Da harmonização entre os Regulamentos de Arbitragem da CPA e da UNCITRAL se infere que o regime da arbitragem internacional da CPA não se diferencia enormemente do regime das arbitragens transnacionais comerciais, tornando cada vez mais irrelevante a dicotomia que costumeiramente se faz no direito entre público e privado e reforçando a afirmação de que as pessoas privadas podem ser sujeito de direito nas relações internacionais.

3.1.1.1 Estrutura da Corte e a função do Secretário-Geral como *appointing authority*

A CPA se compõe de três órgãos: a) o Conselho Administrativo; b) os Membros da Corte; c) o Escritório Internacional (*International Bureau*).

O Conselho Administrativo é formado pelos representantes diplomáticos indicados pelos Estados partes da Convenção de Haia de 1907, sendo presidido pelo Ministério das Relações Exteriores dos Países Baixos. Esse órgão desempenham uma função preponderante sobre os demais, dirigindo o Escritório Internacional, elaborando os regulamentos da CPA e decidindo as questões administrativas da CPA¹²². Exerce, portanto, funções fiscalizatória, legislativa e executiva no âmbito da CPA.

Os Membros da Corte são os potenciais árbitros que são indicados pelos Estados partes da Convenção de Haia. Cada país poderá designar, no máximo, quatro pessoas que serão indicadas por um prazo de seis anos para integrar uma lista geral. Nos termos do art.

¹²² Art. 49 da Convenção de Haia de 1907.

44 da Convenção de Haia de 1907, os requisitos para ser indicado como membros são apenas dois: a) ser reconhecido por notório conhecimento no direito internacional; b) gozar de alta consideração moral. Não se requisita que o indicado seja da nacionalidade do Estado parte, podendo, inclusive, uma mesma pessoa ser indicada por mais de um país para figurar na lista geral. De acordo com o art. 45 da Convenção de Haia de 1907, os árbitros para resolver litígios no âmbito da CPA devem ser escolhidos dentre a lista geral dos Membros da Corte. No entanto, o referido dispositivo perdeu sentido diante da regra contida no art. 10(4) do Regulamento de Arbitragem de 2012 que estipula que as partes podem escolher árbitros que não sejam Membros da Corte. Atualmente, os Membros da Corte indicados pelo Brasil são Celso Lafer, Nadia de Araújo, Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros e Eduardo Grebler.

O Escritório Internacional disponibiliza suporte administrativo aos tribunais arbitrais e às comissões formadas na CPA¹²³, sendo responsável pelas comunicações, pelo depósito dos documentos e pela gestão dos negócios administrativos¹²⁴. Inclusive, o Escritório Internacional poderá oferecer seu apoio logístico e suas instalações para arbitragens outras em que figurem um dos Estados partes, como procedimentos que sejam regidos pelo Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL¹²⁵. Nessas situações, o Escritório Internacional poderá facultar aos Estados partes assistência técnica e suas dependências, como se cartório (*registry*) fosse, para procedimentos arbitrais que tramitem em qualquer parte do mundo. Com essa abertura, fica claro o propósito da Convenção de Haia de 1907 em promover a arbitragem internacional como uma forma universal de solução de controvérsia, não importando se realizada pela CPA ou não. Exemplificativamente, deve ser lembrado o caso do tribunal arbitral instalado com base nos Acordos de Argel de 1981 entre Estados Unidos e Irã para a apreciação de reclamações compensatórias envolvendo os dois governos e seus nacionais após a crise de 1979 em que iranianos fizeram americanos reféns na Embaixada Americana em Teerã, o que levou o Estado norte-americano a bloquear recursos financeiros iranianos. O citado tribunal arbitral tem desenvolvido suas atividades com o suporte do Escritório Internacional da CPA¹²⁶.

Para a chefia do Escritório Internacional é indicado o Secretário-Geral, cujas funções, porém, não se limitam a gerenciar administrativamente o citado órgão. Além desta tarefa, o

¹²³ Art. 15 da Convenção de Haia de 1907.

¹²⁴ Art. 43 da Convenção de Haia de 1907.

¹²⁵ Art. 47 da Convenção de Haia de 1907.

¹²⁶ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Annual Report**. 2015. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/02/PCA-annual-report-2015.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

art. 6(1) do Regulamento de Arbitragem da CPA lhe atribui o ofício de autoridade nomeadora (*appointing authority*)¹²⁷. Como tal, o Secretário-Geral poderá: a) requisitar das partes e dos árbitros informação que julgar necessária (art. 6(2)); b) nomear árbitros diante da dissidência das partes na composição do tribunal arbitral, inclusive fora da lista dos Membros da Corte (arts. 7 a 10); c) indicar árbitros substitutos em circunstâncias especiais que justifiquem a retirada da parte do direito de indicar um novo árbitro (art. 14(2)); d) decidir impugnação contra a designação de árbitro, cuja parcialidade seja desafiada (art. 13(4)); e) revisar e ajustar a determinação do tribunal arbitral sobre a distribuição das despesas e tarifas da arbitragem (art. 41(2)).

O mais interessante é que essa função de *appointing authority* é atribuída ao Secretário-Geral da CPA por outros regramentos de arbitragens internacionais, como o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL que, em seu art. 6(1)(2), indica o Secretário-Geral da CPA como autoridade nomeada que pode ser escolhida para os procedimentos regulados por aquele regulamento¹²⁸. Mais uma vez se constata a interseção que há entre os Regulamentos de Arbitragem da CPA e da UNCITRAL, evidenciando que ambos compartilham uma visão semelhante da arbitragem internacional.

Para ilustrar a relevância dessa atribuição do Secretário-Geral da CPA, o Relatório Anual de 2015 da CPA informou que, naquele período, o Secretário-Geral recebeu 42 requisições que se relacionavam com sua função de autoridade nomeadora¹²⁹. Ainda acrescente o citado informe que, entre os anos de 2011 a 2015, o Secretário-Geral recebeu 257 requisições como *appointing authority*. Mais uma vez se notabiliza o caráter universal da CPA que não se fecha num sistema de arbitragem internacional apenas para aqueles que tenham aderido às Convenções de Haia.

¹²⁷ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration Rules 2012**. 2016. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016).

¹²⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Arbitration Rules**. 2015. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹²⁹ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Annual Report**. 2015. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/02/PCA-annual-report-2015.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

3.1.2 Jurisdição e suas características

A jurisdição da CPA é definida em termos gerais pelo art. 42 da Convenção de Haia de 1907 que estipula que “[...] será competente para todos os casos de arbitragem, a menos que haja acordo entre as Partes para o estabelecimento de uma jurisdição especial [...]”¹³⁰.

Foi definida a jurisdição da CPA com amplo espaço para que as partes envolvidas num conflito possam elegê-la como foro para solução de suas diferenças. No entanto, há nuances nessa jurisdição que devem ser destacadas.

De imediato, deve ser esclarecido que o fato de um Estado ser parte da Convenção de Haia de 1907 não pode ser tomado como suficiente para a instalação obrigatório do juízo arbitral pela CPA¹³¹. Antes mesmo da arbitragem, os Estados podem recorrer a outras ferramentas de pacificação de conflitos, como os bons ofícios e a mediação. Outrossim, o art. 42 da Convenção de Haia de 1907 prescreve que os Estados podem fixar uma jurisdição diversa da CPA para resolver um litígio particular.

Ademais, os arts. 53 e 54 da Convenção de Haia de 1907 prescrevem que as partes devem assinar compromisso arbitral para a instauração da jurisdição da CPA. Como já visto, esse compromisso arbitral entre Estados tem a natureza de um tratado. Excepcionalmente, permite-se que em duas situações se forme o compromisso arbitral pela CPA, mesmo que uma das partes se mostre resistente à sua conclusão: a) quando a controvérsia se insere em tratado de arbitragem que estabeleça para cada litígio um compromisso sem afastar a possibilidade de a CPA formular esse compromisso arbitral; b) quando o litígio se refere a dívidas decorrentes de contratos e reclamadas de um Estado para outro como devidas aos seus nacionais, tendo sido acertado o recurso da arbitragem como adequado, salvo se tiver sido subordinada a aceitação da arbitragem à condição de compromisso arbitral que não possa ser estabelecido pela CPA. Nessas duas hipóteses, percebe-se que a compromisso arbitral é fundamentado em tratado e contrato concluídos antes da disputa, extraindo a aceitação da jurisdição da CPA da vontade manifestada nesses documentos que abrangem a diferença a ser resolvida.

¹³⁰ BRASIL. Decreto n.º 10.719, de 4 de fevereiro de 1914. Promulga as Convenções, firmadas pelos Plenipotenciários do Brasil na Segunda Conferência da Paz em 1907 na Haya. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1914.

¹³¹ CARVALHO, Claudia Paiva; STORTI, Flávia Fonseca Parreira; FREITAS, Lucas Mendes Teixeira de. Corte Permanente de Arbitragem. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org.). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143-165, p. 155.

3.1.2.1 Competência em razão da matéria

A CPA não possui um âmbito particular de matérias que podem ser conhecidas sob os seus auspícios. Já foram instituídos juízos arbitrais na CPA para enfrentar questões territoriais, delimitação de fronteiras, meio ambiente, interpretação de tratados, investimentos e direitos humanos.

Não há limites para o aspecto material da competência da CPA. Até discussões relativas a atividades espaciais podem ser travadas na CPA que possui regulamento específico e opcional para essa temática (Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Atividades Espaciais). Nem mesmo a circunstância de o procedimento arbitral ser governado por outro regime normativo impede que a CPA possa administrar a arbitragem. São comuns arbitragens mistas entre investidor e Estados que são regidas pelas regras da UNCITRAL e gerenciadas pela CPA.

3.1.2.1.1 Arbitragem internacional em matéria ambiental

Também se poderia estranhar a possibilidade de ser utilizada a arbitragem internacional para debater questões ambientais. No entanto, a CPA não se faz indiferente a esse assunto, tendo também editado regulamento específico e opcional para esse ponto (Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Recursos Naturais e ao Meio Ambiente).

Igualmente, há que se declinar que já foram enfrentados casos ambientais perante a CPA. Pode ser citado o caso MOX Plant que envolveu a Irlanda e o Reino Unido acerca da operação de uma usina de reaproveitamento e beneficiamento nuclear que reprocessaria lixo de combustível nuclear e o transformaria em outro combustível denominado óxido misto (MOX – *mixed oxide fuel*)¹³². Insurgiu-se o governo irlandês contra o funcionamento dessa usina sob alegação de que o transporte marítimo de material radioativo representava riscos potenciais de poluição do Mar da Irlanda. Em 2001, a solicitação de instituição da arbitragem foi deduzida com base na Convenção sobre o Direito do Mar, tendo sido definido a CPA para administrar o procedimento. No decorrer do procedimento, o mesmo litígio foi levado à Corte Europeia de Justiça que se afirmou competente para o caso, o que motivou o tribunal

¹³² PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Case Repository**: Ireland v. United Kindgom (MOX Plant Case). Disponível em: <<http://pcacases.com/web/view/100>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

arbitral a suspender os procedimentos em 2003. Após o julgamento da disputa pela Corte Europeia de Justiça, a Irlanda manifestou a desistência e o tribunal arbitral deliberou terminar os procedimentos.

3.1.2.1.2 Arbitragem intraestatal

Outro aspecto interessante da competência *ratione materiae* diz respeito ao caráter internacional dos conflitos o qual não parece ser essencialmente relevante para a jurisdição da CPA.

As Convenções de Haia do limiar do século XX foram redigidas considerando a realidade das arbitragens interestatais que têm por objeto disputas intrinsecamente internacionais. No entanto, nos dias hodiernos, os conflitos que comovem a comunidade internacional podem se dar num único Estado, não se mostrando apta a jurisdição local para resolvê-los de forma isenta e eficaz¹³³. Nessas situações, a arbitragem internacional pode se mostrar como uma ferramenta adequada, principalmente considerando a sua flexibilidade para atuar com pessoas privadas e organizações internacionais. O caso arbitral *Abyei* conduzido pela CPA ilustra essa situação¹³⁴.

No Sudão, fica localizada a região de *Abyei*, uma zona territorial rica em petróleo, que, nos anos 2000, foi disputada pelas partes norte e sul daquele país. Para resolver o impasse, foi estabelecido acordo para que um grupo de cinco especialistas demarcassem as fronteiras de *Abyei*. Após, seria definido, através de referendo popular, se a referida área iria tomar parte da região norte ou sul do Sudão. Os expertos lançaram laudo que, porém, não foi aceito pelo Governo sudanês sob a alegação de que os grupo de *experts* havia incluído na delimitação zona territorial com a qual não concordava. Assim, em 2008, o Governo do Sudão e Movimento de Libertação do Povo Sudanês – grupo armado que rivaliza com as forças do governo na área – celebraram acordo de arbitragem para submeter à CPA a questão e deliberar se os expertos excederam no mandato que lhes foi outorgado na delimitação das fronteiras de *Abyei* e, caso chegasse à conclusão que ocorrera excesso, definir, então, os limites da área de *Abyei*. A decisão final pelo tribunal arbitral foi proferida rapidamente. Por

¹³³ DALY, Brooks W. Permanent Court of Arbitration. In: GIORGETTI, Chiara (Ed.). **The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, p. 37-73, p. 65.

¹³⁴ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Past cases: Abyei Arbitration**. Disponível em: <http://archive.pca-cpa.org/Abyei%20Final%20Award2e06.pdf?fil_id=1240>. Acesso em: 18 mar. 2016.

maioria, os árbitros concluíram que os expertos falharam na delimitação das porções orientais e ocidentais de *Abyei* e, com isto, redemarcaram as fronteiras da área conflituosa.

O caso *Abyei*, em que, contrariamente dos casos arbitrais clássicos sobre delimitação de fronteiras, foi debatida a marcação de limites internos de um Estado, evidencia que a CPA pode administrar arbitragens intraestatais, deixando claro que a internacionalidade da diferença não é elemento decisivo para a sua jurisdição.

3.1.2.2 Competência em razão da pessoa

Em sua concepção original, a CPA foi ideada para servir de palco a arbitragens interestatais. No entanto, as feições do direito internacional do final do século XIX não são as mesmas de hoje.

Com o passar do tempo, de arbitragens estritamente interestatais a CPA passou a admitir arbitragens envolvendo organizações internacionais e pessoas privadas. Na década de 90, vieram os regulamentos opcionais em que já se contemplavam relações arbitrais com esses novos sujeitos do direito internacional, o que foi consolidado com a reforma de 2012.

3.1.2.2.1 Arbitragens internacionais com pessoa privada

Não se pode olvidar que, mesmo antes das alterações dos atos regulamentares da corte, um tribunal arbitral instituído no quadro da CPA admitiu arbitragem envolvendo um Estado e uma pessoa privada. Foi o caso *Radio Corporation of America* na década de 30¹³⁵. Baseado em contrato celebrado em 1928 com a China que lhe assegurava a operação de rede de radiotelegrafo para comunicações comerciais entre o citado país e os Estados Unidos, a citada empresa norte-americana iniciou procedimento arbitral pelo qual requereu que fosse considerado que o ato de a China ter concluído acordo similar com outras duas empresas norte-americanas violava o seu precedente acordo que teria estabelecido a exploração dessa atividade em caráter exclusivo. Em 1935, foi proferido o laudo final em que se reputou que o acordo com a Radio Corporation não assegurava a exclusividade reclamada. Foi assentado que o tribunal arbitral poderia conhecer a reclamação no sistema da CPA, pois, de acordo com o art. 47 da Convenção de Haia de 1907, os Estados partes, dentre eles a China, poderia

¹³⁵ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Case Repository**: Radio Corporation of America v. China. Disponível em: < <http://pcacases.com/web/view/16>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

recorrer à CPA para que fosse administrada “qualquer jurisdição especial de arbitragem”¹³⁶. Assim, excepcionalmente, um Estado parte poderia trazer para a CPA disputa em que um dos polos da relação arbitral não tivesse um igual a ele. A interpretação extensiva do art. 47 da Convenção de Haia de 1907, então, dilatou a competência em razão da pessoa da CPA, o que foi ratificado nos atos regulamentares posteriores.

Atualmente, o Regulamento de Arbitragem da CPA prevê que suas regras podem ser aplicadas em arbitragens transnacionais que se relacionem apenas com pessoas privadas. No entanto, por força do art. 1(4) do citado estatuto, o Secretário-Geral limitará o papel da CPA nessas arbitragens apenas à função de *appointing authority* sobre a qual se dissertou em outro momento. Com isto, estabelece-se um tênue ponto de comunicação da estrutura da CPA com arbitragens de entes privados.

Por outro lado, o Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Recursos Naturais e ao Meio Ambiente não estipula requisito específico quanto à qualidade das pessoas envolvidas nas demandas pertinentes ao temário ambiental. No silêncio do estatuto, pode-se interpretar, então, que, excepcionalmente no marco do Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Recursos Naturais e ao Meio Ambiente, podem ser instauradas no seio da CPA arbitragens internacionais que lidem apenas com pessoas privadas.

Aliás, o Relatório Anual de 2015 da CPA noticia que, nesse ano, o organismo administrou uma arbitragem entre pessoas privadas fundada em contrato com cláusula compromissória de acordo com o Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Recursos Naturais e ao Meio Ambiente¹³⁷. Confirma-se, assim, a interpretação de que o estatuto mencionado autoriza a CPA a gerenciar procedimento arbitral que tenha como partes apenas pessoas privadas, embora em matéria específica (recursos naturais e meio ambiente). Sem dúvida que o interesse substancialmente público que cerca os assuntos ambientes pode justificar a excepcionalidade.

¹³⁶ Art. 47. O Escritório fica autorizado a pôr as suas instalações e a sua organização à disposição das Potências contratantes para o funcionamento de qualquer jurisdição especial de arbitragem (BRASIL. Decreto n.º 10.719, de 4 de fevereiro de 1914. Promulga as Convenções, firmadas pelos Plenipotenciários do Brasil na Segunda Conferência da Paz em 1907 na Haya. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1914).

¹³⁷ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Annual Report**. 2015. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/02/PCA-annual-report-2015.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

3.1.2.2.2 Arbitragem internacional com Estado que não seja parte das Convenções de Haia

Ainda acerca da competência *ratione personae*, convém consignar que o sistema da CPA pode conduzir procedimentos arbitrais em que se tenha um Estado que não tenha aderido à Convenção de Haia de 1907. Preceitua o art. 47 que a jurisdição da CPA pode se estender para conhecer disputas entre Estados não contratantes ou entre um Estado parte e um Estado não contratante. Nem mesmo se exige que um dos litigantes seja um Estado parte. Para tanto, deverão os entes estatais manifestar o seu consentimento que restará consubstanciando no compromisso arbitral.

Fato é que o projeto inicial da CPA foi superado pelas novas facetas das relações internacionais. A arbitragem interestatal na CPA perdeu espaço para a arbitragem mista que hodiernamente se faz mais numerosa. De acordo com os dados estatísticos da Relatório Anual de 2015, a CPA, durante o referido ano, as arbitragens entre investidor e Estado foram em maior número, totalizando 76 casos baseados em bilateral ou multilateral tratados ou leis nacionais, o que correspondeu a 56% dos 136 casos administrados pela CPA. Em segundo lugar, vieram as arbitragens entre Estado, organizações intergovernamentais ou outra entidade pública, cujo número absoluto chegou a 44 casos (33%). Apenas 08 arbitragens puramente interestatais (6% do total de casos) foram conduzidas pela CPA em 2015.

3.1.2.3 Competência em razão do tempo

A competência do juízo arbitral pode ser limitada pelo tempo, demarcando-se quais fatos podem ser debatidos a partir de critérios temporais. Por exemplo, numa arbitragem internacional *ad hoc*, o acordo entre Estados pode fixar que reclamações somente poderão ser deduzidas até determinada data e somente poderão questionar fatos ocorrido num específico período, nomeadamente o período em que se verificam as consequências de marcante acontecimento que impulsionou os entes estatais a recorrerem a essa forma de solução de disputas.

As Convenções de Haia e os regulamentos da CPA não estipularam marcos no tempo que configurassem a competência da CPA em abstrato. Por conseguinte, deve ser seguida a regra geral da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (art. 28) acerca da irretroatividade dos tratados.

Na verdade, os acordos multilaterais ou bilaterais e os contratos que legitimam a competência da CPA poderão firmar termos para o exercício a jurisdição arbitral em concreto. Decerto que esses limites temporais modelam a competência *ratione temporis* da CPA, devendo ser observados pelos árbitros na apreciação do caso para o qual sejam designados. Pode um BIT fixar uma data para sua entrada em vigor, mas prescrever que reclamações acerca de seu cumprimento somente poderão ser apresentadas após um período de tempo. Esse espaço temporal seria o que se pode chamar de “*cooling off period*” pelo qual se assegura às partes uma fase para que os Estados possam resolver pacificamente eventuais diferenças e possam se acomodar às novas situações decorrentes de um parâmetro normativo antes não existente, sem que seja necessário recorrer a um meio jurisdicional como a arbitragem.

3.1.3 Regramento procedimental

O rito das arbitragens administradas pela CPA pode variar a depender do conjunto normativo que o governará. As Convenções de Haia se mostram anacrônicas, sendo, por conseguinte, mais adequado aos procedimentos atuais o Regulamento de Arbitragem da CPA de 2012. Há ainda os regulamentos opcionais já referidos, bem como a possibilidade de ser administrada pela CPA arbitragem submetida às regras da UNCITRAL.

Será apresentado o regramento procedimental a partir do Regulamento de Arbitragem da CPA de 2012, já que este diploma representa atualmente o conjunto normativo mais compatível às arbitragens internacionais que são gerenciadas pela CPA. Assim, as referências a artigos que serão feitas nas próximas linhas dizem respeito àquele diploma.

O primeiro passo para a instauração do juízo arbitral perante a CPA é a notificação da intenção de recurso à arbitragem por uma parte à outra (art. 2(1)). A mesma notificação deverá ser enviada ao Escritório Internacional (art. 3(1)). É a data do recebimento da notificação de arbitragem que marca o início do procedimento (art. 3(2)).

Deverá ser composto o tribunal arbitral de acordo com o consentido pelas partes (art. 7(1)). O mais comum é a composição de um tribunal arbitral com três membros, dos quais dois são designados por cada uma das partes e o terceiro, que será o presidente, será

escolhido por esses dois árbitros¹³⁸. Diante de divergências na formação do tribunal arbitral, poderá atuar o Secretário-Geral como autoridade nomeadora, inclusive para decidir sobre alegações de suspeição (art. 13(4)).

Uma vez instituído o tribunal arbitral, deverão ser definidos os atos procedimentos e os seus termos para que se chegue à decisão arbitral (art. 17). É nesse momento que a parte requerente deverá fazer a declaração de reclamação com os requisitos exigidos (art. 20(2)), salvo se a notificação de arbitragem já atender esses pressupostos.

Em sua defesa, a parte respondente poderá contestar a jurisdição do tribunal arbitral. O Regulamento de Arbitragem da CPA consagra em seu art. 23(1)) o princípio da competência-competência pelo qual se estabelece que o próprio tribunal arbitral poderá decidir sobre sua jurisdição, inclusive acerca das objeções sobre a validade do acordo de arbitragem. Naquela mesma provisão, resguarda-se também a autonomia da cláusula de arbitragem frente ao contrato, tratado ou outro acordo que regule a relação jurídica das partes.

Uma vez impugnada a jurisdição, o tribunal arbitral poderá dividir o procedimento para, preliminarmente, apreciar e instruir a objeção e, após, decidir, proferindo decisão apenas sobre essa questão (art. 23(3)). Se assim não o fizer, o ponto será resolvido quando do julgamento de mérito.

No decorrer do procedimento, o tribunal arbitral, a pedido de uma das partes, poderá conceder medidas interinas com o propósito de resguardar riscos que possam prejudicar a correta e devida solução da disputa (art. 26(2)). Inclusive, prevê-se que as partes podem solicitar medidas semelhantes aos judiciários nacionais que funcionarão como juízes de apoio, sem que essa cooperação seja interpretada como renúncia à arbitragem (art. 26(9)).

O Regulamento de Arbitragem da CPA de 2012 não dispõe sobre a possibilidade de intervenção de terceiro ou do *amicus curiae*. A Convenção de Haia de 1907, em seu art. 84, prevê a possibilidade de um Estado vir a requerer a sua participação em arbitragem em que se discuta a interpretação de tratado da qual ele seja parte, embora não figure inicialmente em um dos polos da relação arbitral. Estipula ainda a provisão que, caso o citado Estado venha a intervir no processo, a interpretação que for fixada pelo tribunal arbitral vinculará aquele ente estatal. Aponta Brooks W. Daly que a CPA possui uma limitada experiência com pedidos de intervenção de *amicus curiae* não solicitados devido provavelmente ao maior

¹³⁸ CARVALHO, Claudia Paiva; STORTI, Flávia Fonseca Parreira; FREITAS, Lucas Mendes Teixeira de. Op. cit., p. 157.

grau de privacidade dos procedimentos arbitrais administrados pela corte, notadamente quando aplicadas o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL¹³⁹.

A instrução do juízo arbitral se dará através de audiências, coleta de provas testemunhais e documentais (arts. 27 e 28) e, até, de relatórios de peritos (art.29). As audiências serão realizadas de forma privativa, salvo se as partes acordarem o contrário (art. 28(3)). Com esses elementos colhidos com a instrução, os árbitros se habilitarão para apreciar o mérito da causa.

A sentença arbitral será ditada, no caso de mais de um árbitro, pela maioria (art. 33(1)), devendo ser, de regra, fundamentada (art. 34(3)). Podem ser proferidas sentenças parciais para agilizar a pacificação do conflito (art. 34(1)). Sobre o laudo pairará o selo da confidencialidade, salvo se as partes concordarem ou se, por dever legal ou para resguardar direito debatido judicialmente, for necessário exibir o laudo (art. 34(5)).

O laudo é final e vinculante, não cabendo recursos de revisão ou de anulação. Porém, é possível deduzir pedido de interpretação (art. 37) ou de correção (art. 38) para esclarecer ou aperfeiçoar a sentença arbitral.

Uma vez proferida a sentença arbitral, as partes devem se submeter a ela de boa-fé. Lembre-se que, de acordo com o art. 1(2) do Regulamento de Arbitragem da CPA de 2012, a aceitação da arbitragem redundará na renúncia da imunidade de jurisdição, mas não fará esvaecer a imunidade de execução, o que dificultará a implementação de um laudo em desfavor de um Estado perante uma jurisdição nacional.

Nas arbitragens interestatais, a relação arbitral não se estabelece com fundamento apenas na adesão às Convenções de Haia, mas pelo compromisso arbitral que ostenta a natureza de tratado. Assim, o descumprimento de uma sentença arbitral proferida pela CPA equivale, no campo do direito internacional, a uma violação do princípio do *pacta sunt servanda*, já que representaria, no fundo, a inobservância do compromisso arbitral.

Por outro lado, em arbitragens mistas em que aparece uma pessoa privada, a sentença arbitral poderá ser executada perante jurisdição diversa daquela em que restou estabelecida a sede da arbitragem, valendo-se das normas da Convenção de Nova Iorque de 1958, se o Estado de execução a tiver ratificado¹⁴⁰. É de admitir que a execução desses laudos se assemelhará ao cumprimento das sentenças proferidas em arbitragens comerciais internacionais.

¹³⁹ DALY, Brooks W. Op. cit., p. 45-46.

¹⁴⁰ Ibid., p. 48.

3.1.4 O Estado brasileiro e a Corte Permanente de Arbitragem

Não se conhece que haja no momento casos na CPA envolvendo o Brasil ou seus nacionais.

Todavia, isso não quer dizer que a CPA seja um terreno hostil. O Estado brasileiro já aderiu ao sistema da CPA, podendo, por conseguinte, seus nacionais dele se utilizarem. O ponto delicado estará na conclusão do compromisso arbitral para a instauração do juízo arbitral. Para tanto, a atuação em concreto da CPA dependerá da vontade do Estado brasileiro em firmar acordos com demais entes do direito internacional.

Não obstante, é de notar que a CPA foi alvo da atenção da sociedade brasileira em razão de evento que envolveu a brasileira Ana Paula Maciel que foi detida pelo governo russo juntamente com ativistas do *Greenpeace* em 2013¹⁴¹. É o caso *Arctic Sunrise* em que se opuseram Rússia e Holanda.

Em 2013, a Rússia invadiu e deteve a embarcação *Arctic Sunrise* pertencente ao *Greenpeace* que, com o citado barco, realizava protestos contra a exploração petrolífera em zona econômica exclusiva daquele país. Para a Rússia, o navio e seus tripulantes estavam praticando atos de pirataria, o que legitimava a sua ação de detenção. Como a embarcação estava registrada na Holanda, este Estado solicitou medidas provisionais ao Tribunal Internacional do Mar que determinou a liberação do navio e dos tripulantes detidos mediante o depósito de fiança. Em seguida, com base na Convenção do Direito do Mar, a Holanda, ainda em 2013, requereu a abertura, perante a CPA, de procedimento arbitral para que fosse resolvida a controvérsia, pois entendia que os atos de invasão e detenção não tinham amparo nas normas de direito internacional do mar. A Rússia se negou a participar da relação arbitral. Não obstante, foi instituído o juízo arbitral que, após afirmar a sua competência, decidiu, em agosto de 2015, que a Rússia havia desrespeitado a medida provisional e violado obrigações definidas pela Convenção do Direito do Mar em detrimento da Holanda e, por isto, reconheceu ser devida a este último país compensação em montante ainda a ser liquidado¹⁴².

¹⁴¹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Retorno ao Brasil da ativista Ana Paula Maciel**. 2013. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2370:retorno-ao-brasil-da-ativista-ana-paula-maciel&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 18 mar. 2016.

¹⁴² PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Case Repository**: The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia). Disponível em: <<http://pcacases.com/web/view/16>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

O caso *Artic Sunrise* evidencia que a CPA pode oferecer uma jurisdição internacional que, em garantia do acesso à justiça num sentido internacional, poderá tutelar os interesses do Estado brasileiro em caso de conflitos de diversos temas os quais extrapolem as fronteiras nacionais. Até para os brasileiros – pessoas privadas – se mostra vantajosa a CPA que, consoante visto, deixou de ser um mecanismo exclusivamente interestatal.

Pode ser o recurso a CPA até mesmo uma alternativa à arbitragem de investimentos, já que, como se aprofundará, o Brasil tem mostrado reservas à jurisdição do CIRDI, ainda mais porque a CPA, com a reforma do Regulamento de Arbitragem em 2012 que tomou por modelo o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, adequou o seu procedimento arbitral aos *standards* das arbitragens internacionais das quais também participam pessoas privadas. Por ser uma organização que originariamente surgiu como um mecanismo interestatal, o Estado brasileiro não parece alimentar o mesmo estranhamento que possui com o CIRDI.

3.2 CENTRO INTERNACIONAL INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVESTIMENTOS

Ao investidor estrangeiro que teve seus recursos atingidos por medidas implementadas pelo Estado onde alocados seus investimentos, de qual remédio jurídico poderá se socorrer se não concordar com os atos estatais?

A primeira opção seria recorrer à jurisdição local. Porém, seria compreensível duvidar da neutralidade do foro nacional. Além disso, o juiz estatal aplicará o direito local com o qual o investidor geralmente não concorda ao confrontá-lo com normas internacionais. Poderia também reclamar a proteção diplomática do país do investidor. Todavia, como na proteção diplomática o Estado substitui o nacional na solução do impasse, o investidor é colocado em segundo plano e as conjunturas políticas passam a ter maior peso na resolução da disputa¹⁴³.

Descortina-se, então, a arbitragem internacional como uma ferramenta que poderá oferecer ao investidor estrangeiro a proteção de seus interesses. Na arbitragem internacional em que se oponham a pessoa privada e o Estado, a controvérsia poderá ser apreciada por julgadores neutros e com a aplicação do direito internacional, bem como dela poderá

¹⁴³ MELO, Leonardo de Campos. Introdução às arbitragens de investimento perante o sistema ICSID. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 34, p. 55-94, jul./set. 2012, p. 56.

participar ativamente o próprio investidor sem a intermediação diplomática do seu Estado de origem.

Não é à toa que a arbitragem em matéria de investimentos estrangeiros ganhou a atenção dos estudos do contencioso internacional, notadamente aquela em que se colocam frente a frente um Estado e uma pessoa privada. Até mesmo para a CPA que nasceu como organismo voltado aos conflitos interestatais, a arbitragem mista passou a ocupar as suas atividades, como se verificou em seção anterior. Inúmeros são os tratados bilaterais de promoção e proteção de investimentos celebrados entre nações em que se prevê o recurso à arbitragem como expediente para a solução de conflitos surgidos da aplicação das suas regras.

3.2.1 Escopo

Na temática das arbitragens de investimentos estrangeiros, o mais destacado instrumento internacional é a Convenção para a Resolução de Diferenças Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados que foi celebrada em Washington em 1965 com o apoio do Banco Mundial que tem a arbitragem como uma forma de incentivar o investimento estrangeiro e que enxergou nela um mecanismo adequado para solução disputas relativas a investimentos no plano internacional.

O principal objetivo daquele documento foi a instituição do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) ou Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas a Investimentos (CIRDI) que constitui uma organização internacional direcionada a oferecer e assistir o desenvolvimento de procedimentos resolutivos de controvérsias que tenham como objeto investimentos estrangeiros.

De logo, esclareça-se que não se trata de uma instância com árbitros permanentes que podem ser acionados a qualquer momento para analisar e decidir divergências entre investidores e Estados. A sua função é administrar os procedimentos de arbitragem e conciliação que podem ser instaurados por consentimento das partes, oferecendo serviços e facilidades que cooperam para que aquelas partes consigam chegar a uma resposta ao impasse estabelecido. A assistência oferecida pelo CIRDI engloba aspectos administrativos de um procedimento arbitral, como o registro dos casos, a expedição de comunicações, a indicação dos árbitros, dentre outros.

Além da Convenção de Washington de 1965, há o Regulamento de Arbitragem que foi aprovado pelo Conselho Administrativo do CIRDI e complementa as regras daquele estatuto instituidor¹⁴⁴. Esses dois instrumentos normativos regulam as relações arbitrais que se formam no seio do CIRDI. De qualquer forma, deve ser ressaltado que o CIRDI pode administrar arbitragens internacionais, cujo procedimento não seja regulado por aquele instrumento, mas por outro regulamento designado pelas partes, como, por exemplo, o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. Para ilustrar essa realidade, veja-se que, de acordo com o Relatório Anual do CIRDI de 2015, foram assistidos nesse ano pela Secretaria do CIRDI 09 casos de arbitragens mista entre investidor e Estado com aplicação das regras procedimentais da UNCITRAL¹⁴⁵.

Conta a Convenção de Washington com 152 Estados partes. A última adesão ocorreu em novembro de 2015 com a entrada do Iraque no sistema. A República Federativa do Brasil não ratificou a mencionada convenção.

3.2.1.1 A estrutura do Centro e as funções de seus órgãos

A estrutura do CIRDI é sustentada por dois órgãos: o Conselho Administrativo e a Secretaria.

O primeiro que é composto por um representante de cada Estado parte, sendo presidido pelo *Chairman* que será o Presidente do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). O Conselho Administrativo exerce uma função regulatória e executiva no âmbito do CIRDI, cabendo-lhe, dentre outras atribuições, estabelecer os regulamentos de arbitragem e conciliação, definir as regras de gestão da organização e aprovar o orçamento para a instituição. O *Chairman* pode atuar como autoridade nomeadora nos termos dos arts. 38 e 52 da Convenção de Washington para viabilizar a constituição de um tribunal arbitral ou de um comitê *ad hoc*, indicando árbitros que não sejam nacionais do Estado parte e do Estado do investidor.

¹⁴⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention: ICSID Convention, Regulation and Rules.** 2015. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁴⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Annual Report 2015.** Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_ENG_CRA-highres.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Por outro lado, a Secretaria exercerá as funções administrativas para o desenvolvimento dos procedimentos arbitrais e conciliatórios, sendo formada por um corpo de funcionários. A Secretaria é representada pelo Secretário-Geral que, por sua vez, pode ser substituído por um ou mais secretários adjuntos. Poderá a Secretaria disponibilizar sua assistência tanto às arbitragens que surjam com fundamento na Convenção de Washington como outras que sejam governadas por outros estatutos normativos. Podem ser auxiliadas pela Secretaria arbitragens mistas de investimentos submetidas às regras da UNCITRAL, arbitragens interestatais *ad hoc* e arbitragens interestatais fundadas em acordos de livre comércio.

Há ainda o Painel de Árbitros e o Painel de Conciliadores, cada um constituindo uma lista de profissionais aptos a viabilizarem a solução de uma controvérsia. Desses painéis poderão sair os árbitros e conciliadores que funcionarão nos procedimentos administrados pelo CIRDI, embora as partes possam nomear pessoas de fora. Cada Estado parte poderá designar até quatro pessoas para cada um desses painéis, ao passo que o *Chairman* nomeará dez. As qualificações para integrar os painéis são: a) alto caráter moral; b) reconhecida competência nos campos do direito, do comércio, da indústria e das finanças, tendo especial importância o conhecimento jurídico para os membros do Painel de Árbitros. As indicações dos Estados podem recair sobre nacionais seus que permanecerão no painel por um período renovável de seis anos. De acordo com os arts. 31(1), 40(1) e 52(3) da Convenção do CIRDI, o *Chairman*, na condição de autoridade nomeadora, deverá selecionar os árbitros e conciliadores dos Painéis de Árbitros e Conciliadores do centro, não possuindo, por conseguinte, a mesma liberdade que possuem as partes. Daí a pertinência de os Estados atentarem para as indicações, devendo ser criteriosos na escolha dos integrantes dos painéis.

O CIRDI consolidou sua atuação entre as arbitragens internacionais de investimentos. Durante o ano de 2015, a Secretaria do centro administrou 243 casos¹⁴⁶. Foi o maior número registrado, o que confirma a crescente importância da referida organização no cenário internacional.

¹⁴⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Annual Report 2015**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_ENG_CRA-highres.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

3.2.2 Jurisdição e suas características

As linhas mestras da jurisdição da CIRDI estão desenhadas no art. 25(1) da Convenção de Washington. Imprescindível se faz transcrever o inteiro teor da disposição para uma completa compreensão da jurisdição em estudo:

Art. 25 (1) A competência do Centro abrangerá as diferenças de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferença essa cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente (tradução do autor)¹⁴⁷

Expressa o artigo reproduzido que, além da adesão à Convenção de Washington, somente se legitima a jurisdição do CIRDI se as partes especificamente concordarem em submeter o litígio que os liga à apreciação da organização. Seria, assim, necessária uma espécie de “duplo consentimento” para que se ativasse a jurisdição do CIRDI, funcionando a Convenção de Washington como um acordo-quadro para o *compromis* a ser firmado pelas partes¹⁴⁸.

A exigência do compromisso arbitral poderia representar um obstáculo à abertura dos procedimentos arbitrais pelo investidor, já que, mesmo sendo parte do acordo multilateral, o Estado poderia resistir a manifestar esse consentimento específico. Porém, as formas pelas quais se pode extrair esse consentimento contornam essa dificuldade, já que o artigo 25(1) transcrito apenas requisita que a concordância seja escrita, mas não estipula uma forma ou solenidade particular.

¹⁴⁷ Art. 25(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention: ICSID Convention, Regulation and Rules.** 2015. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016).

¹⁴⁸ VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de investimento: a Convenção ICSID e os tratados bilaterais. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 3, n. 71, p. 751-770, jul./set. 2011, p. 756.

2.2.1 O consentimento dos Estados e do investidor

O consentimento dos Estados para a arbitragem do CIRDI pode estar consubstanciado: a) em um contrato; b) no direito interno do próprio Estado; e c) em tratados, bilaterais ou multilaterais, de investimentos¹⁴⁹. Cada uma dessas fontes será investigada. Fica claro que o compromisso arbitral não será necessariamente um documento escrito, específico e separado, onde as partes externam a sua concordância em submeter o litígio ao CIRDI.

Um Estado, ao celebrar contrato internacional com um investidor estrangeiro, como, por exemplo, um contrato de concessão de serviço público, pode estabelecer cláusula – cláusula compromissória – em que se fixe que eventual conflito deverá ser equacionado por arbitragem perante o CIRDI. Se aquele Estado tiver ratificado o estatuto instituidor do centro, o investidor poderá solicitar a abertura do procedimento arbitral, podendo ser inferido o consentimento do Estado receptor do investimento da cláusula compromissória inserida no contrato internacional. Mesmo quando o investidor tiver celebrado uma multiplicidade de contratos que, interligados, possam representar um todo do investimento (uma unidade do investimento) e não tiver sido inserida a cláusula compromissória em todos esses contratos, pode ser inferido dessas “parciais” cláusulas compromissórias o compromisso arbitral para que todo o contexto do investimento, que se relacione com todos aqueles contratos, possa ser apreciado pelo tribunal arbitral¹⁵⁰.

O próprio direito interno do Estado receptor pode constituir uma fonte do compromisso arbitral¹⁵¹. Pode o regime legal doméstico, ao disciplinar os investimentos estrangeiros no território, estipular que qualquer disputa que tenha por objeto investimento

¹⁴⁹ DUARTE, Tiago. O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID). In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, v. 4, p. 544-568, p. 549.

¹⁵⁰ ITALAW. **ICSID Case No. ARB/72/1**: Holiday Inn and others v. Morocco. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/3391>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁵¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details**: Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/94/2&tab=DOC>>. Acesso em: 23 mar. 2016. Embora nesse caso o tribunal arbitral tenha afirmado que a legislação nacional pode formatar unilateralmente o compromisso arbitral que será completado com a apresentação da reclamação pelo investidor perante CIRDI, os árbitros acrescentaram que a lei local poderia limitar quais litígios poderiam ser arbitrados, excluindo determinadas controvérsias. Foi exatamente por esse motivo que o tribunal arbitral se considerou incompetente para analisar a questão se uma indevida expropriação havia ou não ocorrido, pois a Tradex não havia conseguido demonstrar que a sua reclamação se relacionava a litígio (expropriação) para o qual a legislação interna da Albânia havia consentido com a arbitragem.

estrangeiro será apreciada pelo CIRDI. Com isto, é a própria lei nacional que antecipa o consentimento do Estado, vinculando-o.

Por último, o compromisso arbitral pode ser encontrado em tratados, bilaterais ou multilaterais, de promoção e proteção de investimentos em que se estipule cláusula que acorde que os conflitos surgidos da aplicação desses tratados nas órbitas internas serão decididos pelo CIRDI através da arbitragem. Além das normas substanciais das relações jurídicas que garantem proteção ao investidor, como a regra do tratamento justo e equitativo, da indenização efetiva em caso de justificada expropriação direta ou indireta e do tratamento da nação mais favorecida, costuma-se acordar o recurso à arbitragem como um mecanismo neutro que poderá solucionar adequadamente os litígios surgidos na moldura desses tratados. Essa é a hipótese de compromisso arbitral dos Estados mais comum principalmente diante da miríade de tratados bilaterais de investimentos – os BITs como já referidos em outro momento deste estudo – celebrados entre Estados partes. Conforme se coleta das estatísticas de casos do CIRDI de 2016, mais da metade – precisamente 60,3% – dos casos registrados no CIRDI envolvem procedimentos arbitrais, cujo consentimento do Estado estava baseado num BIT¹⁵².

O consentimento dos Estados entabulado em tratados bilaterais ou multilaterais conforma uma espécie de oferta permanente e geral da qual os investidores podem se aproveitar para recorrer à arbitragem administrada do CIRDI, mesmo que já contem com cláusula compromissória em contratos internacionais concluídos com os entes estatais¹⁵³. Enquanto oferta à arbitragem, o Estado aderente do tratado de proteção e promoção de investimento se obriga à jurisdição do CIRDI, não importando o investidor específico que “aceitará a oferta” ao se dirigir ao centro de arbitragem para iniciar o procedimento arbitral. Inclusive, a oferta à arbitragem perdurará e vinculará enquanto o Estado não se desligue do tratado que a contemple.

Ao prever a cláusula arbitral, o tratado bilateral ou multilateral poderá prever que somente poderão ser tratadas pela arbitragem do CIRDI as reclamações que se fundamentam em alegadas violações às normas substantivas do acordo. Com isto, não podem se beneficiar

¹⁵² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **The ICSID Caseload – Statistics.** 2016. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_ENG_CRA-highres.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁵³ GODINHO, Thiago José Zanini. Arbitragens relativas a operações de investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados sob a égide do ICSID. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org.). **Manual de direito processual internacional.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233-253, p. 238.

da oferta à arbitragem as solicitações, cuja causa de pedir esteja baseada apenas em contratos concluídos com o Estado receptor do investimento. Distinguem-se, assim, as reclamações baseadas em tratado bilateral ou multilateral (*treaty claims*) e as reclamações unicamente contratuais (*contract claims*). Estas últimas, portanto, ficam de fora da jurisdição do CIRDI.

Em que pese essa diferenciação, os tribunais arbitrais do sistema ICSID, em razão da chamada cláusula guarda-chuva (*umbrella clause*), têm firmado em algumas situações a sua competência para reclamações que, à primeira vista, mostram-se baseadas em contratos. Por meio daquela cláusula, uma *contract claim* se equipara a uma *treaty claim* por ter o Estado concordado em tratado de proteção de investimentos que todas as obrigações assumidas com investidor do outro Estado parte serão cumpridas por ele, não diferenciando a natureza das obrigações (se contratuais ou convencionais). É a hipótese do Tratado da Energia que prevê que “Cada Estado Contratante deverá observar as obrigações que tenha contraído com um Investidor ou com um Investimento de um Investidor de qualquer outro Estado Contratante” (tradução do autor)¹⁵⁴. A disposição reproduzida parece encetar apenas uma norma de reforço argumentativo para o cumprimento do acordo. No entanto, ela passa a resguardar sobre “o guarda-chuva do acordo” os descumprimentos de contratos concluídos pelo Estado com investidores, pois a violação contratual representaria igualmente a infringência da cláusula guarda-chuva.

A abordagem da cláusula guarda-chuva para reconhecer a jurisdição do CIRDI em *contract claims* foi adotada no caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*. A SGS, uma pessoa privada suíça, havia celebrado um contrato de prestação de serviços de supervisão de importações com a Filipinas que, após renovações, não foi cumprido pelo país citado. No contrato, havia sido acordada cláusula de eleição de foro pela qual se fixou que as disputas decorrentes do contrato deveriam ser enfrentadas pelo Poder Judiciário nacional. No entanto, a empresa suíça empreendeu esforços para instaurar procedimento arbitral perante o CIRDI visando receber os valores inadimplidos. Nesse julgamento, o tribunal arbitral consignou que Filipinas e Suíça haviam celebrado BIT em que se estabeleceu o recurso à arbitragem a todos litígios relativos a investimentos concretizados pelo nacional do outro, além de ter contemplado uma cláusula-guarda chuva

¹⁵⁴ Art. 10(1) Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party (NAÇÕES UNIDAS. **Treaty collection:** The Energy Charter Treaty. 2016. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202080/v2080.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2016). O Brasil não é signatário desse acordo multilateral.

pela qual se impusera a obrigação de os Estados observarem qualquer obrigação – contratual ou não – que tivesse assumido em relação a específicos investimentos em seus territórios. A partir dessas premissas, os árbitros decidiram que tinham competência para conhecer a reclamação baseada no contrato (*contract claim*) em razão do efeito da *umbrella clause* que fazia com que o inadimplemento contratual constituísse uma quebra daquela cláusula do BIT. Apesar disso, o tribunal arbitral declarou inadmissível a reclamação, pois deveria ser observada a cláusula eletiva do foro judicial¹⁵⁵.

Todavia, não se identifica ainda uma uniformidade nos precedentes do ICSID sobre a interpretação das *umbrella clauses* e de seu efeito sobre a competência dos tribunais arbitrais para dirimir *contract claims*¹⁵⁶. Na verdade, a única forma de se precaver dessa imprecisão sobre correta aplicação da cláusula guarda-chuva é redigir, nos acordos de promoção e proteção de investimentos, a previsão do recurso à arbitragem do CIRDI com a expressa e clara menção sobre se estariam abrangidos por ela apenas as disputas baseadas na violação do tratado, ou também as reclamações fundadas em contratos celebrados pelo Estado com investidores.

Além do consentimento do Estado, o compromisso arbitral se completa com a adesão do investidor. A primeira representação que se viria a mente seria a manifestação formal da concordância da pessoa privada com o compromisso arbitral. De forma clarividente se identifica essa manifestação de vontade na cláusula compromissória do contrato internacional celebrado entre o investidor e o Estado receptor. Mas, por outro lado, não se identificaria o assentimento do investidor na legislação doméstica, nem nos tratados de investimentos, já que esses atos são exclusivos do Estado receptor.

Na verdade, o consentimento do investidor pode adquirir outras roupagens. É possível extrair o compromisso arbitral da comunicação escrita do investidor enviada ao Estado em que expressa o seu interesse em recorrer à arbitragem perante o CIRDI, como, por exemplo, na troca de correspondências que tenham semelhante conteúdo. Também se pode depreender o consentimento do investidor quando o próprio se dirige ao CIRDI para solicitar a instauração do juízo arbitral.

¹⁵⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/02/6). Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/6&tab=DOC>>.

Acesso em: 23 mar. 2016.

¹⁵⁶ DUARTE, Tiago. Op. cit., p. 562.

3.2.2.2 Competência em razão da matéria

A jurisdição do CIRDI não é universal. Ela se especializa a partir de parâmetros que dizem respeito à matéria debatida, às pessoas relacionadas e ao tempo dos fatos.

O espectro da jurisdição da CIRDI é precipuamente delimitado pela matéria. O objeto das controvérsias que podem ser levadas ao centro é o investimento estrangeiro. É o que deixa claro o reproduzido art. 25(1) do estatuto instituidor. Não versando a disputa sobre investimento estrangeiro, dela não poderá conhecer o CIRDI.

A Convenção de Washington não precisou um conceito de investimento estrangeiro. Assim também não o fez o Regulamento de Arbitragem do CIRDI. Coube à prática arbitral delinear esse conceito.

O *leading case* em que se demarcou o que seria investimento estrangeiro foi o caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*¹⁵⁷. Em 2001, o tribunal arbitral proferiu decisão sobre a competência do CIRDI que havia sido contestada sob a alegação de que a execução de uma empreitada pública (construção de uma rodovia) não constituiria um investimento. Nessa decisão, foram apontados como critérios a serem observados para caracterizar uma operação de investimento: a) a existência de um aporte; b) uma duração mínima de execução; c) a assunção, pelo investidor, dos riscos da operação; d) uma contribuição para o desenvolvimento do Estado acolhedor¹⁵⁸. A decisão se tornou referência para outros casos que se utilizaram daqueles critérios para investigar se, no caso concreto, a operação econômica debatida constituiria ou não um investimento. Os referidos parâmetros foram consagrados como o teste *Salini* pelo que se poderia deduzir que a operação que não ostentasse aquelas quatro características não poderia ser considerada um investimento e, portanto, fora da competência *ratione materiae* do CIRDI.

A partir do teste *Salini*, fica clarividente que divergências de natureza apenas comerciais não podem ser abordadas no âmbito do CIRDI, como, por exemplo, a inadimplência de uma fatura de energia por uma empresa estatal diante do fornecimento de serviço elétrico por concessionária de controle acionário de um investidor estrangeiro. Nessa mesma linha, os tribunais arbitrais no âmbito do CIRDI passaram a reconhecer como investimentos operações que dizem respeito a setor industrial, construção de hotéis,

¹⁵⁷ ITALAW. **ICSID Case No. ARB/00/4: Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco**. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/958>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

¹⁵⁸ CARREAU, Dominique. **Droit international économique**, p. 414.

exploração de recursos naturais, contratos de assistência técnica, contratos de administração e contratos de licença¹⁵⁹.

Impostergável realçar que a representação de investimento estrangeiro para efeito da competência *ratione materiae* não se limita apenas à ideia da transferência de moeda de uma fronteira para outra para fomentar atividade lucrativa no território alienígena. Não se pode interpretar o art. 25(1) do estatuto instituidor ao dizer que o centro será competente para disputas “de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento” no sentido de que somente investimentos diretos podem ser objeto dos procedimentos arbitrais. Operações econômicas complexas com as quais se possa estabelecer uma conexão razoável com o conceito de investimento podem ser matéria de contencioso arbitral no CIRDI¹⁶⁰. Essas operações constituiriam investimentos indiretos. Exemplo maior desses investimentos indiretos é o próprio caso *Salini* que orbitou em torno da construção de um estrada.

O art. 25(4) da Convenção de Washington faculta ao Estados partes restringirem as classes de investimentos que poderão ser debatidas através da arbitragem¹⁶¹. Com efeito, os Estados poderão notificar o centro para externar quais categorias de disputas são de sua competência. Com isto, pode a competência do órgão ser recortada, retirando-lhe modalidades de investimentos que, se não fosse por essa expressa exclusão, poderiam ser questionados.

Alguns tratados bilaterais contemplam exclusões de categorias de investimentos sobre os quais não pode se firmar uma instância arbitral. Exemplificativamente, pode o Estado excluir setores sensíveis da economia, como o setor elétrico ou de gás de uma nação.

¹⁵⁹ GIUSTI, Gilberto. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 5, p. 1209-1242, p. 1225-1226.

¹⁶⁰ GODINHO, Thiago José Zanini. Op. cit., p. 236

¹⁶¹ Art. 25(4). Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1) (Qualquer Estado contratante, ao tempo da sua ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou em qualquer outra data posterior, notificar o Centro sobre a categoria ou categorias de investimentos que consideram poderem ser sujeitos à competência do Centro. O Secretário-Geral deverá transmitir imediatamente a notificação recebida a todos os Estados Contratantes. Tal notificação não dispensará o consentimento exigido pelo n.º 1) (tradução do autor) (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention: ICSID Convention, Regulation and Rules**. 2015. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016).

Assim, essa matéria específica fica imunizada da jurisdição do CIRDI por força do tratado bilateral que dá substrato ao compromisso arbitral.

3.2.2.3 Competência em razão da pessoa

O sistema do CIRDI foi instituído para que neles possam estar presentes apenas os Estados contratantes e as pessoas privadas de outro Estado que igualmente tenha ratificado a Convenção de Washington.

A diversidade de nacionalidades é condição para que o CIRDI tenha competência para o conflito. É dessa forma que se encara a internacionalidade das controvérsias que são levadas ao CIRDI. Logo, não poderia um particular demandar o Estado de sua nacionalidade nesse regime.

No entanto, as relações econômicas possuem múltiplas facetas, tornando complexa a qualificação da nacionalidade dos agentes econômicos e a definição da competência do CIRDI.

Imagine-se uma sociedade empresária, constituída sob as leis de um Estado, mas cuja maioria – quase 90% – dos acionistas sejam nacionais de outro Estado. Poderia essa empresa iniciar arbitragem perante o CIRDI contra esse segundo Estado (o dos acionistas) para debater a frustração de seus investimentos no território nacional, mesmo sabendo que o controle acionário da empresa é de nacionais desse mesmo Estado? Situação semelhante ocorreu no caso *Tokios Tokelés v. Ukraine*¹⁶². O primeiro contendor era uma sociedade constituída na Lituânia, cuja quase integralidade dos acionistas era de ucranianos e mais de 2/3 dos responsáveis pela sua administração era também de ucranianos. Havia um tratado bilateral de promoção e proteção de investimentos celebrados entre Ucrânia e Lituânia em que se estabelecia o recurso à arbitragem na hipótese de conflitos que envolvessem investidores de cada um dos lados com esses países. No TBI também se contemplou que o investidor estrangeiro legitimado seria a sociedade que tivesse sido estabelecida segundo as leis do outro Estado reclamado, não se referindo ao controle acionário estrangeiro. Partindo dessa observação, o tribunal arbitral formado no âmbito do CIRDI compreendeu que a *Tokios Tokelés*, mesmo tendo o controle acionário de nacionais da Ucrânia, poderia iniciar

¹⁶² ITALAW. **ICSID Case No. ARB/02/18: Tokios Tokelés v. Ukraine**. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/1099>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

procedimento arbitral em face desse Estado, pois, nos termos do TBI celebrado com a Lituânia, o controle acionário não teria qualquer relevância jurídica.

A situação contrária também pode suscitar dúvidas. Poderia uma empresa nacional, cujos acionistas sejam de Estado estrangeiro, iniciar procedimento arbitral contra seu próprio Estado com base em TBI celebrado entre os Estados nacional e estrangeiro? A resposta é dada pelo art. 25(2)(b) que faculta às partes a disciplinarem a questão para firmarem a competência do CIRDI em disputa que lide com empresa nacional cujo controle seja do outro Estado¹⁶³. Será, então, no compromisso arbitral que se encontrará o parâmetro para que se estabeleça ou não a competência do CIRDI quando o conflito envolver pessoa jurídica com aquelas qualidades (empresa nacional com controle acionário estrangeiro). Consoante já salientado, o compromisso arbitral pode ter por fonte um TBI, onde poderá estar a regulamentação que fundamentará a competência do CIRDI.

É oportuno reafirmar que a competência *ratione personae* somente se consolida quando se defrontam na relação arbitral um Estado e uma pessoa privada. No sistema CIRDI não se concebe relação arbitral Estado-Estado ou pessoa privada-pessoa privada. Quando há participação do Estado numa pessoa privada, poder-se-ia questionar se essa sociedade poderia iniciar procedimento arbitral perante o CIRDI em face de outro Estado. Não estaria aquele Estado se valendo do véu de outra personalidade jurídica (a sociedade com capital público) para acionar outro Estado no sistema CIRDI?

A questão delineada no parágrafo precedente foi suscitada no caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S. (CSOB) v. The Slovak Republic*¹⁶⁴. O CSOB é uma instituição

¹⁶³ Art. 25(2). “National of another Contracting State” means: [...] (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. (Art. 25(2). “Nacional de outro Estado contratante significa: (b) Qualquer pessoa jurídica que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte na diferença, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferença a conciliação ou a arbitragem, bem como qualquer pessoa coletiva que tenha a nacionalidade do Estado Contratante parte na diferença àquela data e que, em virtude do controle sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratar como um nacional de outro Estado Contratante, para os efeitos da presente Convenção) (tradução do autor) (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention: ICSID Convention, Regulation and Rules.** 2015. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016).

¹⁶⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** *Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S. (CSOB) v. The Slovak Republic* (ICSID Case n.º ARB/97/4. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/4&tab=DOC>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

financeira que foi fundada pela antiga Checoslováquia como única entidade bancária desse país. Após o movimento revolucionário que dividiu o referido Estado, o CSOB fixou sua sede na República Tcheca, tendo sido iniciado um processo de reinserção da instituição financeira na nova ordem econômica para aquele país. Nesse período, o banco CSOB concluiu acordos financeiros com a Eslováquia que alegadamente não teria cumprido com as obrigações assumidas com o CSOB. Com isto, foi aberto o caso arbitral perante o CIRDI pelo CSOB. Para contestar a competência *ratione personae* do CIRDI, a Eslováquia argumentou que o CSOB teria operado como agente estatal da República Tcheca seguindo política imposta por essa última e, não, como uma instituição comercial independente quando da conclusão das transações financeiras. Logo, a arbitragem instaurada não seria mista (investidor-Estado), mas interestatal (Estado-Estado), escapando da jurisdição do CIRDI, já que a reclamação, na verdade, seria da República Tcheca. O tribunal arbitral, ao proferir decisão sobre a objeção de jurisdição, assentou que somente não se inseriria na competência do CIRDI a companhia parcial ou totalmente incorporada por um Estado a qual tivesse atuado como agente do governo e tivesse desempenhado uma função essencialmente governamental no caso concreto. O tão-só fato de uma pessoa privada ser de economia mista ou empresa pública não afastaria a competência do CIRDI. Seria necessário verificar no caso concreto aquelas duas condições. Na espécie, o tribunal arbitral asseverou que o banco CSOB, ao concluir as transações financeiras com a Eslováquia, teria realmente atuado como um agente governamental da República Tcheca que teria imposto uma política a ser seguida pela instituição financeira àquele tempo, mas que o banco não teria desempenhado uma função essencialmente governamental. Concluiu, por conseguinte, o tribunal arbitral que a arbitragem instaurada envolvia uma pessoa privada, confirmando a competência *ratione personae* do CIRDI.

3.2.2.3.1 Regras Complementares do CIRDI: arbitragens para Estados não-partes

O sistema do CIRDI se modificou com o passar dos anos para abrir as suas portas a arbitragens com sujeitos que não sejam parte da Convenção de Washington. Para tanto, foram elaboradas pelo Conselho Administrativo as Regras Complementares do CIRDI (*Additional Facility Rules*) que regulam esses procedimentos resolutivos em que o Estado

contendor ou o nacional não seja parte do estatuto instituidor do CIRDI¹⁶⁵. Também se aplicam as Regras Complementares para as disputas que, embora envolvam membros do estatuto instituidor, não sejam decorrentes diretamente de investimentos. De qualquer forma, deve ser sublinhado que, nessas duas situações, pelo menos uma das partes – o Estado parte ou o Estado da pessoa privada – deve ter aderido à Convenção de Washington.

O regulamento complementar é composto por três anexos, cada anexo contendo regras procedimentais especificamente para investigação de fatos (*fact-finding*), conciliação e arbitragem. Com essa ponte, a Secretaria do CIRDI pode prestar apoio a arbitragens mistas que ficam de fora do escopo da Convenção de Washington.

Para que se possa iniciar um procedimento baseado nas *Additional Facility Rules*, as partes, de acordo com o art. 4 do referido diploma, deverão obter a aprovação do Secretário-Geral que poderá negar o acesso ao CIRDI se constatar que a solicitação das partes não atenda os requisitos formais para a instauração do procedimento, bem como se verificar a inexistência do compromisso pelo qual as partes expressam se submeter à jurisdição do CIRDI. Além disto, para aquela situação em que a diferença não decorra diretamente de um investimento, o Secretário-Geral poderá rejeitar o requerimento das partes se observado que a transação questionada não possui características que a distingam de uma transação comercial ordinária.

Mesmo com a abertura do CIRDI, os procedimentos arbitrais regidos pelas Regras Complementares não são absolutamente idênticos aos procedimentos governados pela Convenção de Washington, onde as partes fazem parte do sistema CIRDI. Uma das normas da Convenção do CIRDI que não aproveita os procedimentos das Regras Complementares é a da deslocalização da sentença arbitral que, por força do art. 54 do estatuto instituidor, deverá ser executada como se fosse uma decisão judicial nacional. As Regras Complementares não asseguram essa deslocalização. Não é por outra razão que as *Additional Facility Rules* prescrevem que o lugar da arbitragem deverá ser fincado em território de Estado que seja parte da Convenção de Nova Iorque. Com isto, estabelece-se o controle primário do laudo arbitral no Estado sede da arbitragem e também se assegura o seu reconhecimento e a execução a partir dos padrões internacionais da Convenção de Nova Iorque.

¹⁶⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Additional Facility Rules.** 2011. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/AFR_2006%20English-final.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

3.2.2.4 Competência em razão do tempo

A Convenção de Washington não possui uma regra delimitadora no tempo da competência do CIRDI pela qual se poderia estabelecer, *verbi gratia*, que somente fatos posteriores à adesão do Estado receptor poderiam ser trazidos ao CIRDI. Assim, em harmonia com o art. 28 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, não havendo disposição específica, deve-se compreender que a competência *ratione temporis* do CIRDI apenas alcança os fatos e atos posteriores à entrada em vigor da Convenção de Washington para o Estado que vier a ser demandado.

Na verdade, ao compromisso arbitral caberá a tarefa de fixar os marcos temporais da competência do CIRDI, notadamente quando ele tiver por fonte um tratado bilateral ou multilateral de investimento. Poderá o referido tratado definir no tempo as disputas que podem ser resolvidas pelo CIRDI.

Porém, nem sempre as questões sobre a competência *ratione temporis* do CIRDI são equacionadas facilmente. No caso *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, foi contestada a competência do CIRDI diante do tratado bilateral de proteção de investimentos subscrito pela Espanha e pela Argentina, este último o país de nacionalidade daquele investidor que havia aplicado recursos em companhia espanhola de produção e distribuição de produtos químicos¹⁶⁶. Expressamente o TBI excluiu dos mecanismos de resolução de diferenças as disputas e reclamações que se originassem antes da entrada em vigor do referido acordo. Não obstante, para afirmar a sua competência no caso, o tribunal arbitral traçou uma distinção entre disputa (*dispute*) e reclamação/pedido (*claim*), descrevendo que a disputa seria o desacordo sobre um ponto de fato ou de direito que pode ser apresentado ao órgão jurisdicional através de uma reclamação. Na sequência de sua fundamentação, o tribunal arbitral asseriu que a entrada em vigor do TBI finca um marco temporal para impedir somente aquelas reclamações baseadas em disputas anteriores ao TBI naquele sentido específico de controvérsia sobre ponto de fato ou de direito. No caso *Maffezini*, a disputa nesse particular significado jurídico apenas tomou forma após o marco temporal do TBI. Assim, a disputa qualificada por sua transformação em reclamação estava abrangida pela

¹⁶⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case n.º ARB/97/7. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

competência temporal do CIRDI, autorizando o tribunal arbitral a continuar com o julgamento.

Por outro lado, o art. 25(1) da Convenção de Washington estabiliza o compromisso arbitral no tempo, não permitindo que, uma vez externado o consentimento das partes para legitimar a competência do CIRDI, nenhuma delas poderá, por vontade própria e singular, retirá-lo.

Outrossim, convém recordar que a Convenção de Washington pode ser modificada pelo Conselho Administrativo que levará ao conhecimento dos Estados membros para ratificação, aceitação ou aprovação. Ressalva, contudo, o art. 66(2) da própria convenção que a alteração assentida pelo Estado parte não afetará os direitos e obrigações dele ou de seus nacionais os quais decorram do consentimento à jurisdição do CIRDI externado antes daquela modificação. Com essa provisão, impede-se o efeito retroativo de uma emenda da convenção sobre os compromissos e procedimentos arbitrais anteriores a ela.

É possível ao Estado parte denunciar a Convenção do CIRDI para se retirar do seu regime de resolução de controvérsias. Porém, de acordo com os arts. 71 e 72 da convenção, a denúncia somente terá efeito seis meses depois de sua notificação, bem como não prejudicará os direitos e obrigações decorrentes do consentimento à jurisdição do CIRDI anterior à denúncia. As referidas disposições consolidam no tempo a submissão à competência do CIRDI, como se cristalizasse o compromisso arbitral do Estado materializado anteriormente e no semestre seguinte à denúncia. Confere-se, assim, uma limitada ultratividade da competência do CIRDI, permitindo que o investidor consiga inaugurar uma instância arbitral no CIRDI contra um Estado que tenha denunciado a convenção, bastando que o compromisso arbitral tenha sido consubstanciado antes da sua retirada do sistema.

3.2.2.4.1 Esgotamento dos recursos jurisdicionais internos

Conectada com a competência *ratione temporis* se evidencia a cláusula do exaurimento dos recursos internos para que se possa iniciar uma arbitragem no CIRDI.

Positiva o art. 26 da Convenção de Washington que um Estado parte poderá condicionar o acesso ao CIRDI ao esgotamento dos meios administrativos e judiciais domésticos. Com isto, o investidor estrangeiro, antes de recorrer à arbitragem, deverá exaurir os mecanismos jurisdicionais nacionais.

Ao contemplar a cláusula de exaustão dos meios internos, o Estado pode modificar o alcance dessa restrição, estipulando um prazo para que os seus mecanismos domésticos de resolução de diferença possam dar uma resposta. É uma forma diferente de aplicar a regra do esgotamento dos recursos internos. Findo o prazo assinado sem uma solução consensual ou coercitiva na órbita nacional, poderá o investidor provocar o CIRDI, mesmo não tendo esgotado completamente os recursos locais. Seria, portanto, um esgotamento temporário e, não, total.

Os tribunais arbitrais do CIRDI, quando defrontados com questionamentos sobre sua competência em razão de cláusulas de exaurimento dos remédios locais, têm firmado entendimento que, a depender das circunstâncias da situação concreta, suplanta essa restrição. Foi o que se verificou no caso *Siemens A. G. v. Republic of Argentina*¹⁶⁷. A Argentina havia licitado serviço para a implantação e manutenção de sistemas integrados de controle de imigração, identificação pessoal e dados eleitorais. Venceu a licitação uma empresa nacional chamada SITS que havia sido incorporada pela empresa alemã *Siemens*. Durante a execução do contrato, ocorreram variados fatos que perturbaram as expectativas originais da *Siemens*, até que o contrato com a SITS foi extinto com base numa lei interna aprovada emergencialmente durante a crise argentina de 2000-2001. Com isto, a *Siemens* requereu a abertura de procedimento arbitral perante o CIRDI para obter uma compensação pelos prejuízos suportados.

Foi desafiada pela Argentina a competência do tribunal arbitral sob a alegação de que o BIT celebrado com a Alemanha, país onde constituída a *Siemens*, previa a cláusula de esgotamento dos recursos domésticos pela qual se estabelecia um prazo de 18 meses para que a instância interna oferecesse uma solução a eventual controvérsia surgida. Realmente não tinham sido exauridos os remédios judiciais na Argentina antes de se recorrer ao CIRDI, já que apenas um recurso administrativo foi apresentado pela SITS, porém o tribunal arbitral assentou que seria competente em razão da cláusula da nação mais favorecida¹⁶⁸ prevista no BIT com a Alemanha pela qual se poderia estender à relação com o investidor alemão o regime jurídico contido no BIT celebrado pela Argentina com o Chile em que

¹⁶⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Siemens A. G. V. Argentine Republic (ICSID Case n.º ARB/02/8. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/8&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

¹⁶⁸ A cláusula da nação mais favorecida, na área dos investimentos, importa numa proteção do investidor, assegurando-lhe que o Estado acolhedor lhe dispensará o mesmo tratamento conferido a investidores de outras nações.

especificamente não havia sido acertada a cláusula do esgotamento dos meios internos de solução de controvérsias. Como o tratamento do BIT com o Chile era mais benéfico e como o BIT com a Alemanha previa a cláusula da nação mais favorecida, o tribunal arbitral decidiu que poderia ser aplicada à *Siemens* a regra mais proveitosa estabelecida com outro Estado, mesmo que a regra mais favorável fosse de natureza procedimental, pois a cláusula da nação mais favorecida do BIT com a Alemanha previa a extensão do “tratamento” mais vantajoso dispensado a outro Estado, o que incluiria regras procedimentais também. Assim, os árbitros firmaram sua competência apesar da cláusula do exaurimento dos recursos jurisdicionais internos contida no acordo bilateral em que estava enraizado o compromisso arbitral.

3.2.3 Regramento procedimental

Será descrito e analisado nas próximas linhas o procedimento arbitral desenvolvido sob os auspícios do CIRDI de acordo com as regras procedimentais estabelecidas na Convenção de Washington e no Regulamento de Arbitragem aprovado pelo Conselho Administrativo¹⁶⁹. Por isto, as referências aos artigos devem ser atribuídas a esses documentos.

O início do procedimento arbitral perante o CIRDI se dá pelo requerimento apresentado pela parte interessada (pessoa privada ou o próprio Estado) pela instauração de um juízo arbitral. Esse requerimento deverá ser dirigido ao Secretário-Geral que, com amparo no art. 36(2)(3), enviará um cópia à parte adversa e, antes de efetuar o registro do caso, exercerá um controle de admissibilidade, podendo rejeitar o estabelecimento da arbitragem por estar manifestadamente fora da jurisdição do CIRDI.

O poder conferido ao Secretário-Geral nesse controle pode impedir que reclamações frívolas sejam levadas ao CIRDI, obrigando-o a movimentar sua estrutura para notificar um Estado e constrangê-lo a responder por um contencioso desnecessário. Daí se mostrar justificável essa triagem feita pelo Secretário-Geral. Deve ser esclarecido que, por ter natureza meramente administrativa, a decisão do Secretário-Geral é irrecorrível, mas não obsta que a parte renove o requerimento, podendo completá-lo para convencer o Secretário-

¹⁶⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention: ICSID Convention, Regulation and Rules.** 2015. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016).

Geral da viabilidade da arbitragem¹⁷⁰. Também se deve explicar que a decisão do Secretário-Geral não vinculará o tribunal arbitral que vier a ser formado, pois essa instância pode afirmar a incompetência da CIRDI, mesmo tendo sido aceito o registro do caso, até porque, pelo princípio da competência-competência (art. 41), caberá ao árbitro deliberar sobre se o juízo arbitral é ou não competente para a divergência.

Uma vez aprovado o registro do caso, deverá ser composto o tribunal arbitral. No silêncio das partes que podem escolher que o caso seja julgado por um único árbitro, o tribunal arbitral será integrado por três árbitros (art. 37(2)(b)). Havendo conflitos nessa fase, o Presidente do Conselho Administrativo (*Chairman*) substituirá as partes e designará os árbitros (art. 38).

É possível que, logo no início do procedimento, sejam suscitadas questões preliminares que impeçam o prosseguimento. Assim, o tribunal arbitral poderá seccionar o rito e proferir decisão sobre essas questões preliminares, deixando para se pronunciar sobre o mérito ao final.

Acerca da exceção da competência, o regime convencional acolhe o princípio da competência-competência no art. 41(1), assegurando que ao árbitro incumbirá definir a sua própria competência.

Como questão preliminar, também pode ser contestada a designação de um árbitro sob as alegações: a) de que ele não atende os requisitos para atuar no CIRDI (elevada consideração e reconhecida competência, bem como independência); e b) de foram designados árbitros em confronto com o estabelecido nos arts. 38 e 39 que tratam da diversidade de nacionalidade dos árbitros com as partes.

A decisão sobre a desqualificação de um árbitro será dos árbitros restantes, salvo se a exceção for contra o árbitro único ou contra a maioria do tribunal, quando, nesta hipótese, a decisão será do Presidente (art. 58). Aqui se identifica uma diferença entre o sistema da CPA e do CIRDI, pois, naquela, a impugnação dos árbitros é apreciada pelo Secretário-Geral. Objetivamente, a solução do CIRDI fragiliza a percepção de neutralidade dos árbitros, pois, ao colocar os demais árbitros para decidir sobre a desqualificação de outro, pode suscitar dúvidas sobre a credibilidade da decisão.

¹⁷⁰ OBADIA, Eloise; NITSCHKE, Frauke. International Arbitration and the Role of the Secretariat. In: GIORGETTI, Chiara (Ed.). **Litigating International Investments Disputes: a Practitioner's Guide**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, p. 80-144, p. 88.

Não havendo a divisão do procedimento, pode ser aprazada uma primeira sessão para ouvir as partes e definir os pontos da controvérsia. Após, salvo acordo das partes em contrário, o procedimento se desenvolverá em uma fase escrita e outra oral (art. 36 do Regulamento de Arbitragem). Na fase escrita, são coletadas as manifestações das partes (memorial do reclamante; contramemorial do respondente; resposta do reclamante; reafirmação do respondente). Na fase oral, deverão ser ouvidos partes e seus agentes, bem inquiridos testemunhas e peritos.

O art. 47 faculta ao tribunal arbitral, a pedido ou de ofício, recomendar medidas cautelares às partes para que, diante das circunstâncias do caso, possam ser resguardados os direitos dos contendores. Chama-se atenção para o caráter recomendatório das medidas provisionais, pois elas não gozam de força obrigatória, nem podem se beneficiar do regime de equiparação do laudo arbitral à sentença final, já que esse mecanismo do art. 54 – disposição que será debatida adiante – parece se referir apenas à sentença final e, não, a uma decisão de uma medida provisional¹⁷¹.

Frise-se que a recomendação das medidas cautelares deve ser precedida do contraditório (art. 39(4) do Regulamento de Arbitragem). Por conseguinte, não são cabíveis medidas provisionais *inaudita altera pars*, devendo o tribunal arbitral, antes de pronunciá-las, ouvir as observações das partes.

Dispõe o art. 37(2) do Regulamento de Arbitragem que o tribunal arbitral, após consultar as partes, terá a discricionariedade de permitir ou não a participação de terceiro (*non-disputing party*) para participar dos procedimentos arbitrais como *amicus curiae*. O tema da intervenção de terceiro é sensível para as arbitragens mistas de investimentos, pois, por um lado, impera a confidencialidade do procedimento, por outro, pode estar sendo debatido na arbitragem objeto que toca substancial interesse da sociedade ou de grupo do Estado acolhedor do investimento, o que levaria a organizações não governamentais e a sociedade civil organizada se mostrarem desejosos de contribuir para a tomada de decisão. Embora já se identifiquem tratados multilaterais e bilaterais em que se possibilite a participação de *amicus curiae*¹⁷² e decisões arbitrais recentes¹⁷³ que tenham permitido a

¹⁷¹ BISMUTH, Régis. Anatomy of the law and practice of interim protective measures. **Journal of International Arbitration**, v. 26, n. 6, p. 773-821, nov./dez. 2009, p. 789.

¹⁷² Exemplo é encontrado no Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, conhecido pelo acrônimo NAFTA, que, em seu art. 1.128 possibilita a qualquer Estado parte a intervir em disputas em que se litigue a respeito da interpretação ou aplicação do referido acordo, mesmo que ele não seja parte da reclamação.

¹⁷³ Recentes decisões arbitrais do ICSID favoráveis à figura do *amicus curiae*: a) Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (INTERNATIONAL

intervenção de terceiros em arbitragens de investimentos, não se pode dizer que haja uma abordagem sistematizada e uniformizadora sobre a questão, sendo necessário que se avance nesse ponto para que confira maior legitimidade procedimental e substancial ao mecanismo de resolução de disputas entre investidor e Estado¹⁷⁴.

Ao final da instrução, será proferida a sentença arbitral que será tomada pela maioria dos árbitros. Deverão ser apresentados os fundamentos das conclusões (art. 48(3)), bem como não poderá o laudo ser divulgado sem a concordância das partes (art. 48(5)). Ao julgar a divergência, o tribunal arbitral deverá aplicar as normas de direitos escolhidas pelas partes e, na inércia das partes, o direito interno do Estado acolhedor do investimento e as regras de direito internacional. Não obstante, a prática arbitral no âmbito do CIRDI tem evidenciado a primazia do direito internacional como norma de direito aplicável ao mérito das disputas¹⁷⁵.

Em face da sentença podem ser apresentados pedidos de interpretação (art. 50(1)) e de correção (art. 49(2)) que serão analisados pelo mesmo tribunal arbitral. O primeiro visará esclarecer obscuridade ou dubiedade, ao passo que o segundo servirá para que se aperfeiçoe a sentença, completando-a com o julgamento de ponto omissis ou retificando erro material.

É possível ainda um pedido de revisão para que, no período de três anos da data da sentença, possa ser levado ao conhecimento do tribunal arbitral fato ignorado ao tempo do julgamento o qual poderia decisivamente influenciar na deliberação tomada (art. 51). O pedido de revisão também deverá ser apreciado pelo mesmo tribunal arbitral.

De forma inovadora, o CIRDI contempla a possibilidade de um recurso de anulação pelo qual se poderá desafiar a validade da sentença sob fundamentos determinados no prazo de 120 (cento e vinte) dias da data em que proferida a decisão. Será formado um Comitê *ad hoc* com três componentes que deverá reavaliar o laudo (art. 52(3)). Desse comitê não poderá participar pessoa que tenha atuado como árbitro no caso. São fundamentos para o pedido de

CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case n.º ARB/10/7). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016); b) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case n.º ARB/03/19). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/19&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016)

¹⁷⁴ LEVINE, Eugenia. *Amicus curiae* in International Investment Arbitration: the implications of an increase in third-party participation. **Berkeley Journal of International Law**, Berkeley, v. 29, n. 1, p. 200-234, jan./jun. 2011, p. 223-224.

¹⁷⁵ VICENTE, Dário Moura. Op. cit., p. 758.

anulação: a) vício na constituição do tribunal; b) manifesto excesso de poder do tribunal; c) corrupção de um membro do tribunal; d) inobservância grave de uma regra processual fundamental; e) vício de fundamentação (art. 52(1)). Pelo que se observa das hipóteses de cabimento do pedido de anulação, pode-se dizer que o Comitê *ad hoc* não revisará o mérito da sentença, embora esses fundamentos possam se aproximar em muito de um juízo de mérito da controvérsia, como no caso do manifesto excesso de poder do tribunal. Uma vez anulada a sentença, a divergência deverá ser reapreciada por um novo tribunal arbitral (art. 52(6)).

Tornando-se definitiva, a sentença será obrigatória para as partes que deverão reconhecer a sua obrigatoriedade como semelhante ao de uma decisão judicial nacional (art. 54(1)). Assim, sua execução na órbita interna de um Estado deverá se dar como se fosse uma decisão judicial, sendo governada pelas leis locais sobre a execução de sentença.

A assimilação da decisão do tribunal arbitral do CIRDI com a decisão judicial doméstica importará no reconhecimento de sua eficácia sem que seja submetida a procedimento de reconhecimento e execução a que se sujeitam as sentenças estrangeiras. Essa peculiaridade confirma a deslocalização das arbitragens mistas do CIRDI, pondo em destaque o seu caráter internacional que não a vincula a qualquer Estado parte do sistema. A decisão produzida do CIRDI seria “anacional”. Nessa mesma esteira, a parte interessada no cumprimento da decisão do CIRDI não precisará se socorrer da Convenção de Nova Iorque para que obtenha *exequatur* e confirme a eficácia da sentença arbitral.

Não obstante, as disposições sobre a equiparação da sentença arbitral não derogam as regras nacionais sobre as imunidades de execução dos Estados (art. 55). Assim, mesmo com o benefício garantido pela Convenção de Washington, a satisfação plena da sentença arbitral poderá encontrar obstáculos intransponíveis nas órbitas internas dos Estados de execução que assegurem aos entes estatais privilégios de execução.

Na hipótese de injustificada resistência ao cumprimento da sentença arbitral, resta à parte uma alternativa. O art. 64 reza que os Estados podem acionar a CIJ para levar a ela a questão do ilegítimo descumprimento do laudo por um Estado. Porém, é de notar que o investidor não poderá, por si só, apresentar a solicitação à CIJ, onde a pessoa privada não pode atuar. Deverá, então, o investidor dirigir-se ao Estado de sua nacionalidade para

solicitar a sua representação no sentido de levar o debate sobre a execução do laudo àquele tribunal internacional¹⁷⁶.

3.2.4 O Estado brasileiro e o Centro

O Brasil não é parte do sistema CIRDI, nem se identificam sinais de que, em pouco tempo, poderá aderir à Convenção de Washington. O estranhamento ao regime do CIRDI pode ser atribuído à relutância do Estado brasileiro em firmar compromissos internacionais que possam criar mecanismos de proteção ao investimento estrangeiro fora de sua jurisdição, o que poderia atingir a soberania econômica sob uma visão nacionalista¹⁷⁷.

Veja o que aconteceu na década de 90. Nesse período, o Brasil assinou alguns acordos bilaterais de promoção e proteção de investimento. Foram os referidos acordos ao Congresso Nacional para aprovação, mas não houve o pronunciamento legislativo final sobre eles, pois em 2002 o Poder Executivo enviou mensagens pelas quais solicitava a retirada da tramitação desses acordos bilaterais, tendo sido aprovadas as mensagens presidenciais¹⁷⁸.

No entanto, um recente fato traz a discussão sobre se seria estratégico ao Brasil tomar lugar no CIRDI. Entre os anos de 2006 e 2007, a Bolívia empreendeu medidas nacionalizadoras no setor de hidrocarbonetos atingindo investimentos da Petrobrás S/A realizados naquele país através de uma subsidiária de nome Petrobras International Braspetro B. V. (PIBBV) que foi incorporada sob as leis da Holanda. Contra essa ação do Estado boliviano foi cogitada a instauração de arbitragem perante o CIRDI. O interessante é notar que somente seria possível acionar a jurisdição do CIRDI, pois, na verdade, a pessoa privada atingida era a citada subsidiária holandesa da Petrobrás S/A¹⁷⁹. Como a Holanda e a Bolívia ratificaram a Convenção de Washington, o fato de o controle acionário pertencer a uma sociedade brasileira não afastaria a jurisdição do CIRDI, como, inclusive, foi visto alhures ao discutir o art. 25(2)(b) da Convenção de Washington. Não obstante a

¹⁷⁶ MELO, Leonardo de Campos. Op. cit., p. 79.

¹⁷⁷ GIUSTI, Gilberto. Op. cit., p. 1209.

¹⁷⁸ Referem-se as Mensagens Presidenciais de n.º 1.079 a 1.084. Será retornada a discussão dessas mensagens na próxima parte deste estudo.

¹⁷⁹ COSTA, Larissa Maria Lima. **A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI): uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados**. 2006. 224f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

possibilidade do recurso ao CIRDI, os governos da Bolívia e do Brasil chegaram a um acordo compensatório sobre a nacionalização dos bens da sociedade privada, dirimindo a controvérsia¹⁸⁰.

No caso dos hidrocarbonetos da Bolívia, circunstancialmente poderia ser acionado o sistema do CIRDI para que interesses brasileiros fossem indiretamente tutelados. Esse fato mostra a utilidade que poderá ter o mecanismo do Centro para resguardar os direitos do Estado brasileiro e de seus nacionais nas relações com outros Estados.

Em que pese esse exemplo, fato é que o Brasil, mesmo não sendo parte do sistema CIRDI, conseguiu atrair volumosos investimentos estrangeiros nos últimos anos. Logo, no caso brasileiro, não parece ser correto afirmar que a adesão à Convenção de Washington será um catalisador para a atração de recursos externos de modo a fomentar a economia nacional. Mesmo assim, doutrinadores, como Arnoldo Wald, insistem que é momento de o Brasil modificar a sua posição quanto aos tratados de proteção e promoção de investimentos que poderão oferecer à economia nacional uma vantagem comparativa perante outras economias emergentes em momentos de incertezas generalizadas, mesmo que o recurso à arbitragem não seja para submeter eventuais disputas ao CIRDI, podendo ser utilizada a Corte Internacional de Arbitragem da CCI¹⁸¹. Em acréscimo à percuciente observação do estudioso, não pode ser esquecida também a CPA, como aventado anteriormente.

3.3 TRATADOS BILATERAIS COM COMPROMISSO ARBITRAL

Os Estados podem regular suas relações jurídicas através de acordo bilaterais em que são fixadas as normas de comportamento em diversos temas. De forma a garantir a observância dessas normas, pode ser previsto mecanismo de resolução de diferença sobre a interpretação e aplicação daquelas regras. Entre esses mecanismos, tem especial lugar a arbitragem.

A partir do instante que uma cláusula do acordo bilateral contempla o recurso à arbitragem, torna-se essa ferramenta obrigatória para que os Estados pactuantes submetam suas divergências e pacificamente dirimam os conflitos advindos. Fixa-se, assim, um modo jurisdicional de solução de disputas.

¹⁸⁰ MELO, Leonardo de Campos. Op. cit., p. 55.

¹⁸¹ WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 5, p. 1173-1191, p. 1190.

Como as normas bilateralmente acordadas podem beneficiar pessoas privadas, é possível permitir que a arbitragem seja iniciada por solicitação dessas. Ter-se-ão, por conseguinte, arbitragens mistas nessas situações. Em outros acordos bilaterais, apenas se faculta aos Estados partes a instauração do procedimento arbitral. Verificar-se-á nesses casos a instalação de arbitragens interestatais.

Pode ser estipulado que a arbitragem será realizada sob a administração de uma instituição. Em outros, o procedimento arbitral é definido pelo próprio acordo bilateral que opta por um modelo de arbitragem *ad hoc*, elegendo, por vezes, um regulamento de arbitragem que goze de prestígio mundial.

Pode ser estipulado que, antes de recorrer à arbitragem, devem ser esgotados os recursos jurisdicionais internos de um Estado parte. Pode ser igualmente acertado um *cooling off period*.

Nessa esteira, percebe-se que os compromissos arbitrais nos tratados bilaterais podem ser modelados com diferentes características que não podem ser ignoradas.

Será analisado nessa parte do estudo o compromisso arbitral contido nesses tratados bilaterais, especialmente aqueles assinados pelo Brasil. Não se intenciona perscrutar as normas de carácter material desses acordos bilaterais, mas apenas os aspectos que dizem respeito ao instituto da arbitragem internacional.

3.3.1 Tratados bilaterais de investimentos e a arbitragem

Os tratados bilaterais podem versar sobre vários assuntos de interesses dos Estados que decidem regulamentar suas relações no plano internacional. Nas últimas décadas, proliferam os tratados bilaterais na temática dos investimentos que se tornaram conhecidos pela singela sigla BITs.

Quando se fala em tratado bilateral, logo se vem a mente a proteção e promoção de investimentos. Os números desses BITs justificam essa relação. De acordo com a *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), órgão das Nações Unidas responsável pela área do desenvolvimento e do comércio internacional, até fevereiro de 2016, contabilizava-se cerca de 3.280 acordos internacionais de investimentos¹⁸².

¹⁸² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Investment Policy Monitor:** march 2016. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d01_en.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016).

3.3.1.1 Características

É possível identificar nos BITs traços comuns. São eles: a) a previsão de regras protetivas e promotoras dos investimentos realizados num território soberano; b) a reciprocidade da proteção entre os Estados partes; c) a garantia da livre transferência de recursos ao exterior; d) a eleição de um mecanismo de solução de disputas que não seja a jurisdição dos Estados partes. Em todos os tratados bilaterais de investimentos, podem ser enxergadas essas características. As normas substantivas desses acordos, por sua vez, podem ser divididas em dois grupos: a) normas de estímulo ao investimento direto do estrangeiro, como a eliminação de barreiras, a aplicação de regras positivas de padrões de tratamento e eliminação de discriminação; b) normas puramente de proteção aos investimentos, como o condicionamento da expropriação e a imposição de justa e prévia indenização para ato expropriatório¹⁸³. São objetos de análise apenas os mecanismos de solução de controvérsias organizados nesses BITs.

Com a expansão desses acordos bilaterais, também se multiplicaram as disputas entre investidores e Estados. Para a resolução desses litígios, os tratados bilaterais podem prever a utilização de arbitragens entre Estados e de arbitragens mistas entre pessoa privada (investidor) e Estado. A primeira modalidade é a forma arbitral tradicional de os Estados dirimirem suas diferenças. A segunda ganhou espaço principalmente com a iniciativa do Banco Mundial através da criação do CIRDI que foi examinado anteriormente. Podem também os BITs estabelecer que o procedimento arbitral seguirá as regras por eles deliberadas, sendo conduzido pelas próprias partes. Em outras situações, que se tornaram cada vez mais comuns, indica-se um centro de arbitragem que irá assumir a administração dos trâmites, oferecendo espaço para que sejam constituídos tribunais arbitrais ou nomeados árbitros únicos a quem competirão proferir as sentenças finais.

Pode ser citado como exemplo destacado de arbitragem mista *ad hoc* de investimento o caso do tribunal arbitral instalado com base nos Acordos de Argel de 1981 entre Estados Unidos e Irã para a apreciação de reclamações compensatórias envolvendo os dois governos e seus nacionais após a crise de 1979¹⁸⁴. A citada instância arbitral tem desenvolvido suas atividades com o apoio do Escritório Internacional da CPA.

¹⁸³ GIUSTI, Gilberto. Op. cit., p. 1.218.

¹⁸⁴ O citado tribunal arbitral foi mencionado no estudo dedicado à CPA.

O compromisso arbitral de investimento mais comum é a cláusula CIRDI¹⁸⁵. Por meio dessa estipulação convencional, elege-se o CIRDI como organismo que facilitará a constituição de tribunal arbitral para a resolução de diferença entre investidor e Estado. O ICSID foi instituído pela Convenção de Washington pela qual, conforme sobejamente esquadrinhado, somente se submeterão ao procedimento arbitral as partes que tiverem, além da adesão ao citado diploma, firmado compromisso arbitral específico. Esse compromisso arbitral pode ser extraído dos tratados bilaterais de investimentos que contenham a citada cláusula CIRDI.

A CPA também pode gerenciar procedimentos arbitrais de investimentos, inclusive com a participação de um investidor na relação procedimental. É de ver que o Regulamento de Arbitragem da CPA de 2012 apresenta, ao final, modelo de cláusula de arbitragem que pode ser inserida em tratados ou outros acordos para que se submeta o procedimento às regras dessa instituição¹⁸⁶.

3.3.1.2 O problema da inconsistência da “jurisprudência arbitral”

Firmou-se a arbitragem internacional como instrumento apropriado às disputas de investimento, pois esse mecanismo pode oferecer um foro neutro em que o direito aplicável não se limita às normas internas editadas por um Estado, sendo igualmente considerado o direito internacional que contrabalança essas normas nacionais.

No entanto, mesmo com o protagonismo exercido pelo CIRDI, as arbitragens de investimentos têm suas desvantagens. A principal delas é apontada por Dominique Carreau. Os centros institucionais de arbitragem, embora permanentes, não constituem a instância decisória das disputas. A cada caso apresentado é viabilizada a composição de um tribunal arbitral ou a nomeação de um árbitro único que irá proferir a decisão. Uma vez concluído o trâmite, desfaz-se o tribunal arbitral ou se desveste o árbitro único de sua competência.

¹⁸⁵ CARREAU, Dominique. **Droit international économique.**, p. 510.

¹⁸⁶ Model arbitration clause for treaties and other agreements. Any dispute, controversy or claim arising out of or in relation to this [agreement] [treaty], or the existence, interpretation, application, breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the PCA Arbitration Rules 2012 (Modelo de cláusula de arbitragem para tratados e outros acordos. Qualquer disputa, controvérsia ou reclamação decorrente ou em relação a este [acordo] [tratado], ou a existência, interpretação, aplicação, violação, extinção, ou invalidade do mesmo, será resolvida pela arbitragem de acordo com as Regras de Arbitragem da CPA de 2012) (tradução do autor) (PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration Rules 2012.** 2016. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016).

Surgindo um novo caso, será erigido juízo arbitral com novos componentes que não estão necessariamente vinculados às manifestações dos árbitros em situações passadas. Daí a preocupação com a instabilidade da aplicação do direito internacional no quadro das arbitragens de investimentos, mesmo quando em debate um mesmo tratado bilateral por juízos arbitrais diferentes¹⁸⁷. Vale dizer, os laudos não observam necessariamente a força dos precedentes arbitrais.

Uma solução aventada pelo jurista francês para superar as contrariedades da “jurisprudência arbitral” seria a criação de um novo mecanismo suplementar de revisão e controle das sentenças arbitrais, entregando-se a uma instituição no quadro do CIRDI a missão de uniformizar e garantir a integridade da aplicação das normas internacionais¹⁸⁸.

O sistema ICSID até prevê a possibilidade, no seu regime, de um recurso de anulação a um comitê com membros diversos dos tribunais arbitrais como se fosse um segundo grau de jurisdição. No entanto, as hipóteses de cabimento desse recurso não guardam relação com o propósito de resguardar a segurança jurídica na interpretação das normas de direito internacional, além do que o referido comitê se constitui de forma *ad hoc*, desfazendo-se após a apreciação do recurso de anulação.

Nessa linha de buscar uma maior estabilidade na aplicação dos precedentes arbitrais, o Canadá e a União Europeia, em fevereiro de 2016, revisaram o *Canada and European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* – Acordo Abrangente de Economia e Comércio entre Canadá e União Europeia – para modificar o sistema de solução de disputas e substituir o painel de árbitros por um tribunal permanente de investimento constituído por 15 (quinze) membros¹⁸⁹. A provisão poderá conferir maior consistência à jurisprudência arbitral pelo menos dentro desse regime Canadá-União Europeia, simbolizando uma provável tendência a ser seguida no futuro.

3.3.2 Tratados bilaterais de investimentos e o Estado brasileiro

O Brasil tem se mostrado avesso aos tratados bilaterais de investimentos. O primeiro esforço brasileiro para uma regulação bilateral de investimento se deu na década de 60 com

¹⁸⁷ CARREAU, Dominique. *Droit international économique*, p. 511.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 512.

¹⁸⁹ BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. Repensando a solução de controvérsias relacionadas a investimentos. *Pontes*. Genebra, v. 12, n. 1, p. 18-22, março 2016, p. 19.

a Alemanha¹⁹⁰. Em 4 de setembro de 1963, Brasil e Alemanha firmaram Acordo de Investimentos e Financiamentos pelo qual se aceitava a transferência de capitais alemães para o Brasil e se estabelecia Comissão Mista para fomentar as relações econômicas entre os dois países¹⁹¹.

No entanto, o referido acordo bilateral não continha genuínas normas voltadas à promoção e proteção de investimentos. Nem mesmo parece estar evidente a reciprocidade de tratamento, já que seus primeiros itens se referem a exportações germânicas para o Brasil e à instalação de empresas alemãs e sua associação com empresas brasileiras com a transferência de bens de produção para território nacional, como se estivesse apenas resguardando os interesses germânicos em terras brasileiras. Por esta razão, não seria rigorosamente correto afirmar que esse acordo foi o primeiro tratado bilateral de investimento assinado pelo Estado brasileiro. Na verdade, o referido documento afigura ser um “protoacordo” daquilo que se erigiria como os TBIs de hoje. Não por outro motivo o Brasil chegou a assinar um acordo de proteção e promoção de investimentos com a Alemanha em 1995, embora não tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional.

Em 1965, o Brasil concluiu um outro acordo bilateral. Com os Estados Unidos o Estado brasileiro firmou o Acordo de Garantia de Investimentos que foi promulgado pelo Decreto n.º 57.943, de 10 de março de 1966. O mencionado tratado também não trouxe regras de proteção e promoção semelhantes às dos hodiernos TBIs. Visou-se com o referido acordo regular a concessão de garantias por um Estado em favor de um nacional seu que viesse a realizar investimentos noutro Estado parte. O foco não era o investidor, mas o Estado que fornecesse garantia em benefício daquele, assegurando formas de resgatar essas garantias através dos recursos e bens injetados pela pessoa privada no território do Estado recipiente dos investimentos¹⁹².

Cumprе sublinhar que se inseriu cláusula de arbitragem no Acordo de Garantia de Investimentos com Estados Unidos de 1965, evidenciando desde aquela época que o mecanismo da arbitragem internacional se mostrava adequado a essas questões. De acordo com o art. 6º do acordo em liça, uma divergência entre os Estados acerca da interpretação das normas convencionais deveria ser resolvida por negociações e, não sendo equacionada

¹⁹⁰ GIUSTI, Gilberto. Op. cit., p 1.219.

¹⁹¹ REPRESENTAÇÕES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA NO BRASIL. **Acordos bilaterais.** Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/2700970/Daten/780338/1953_investitionen_pt.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2016.

¹⁹² Vide o art. 3º do Decreto n.º 57.943.

no prazo de 06 meses, a questão poderia ser submetida a uma arbitragem *ad hoc* da qual somente poderiam participar os Estados partes¹⁹³. Constatou-se, assim, que não se permitiu àquela época que o investidor pudesse diretamente solicitar a instauração do procedimento arbitral, assim como se verifica no sistema ICISID. Outrossim, excluíram-se do recurso à arbitragem as questões relativas a expropriação de bens dos investidores que deveriam ser resolvidas pela jurisdição interna dos Estados recipientes, a não ser que, embora esgotados os remédios judiciais domésticos, restasse configurada uma situação de denegação de justiça nos termos do direito internacional.

Nas décadas seguintes, o Brasil encetou um movimento no sentido de subscrever acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos, assim como se verificou com outros países da América Latina. No entanto, como se constará adiante, esse movimento não se ultimou com a aprovação e promulgação definitivas.

3.3.2.1 Os tratados bilaterais da década de 90

Na década de 90, foi prodigiosa a atividade diplomática brasileira ao subscrever variados acordos de proteção e promoção de investimentos (APPs) com nações de variadas partes do globo.

Lembra Arnoldo Wald que a proliferação desses acordos bilaterais na década de 90 coincidiram com o movimento de privatização e abertura da economia nacional aos investimentos estrangeiros¹⁹⁴. Não há como se olvidar que, nesse mesmo período, o Brasil regulamentou internamente o instituto da arbitragem através da LA, reconhecendo o seu valor como instrumento de pacificação de litígios inclusive na órbita local.

¹⁹³ Art. 6º Divergências entre os dois Governos relativas à interpretação das disposições deste Acôrdio serão resolvidas, na medida do possível, por meio de negociações entre os mesmos. Se determinada divergência não puder ser resolvida dentro de um período de seis meses subsequente à solicitação de tais negociações, a mesma poderá ser submetida, a pedido de qualquer um dos Governos, a arbitramento de Acôrdio com o § 4º deste Artigo.

[...]

4. Questões surgidas nos termos dos parágrafos 1º, 2º e 3º deste Artigo serão submetidas, a pedido de qualquer dos Governos, a um tribunal arbitral que se pautará pelos princípios do Direito Internacional Público, reconhecidos nos artigos 1º e 2º do Tratado Geral Interamericano de Arbitramento, assinado em *Washington*, em 5 de janeiro de 1929. Somente os respectivos Governos podem requerer o processo arbitral e do mesmo participar. A escolha de árbitros e o método de seu procedimento obedecerão ao disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 6º do Tratado Geral de Arbitramento de 1929. O caráter final das decisões do Tribunal Arbitral e o método para a sua interpretação deverão obedecer às disposições do Artigo 7º daquele Tratado (BRASIL. Decreto nº 57.943, de 10 de março de 1966. Promulga o Acôrdio de Garantia de Investimentos com os Estados Unidos da América. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 mar. 1966).

¹⁹⁴ WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 1174

Em ordem cronológica, foram assinados os seguintes TBIs no curto espaço de cinco anos: 1) Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, assinado em 9 de fevereiro de 1994¹⁹⁵; 2) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 22 de março de 1994¹⁹⁶; 3) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte para a Promoção e a Proteção de Investimentos, assinado em 19 de julho de 1994¹⁹⁷; 4) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 11 de novembro de 1994¹⁹⁸; 5) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Dinamarca para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 04 de março de 1995¹⁹⁹; 6) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 21 de março de 1995²⁰⁰; 7) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Finlândia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 28 de março de 1995²⁰¹; 8) Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de

¹⁹⁵ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_8/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁹⁶ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_20/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁹⁷ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte para a Promoção e a Proteção de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_42/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁹⁸ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1994/b_85/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁹⁹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino da Dinamarca para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_33/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰⁰ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_17/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰¹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Finlândia para a Promoção e

Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e a República Italiana, assinado em 3 de abril de 1995²⁰²; 9) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 04 de julho de 1995²⁰³; 10) Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e a República da Coréia, assinado em 1º de setembro de 1995²⁰⁴; 11) Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimento, assinado em 21 de setembro de 1995²⁰⁵; 12) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 26 de junho de 1997²⁰⁶; 13) Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, assinado em 25 de novembro de 1998²⁰⁷; 14) Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a União Econômica Belgo-Luxemburguesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos, assinado em 06 de janeiro de 1998²⁰⁸.

a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_19/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰² MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e a República Italiana). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_20/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰³ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_51/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰⁴ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e a República da Coréia). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_69/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰⁵ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Federal da Alemanha sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimento). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1995/b_73/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰⁶ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1997/b_52_2011-09-01-14-10-01/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰⁷ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1998/b_54/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

²⁰⁸ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a União Econômica Belgo-Luxemburguesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1999/b_1/>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Após a assinatura desses tratados, apenas seis deles (acordos com a França, Alemanha, Suíça, Portugal, Chile e Reino Unido) foram enviados ao Congresso Nacional para aprovação. No entanto, nunca chegaram a ser apreciados, pois o Poder Executivo, em dezembro de 2002, enviou mensagens através das quais solicitava a retirada desses APPIs.

As mensagens continham texto praticamente idêntico, externando motivação para que fosse abortado o procedimento de aprovação daqueles acordos. Na Mensagem n.º 1.079 que foi enviada em atenção ao Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, foi anexada manifestação do então Ministro das Relações Exteriores Celso Lafer que elencou como motivos para a retirada os seguintes fundamentos: a) os dispositivos dos APPIs “[...] foram avaliados como um conjunto demasiado abrangente de direitos e prerrogativas que estariam sendo concedidos às empresas multinacionais, em detrimento da jurisdição do Estado e da própria sociedade [...]”²⁰⁹; b) o fato de não ser parte de BITs “[...] não tem afetado a posição do Brasil como importante receptor de investimentos internacionais, cujos fluxos de entrada encontram-se entre os mais altos no grupo dos países em desenvolvimento”²¹⁰. A mesma fundamentação foi inserida nas mensagens enviadas para o arquivamento dos outros APPIs.

Os acordos bilaterais de 90, embora subscritos com países de diferentes tradições, possuíam características comuns, permitindo afirmar que eles representavam o modelo de APPIs que o Estado brasileiro, àquela época, concebia como adequado. Confrontando os textos convencionais, podem ser identificados como destacados pontos de convergência dos BITs de 90: a) regulação da expropriação direta e indireta; b) a imposição do tratamento justo e equitativo; e c) a cláusula do tratamento nacional e da nação mais favorecida.

Também se verifica que em todos eles houve a preocupação de sistematizar formas de solução de controvérsias. Tome-se como amostra da regulação desse tema o último dos APPIs subscritos, qual seja, o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a União Econômica Belgo-Luxemburguesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos. O art. 9 do citado BIT cuida das controvérsias entre investidor e Estado parte.

²⁰⁹ BRASIL. Mensagem n.º 1.079, de 11 de dezembro de 2002. Solicita a retirada de tramitação do texto do Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, submetido a consideração do Congresso Nacional pela Mensagem n.º 755, de 1998. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, 13 dez. 2002, p. 54409.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 54410.

Por sua vez, o art. 11 trata das diferenças entre Estados partes sobre a interpretação e aplicação do acordo bilateral.

Para as disputas investidor-Estado, primeiramente deveria ser buscada a negociação para solução amigável, inclusive com a possibilidade do envolvimento diplomático dos Estados (art. 9(1)). Frustrada a tentativa de negociações, poderia o investidor submeter à jurisdição nacional ou recorrer à arbitragem internacional (art. 9(2)). Desde já, o acordo bilateral firmava o compromisso arbitral pelo Estado sob a forma de uma oferta à arbitragem. Para instaurar à arbitragem, o investidor poderia optar: a) por uma arbitragem *ad hoc*; b) pelo CIRDI; c) pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI em Paris; d) pelo Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (art. 9(4)). Inclusive, é possível enxergar no art 8(2) do diploma em tela um *umbrella clause* pela qual se poderia equiparar uma quebra de contrato entre investidor e Estado a uma violação do tratado, o que poderia viabilizar uma *contract claim* no quadro desse acordo²¹¹.

Para as divergências Estado-Estado, o primeiro caminho a ser percorrido seria a via diplomática. Em seguida, poderia ser submetida a disputa a uma comissão conjunta composta por integrantes de ambas as partes (art. 11(2)). Frustradas esses mecanismos, poderiam os Estados recorrerem à uma arbitragem *ad hoc*, cujo tribunal seria composto por três árbitros, sendo dois deles indicados por cada uma das partes e um terceiro por esses dois árbitros (art. 11(3)). Se houvesse impasse com a formação do tribunal, o art. 11(3) conferia ao Presidente da CIJ a atribuição de autoridade nomeadora para que procedesse às nomeações necessárias.

Constata-se que os mecanismos de solução de divergências desses APPIs de 90 prestigiavam as arbitragens interestatais e mistas, inclusive com a possibilidade de contar com a administração de renomados centros arbitrais, como o CIRDI e a Corte Internacional da CCI. Em especial, garantia-se à pessoa privada do investidor a alternativa de utilizar diretamente a arbitragem internacional que deveria aplicar, além do direito da localidade do investimento, as regras jurídicas do BIT e os princípios e normas do direito internacional (art. 9(6)).

²¹¹ Art. 8(2) Cada Parte Contratante se compromete a permanentemente observar qualquer obrigação por ela assumida em relação aos investidores da outra Parte Contratante. (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a União Econômica Belgo-Luxemburguesa sobre a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos). Disponível em <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1999/b_1/>. Acesso em: 21 mar. 2016).

No entanto, a regulação da arbitragem internacional sob a modalidade investidor-Estado pode ter sido também a causa para a resistência do Brasil em relação à aprovação dos acordos bilaterais, assim como o foi para a adesão à Convenção de Washington do ICSID. Na visão de Carmen Tibúrcio, a discordância em submeter a uma arbitragem internacional questões constitucionalmente submetidas ao judiciário nacional e a possibilidade de criação de um sistema em que investidores estrangeiros poderiam ter um tratamento diferente daquele dado aos nacionais levaram o Estado brasileiro a se opor a fazer parte do regime do CIRDI²¹². Essas mesmas razões podem ser aplicadas ao BITs de 90. Prova disso é que os acordos bilaterais de 2015 não repetiram estrutura semelhante para a resolução de controvérsias.

3.3.2.2 Os novos tratados bilaterais concluídos a partir de 2015

Após a experiência da década de 90, o Estado brasileiro voltou a celebrar BITs no ano de 2015. Num único ano, foram acordados seis tratados bilaterais, todos denominados Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Justifica-se o diferente nome para esses tratados, já que baseados em uma estrutura e em um regime distintos daqueles APPIs de 90. Não se fala em proteção e promoção, mas em cooperação e facilitação. Esses termos evidenciam o novo enfoque desses BITs. Facilitação, pois o acordo bilateral estabelece marco regulatório para o tratamento dos investimentos pelo qual se levantam os obstáculos que poderiam desestimulá-los, como atos injustificadamente discriminatórios do Estado frente ao investidor estrangeiro. E, cooperação, já que, da mesma forma que se promove o investimento, incentiva-se a governança institucional e atribuem-se responsabilidades ao investidor como contrapartida da facilitação.

Segundo dados da UNCTAD de 2013, os países que formam o chamado BRICS²¹³ tiveram mais do que triplicado o fluxo de investimentos estrangeiros diretos nos últimos dez anos, passando o grupo a receber 20% dos investimentos internacionais em 2012²¹⁴. Além disso, esses Estados, dentre eles o Brasil, deixaram de ser apenas acolhedores de

²¹² TIBÚRCIO, Carmen. A Arbitragem de Investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 237.

²¹³ Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

²¹⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Global Investment Trends Monitor: The rise of BRICS FDI and Africa**. 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2013d6_en.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016, p. 1.

investimentos. Os países do BRICS que investiam em torno de US\$ 7 bilhões em 2000 passaram a realizar investimentos externos na ordem de US\$ 122 bilhões em 2012²¹⁵.

A conjuntura político-econômica dos últimos anos levou o Estado brasileiro a repensar a sua postura em relação aos tratados bilaterais de investimentos. A questão já não é mais se opor a regras e mecanismos que poderiam significar a submissão do país a compromissos que reduzissem o seu espaço regulatório interno, mas agora oferecer proteção aos nacionais que realizam investimentos fora.

Surge, então, uma nova geração de TBIs sob o título de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Em 2015, foram celebrados os seguintes ACFI na ordem cronológica: a) o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique, assinado em 30 de março de 2015²¹⁶; b) o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, assinado em 1º de abril de 2015²¹⁷; c) o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, assinado em 26 de maio de 2015²¹⁸; d) o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Maláui, assinado em 25 de junho de 2015²¹⁹; e) o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia, assinado em 09 de outubro de 2015²²⁰; e f) o Acordo de

²¹⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), Op. cit., p. 1.

²¹⁶ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-de-mocambique/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

²¹⁷ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-de-angola/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

²¹⁸ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-os-estados-unidos-mexicanos/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

²¹⁹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Maláui). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-malau/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

²²⁰ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de->

Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, assinado em 23 de novembro de 2015²²¹.

Nenhum desses acordos bilaterais foi aprovado ainda pelo Congresso Nacional, nem muito mesmo promulgado pelo Poder Executivo. Talvez não tardará a ratificação desses tratados, já que eles se mostram mais conectados com a visão que o Estado brasileiro possui sobre a proteção e promoção dos investimentos estrangeiros diante das características que os diferenciam profundamente dos BITs da década de 90. Na medida em que forem sendo ratificados e novos sejam subscritos, será formada pouco a pouco uma rede de cooperação e facilitação que poderá beneficiar os investidores brasileiros que se aventurem em empreitadas nos territórios dos Estados parceiros. De qualquer forma, é de admitir que somente o tempo dará uma resposta.

3.3.2.2.1 Aspectos comuns aos Acordos de Cooperação e Facilitação

De pronto se observa dos parceiros que a tônica desses novos ACFIs é buscar a cooperação e proteção com Estados, cujas economias não se mostram desenvolvidas como no caso da maioria dos países dos BITs de 90. Basta atentar para as nações com quem foram celebrados os ACFIs. Os países com quem o Brasil concluiu esses novos acordos estão situados na África e na América Latina. Tenta-se, assim, evitar que as relações convencionais se estabeleçam entre Estados assimétricos, cujas diferenças poderiam desnaturar a reciprocidade da proteção e facilitação dos investimentos. Numa relação desigual, a proteção e promoção de investimentos somente viriam a beneficiar uma das partes. Ao invés de se terem Estados partes, onde um deles demonstra fortemente um perfil exportador e outro importador com nos anteriores APPIs, nesses novos ACIFs se verifica uma maior proximidade entre os Estados pactuantes.

Identifica-se também que os últimos acordos finalizados no final de 2015 são mais estruturados e institucionalizados do que aqueles que foram celebrados no primeiro semestre

cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil/>.Acesso em: 23 mar. 2016.

²²¹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-chile/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

daquele ano. Tem-se a impressão de que a experiência brasileira amadureceu o modelo de BIT em poucos meses.

Não obstante, é possível notar em todos características uniformes que permitem afirmar que eles se inserem numa nova política nacional quanto à facilitação dos investimentos no plano internacional. Defrontando os textos dos acordos, pode-se afirmar que os regimes são homogêneos nos seguintes aspectos: a) imposição de políticas de responsabilidade social para os investimentos (art. 15, ACIF/Chile); b) a criação de pontos focais (*Ombudsmen*) e de Comitê Conjunto para prevenir e solucionar disputas, além de oferecer assistência ao setor privado (arts. 4 e 5, ACIF/Moçambique); c) a escolha da arbitragem interestatal como mecanismo jurisdicional (art. 15(6), ACIF/Angola); d) a garantia da transferência de divisas (art. 9, ACIF/México); e) reconhecimento da autonomia regulatória e do espaço para políticas públicas (art. 15, ACIF/Colômbia); f) instituição de ambiente regulatório transparente e amigável ao investimento, mitigando riscos contra expropriação e discriminação (arts. 8, 10 e 11 ACIF/Maláui).

Ao versar sobre os mecanismos de solução de disputas, os acordos bilaterais de 2015 valorizam os meios consensuais (diplomáticos), prevendo a instituição de dois órgãos. O primeiro deles são os Pontos Focais ou *Ombudsmen* que auxiliarão os investidores com a troca de informações, bem como procurarão canalizar as reclamações recebidas e dialogar com as autoridades governamentais para a prevenção e solução de litígios. No caso brasileiro, optou-se em todos ACIFs designar como *Ombudsman* a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). O segundo órgão é o Comitê Conjunto que tem a função primordial de gerir os acordos bilaterais, sendo formado por representantes governamentais. Uma vez estabelecida uma controvérsia, os Estados partes, em representação de um nacional, podem submetê-la ao Comitê Conjunto que iniciará procedimento no decorrer do qual será realizada reunião para se alcançar uma solução. Dessa reunião poderão participar os representantes dos investidores afetados, de entidades governamentais e de não governamentais. Ao final, será elaborado relatório para o qual não se exige que seja apresentada uma manifestação conclusiva ou opinativa do litígio, mas apenas narrativa.

Cumprir guisar que, embora os ACIFs tenham rejeitado a iniciativa da pessoa privada para provocar o mecanismo de solução de disputas, sempre deixando ao Estado essa proposição, assegurou-se pelo menos a participação do investidor afetado e até de terceiros interessados, como organizações não governamentais, nas reuniões do Comitê Conjunto.

Ao lado dos meios diplomáticos, os ACIFs oferecem às partes em disputa a utilização da arbitragem internacional que poderá se dar através de um tribunal *ad hoc* ou com a assistência de uma instituição arbitral permanente. Todavia, não se consentiu com a arbitragem mista acionada pela própria pessoa privada. Nenhum dos ACIFs admite o início do procedimento arbitral pelo investidor, o que faz com que todas as relações arbitrais surgidas sob o amparo dos ACIFs sejam Estado-Estado.

Não se detecta nos ACIFs cláusulas guarda-chuva pelas quais se poderia trazer para uma arbitragem internacional baseada nesses acordos a violação de um contrato concluído com o Estado parte. Não se inseriram dispositivos que impusessem a renúncia à imunidade de jurisdição quando da instalação de um tribunal arbitral, assim como não se equiparou as sentenças arbitrais às decisões judiciais nacionais de maneira que se tornasse dispensável o procedimento de reconhecimento para a concessão do *exequatur* quando se almejasse a execução do laudo na jurisdição de um Estado parte.

Os pontos declinados no parágrafo anterior parecem ter sido intencionalmente omitidos para que se construísse um mecanismo de solução de controvérsias distinto do CIRDI.

Como o objeto deste estudo é exatamente a arbitragem internacional, procurar-se-á nas próximas linhas analisar as diferenças – ainda que superficiais – dos acordos bilaterais de 2015 neste específico ponto da arbitragem internacional.

3.3.2.2.2 Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos com Moçambique, Angola e Maláui

Moçambique, Angola e Maláui são países africanos com os quais foram celebrados acordos bilaterais, cujos textos são muitos semelhantes. Daí se justificar a análise conjunta dos ACIFs concluídos com essas nações.

Os ACIFs com esses Estados foram os primeiros costurados pelo Brasil em 2015. O regramento contido neles é enxuto, pouco disciplinando como se desenrolará a arbitragem internacional entre os Estados partes.

Em todos eles, apenas se insere uma cláusula de arbitragem que deixa claro que o procedimento se dará entre Estados apenas. Não se avança na regulamentação do procedimento arbitral.

Ao especializar a competência em razão do tempo, o art. 16(2) do ACIF/Moçambique prevê que as normas convencionais não se aplicarão à reclamação referente a investimento que tiver sido resolvida antes da vigência do tratado bilateral, bem como não poderão ser invocadas para reabrir discussão que já tiver sido sacramentada com o esgotamento dos recursos judiciais internos. Idêntica provisão é encontrada no art. 16(1) do ACIF/Angola.

Diante da reduzida regulamentação da arbitragem nesses ACIFs, caberá às partes e ao tribunal arbitral detalhar o procedimento arbitral e colmatar as lacunas para que se possa chegar ao laudo final. Poderá ser tomado de empréstimo regulamento de arbitragem redigido por instituição permanente, como o fizeram outros ACIFs, o que se verá adiante.

3.3.2.2.3 O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos com México

O ACIF/México apresenta um regime normativo mais detalhado da arbitragem internacional.

Logo ao definir investimento, o tratado bilateral recorta a competência *ratione materiae* do tribunal arbitral que poderá ser composto com fundamento nele. O art. 3(2) formula uma longa norma conceitual que restringe a noção de investimento, colocando sobre a sua proteção apenas as situações que se conformem a essa conceituação.

Assim define o art. 3(2) do ACIF/México investimento:

Art. 3. "Investimento" significa qualquer tipo de bem ou direito pertencente ou sob controle direto ou indireto de um investidor de uma Parte estabelecido ou adquirido de conformidade com as leis e regulamentos da outra Parte no território dessa outra Parte, vinculado à produção de bens ou prestação de serviços no Estado anfitrião pelo investidor da outra Parte, com o objetivo de estabelecer relações econômicas de longo prazo, tais como:

- a) uma sociedade, empresa, participações societárias ("equity") ou outros tipos de participações em uma sociedade ou empresa;
- b) bens imóveis ou outra propriedade, tangível ou intangível, adquiridos ou utilizados com o propósito de obter benefício econômico ou para outros fins empresariais;
- c) instrumentos de dívida de uma empresa:
 - (i) quando a empresa é uma filial do investidor, e
 - (ii) quando a data de vencimento original do instrumento de dívida seja de pelo menos três (3) anos, mas não inclui um instrumento de dívida de uma Parte, independentemente da data original do vencimento;
- d) empréstimos a uma empresa:
 - (i) quando a empresa é uma filial do investidor, e
 - (ii) quando a data de vencimento original do empréstimo seja de pelo menos três (3) anos, mas não inclui um empréstimo a uma Parte, independentemente da data original do vencimento;

e) os direitos de propriedade intelectual tal como definidos ou se faça referência no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual da Organização Mundial do Comércio relacionados ao Comércio (TRIPS);

f) o valor econômico de concessão, licença ou autorização outorgada pelo Estado anfitrião ao investidor da outra Parte.

Para maior certeza, o termo "investimento" não inclui:

(i) títulos de dívida emitidos por um Governo ou empréstimos a um Governo;

(ii) os investimentos de portfólio, e

(iii) reivindicações pecuniárias decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por parte de uma empresa nacional ou no território de uma Parte a uma empresa no território da outra Parte, ou a concessão de crédito no âmbito de uma transação comercial, ou quaisquer outras reivindicações pecuniárias que não envolvam os tipos de ativos referidos nas alíneas a) - f) acima.²²²

É de notar que o ACIF preocupou atrelar a noção de investimento ao conceito de capital produtivo ao dizer que investimento estaria “[...] vinculado à produção de bens ou prestação de serviços [...] com o objetivo de estabelecer relações econômicas de longo prazo [...]”²²³. Ainda se excluiu do âmbito de aplicação do BIT operações que se referem a obrigações dos Estados partes e dívidas decorrentes exclusivamente de contratos comerciais para a venda de bens ou de serviços e de concessão de crédito no âmbito de transação comercial.

Ao delimitar o âmbito material de aplicação do tratado bilateral através de uma definição precisa de investimento, o ACIF igualmente especializou a competência *ratione materiae* dos tribunais arbitrais que podem ser constituídos no seu regime.

Ainda sobre a competência material, o art. 12 do ACIF/México recorta do mecanismo de solução de controvérsias medidas que tenham sido implementadas pelos Estados pactuantes com o fim de preservar a segurança nacional ou ordem pública, ou ainda a aplicação do direito penal local. Mesmo que essas medidas venham proibir ou restringir investimentos no território de um Estado parte, não poderão elas ser desafiadas em arbitragem interestatal no âmbito do tratado bilateral que as imuniza de questionamento.

É no art. 19 que se encontram normas mais detalhadas da arbitragem internacional. Prescreve-se nesse dispositivo que a sentença arbitral, além de declarar a violação ao tratado,

²²² MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-os-estados-unidos-mexicanos/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

²²³ Ibid.

poderá, se assim autorizada pelo compromisso arbitral, estabelecer compensação pelos danos causados ao investidor (art. 19(2)).

Em atenção à competência *ratione temporis*, fixa-se que as controvérsias e as medidas tomadas pelos Estados anteriores ao BIT não poderão ser contestadas no âmbito dele (art. 19(3)).

Faculta-se às partes a constituição do tribunal arbitral sob a modalidade *ad hoc* ou submeter a controvérsia a uma instituição permanente voltada à solução de controvérsias entre Estados. Poderia ser sugerida como adequado centro de arbitragem a CPA.

Em optando pela arbitragem *ad hoc*, o tribunal arbitral será composto por três membros, sendo dois indicados pelas partes e o terceiro escolhido por esses dois árbitros, mas submetido à aprovação das partes. (art. 19(5)). Ao terceiro árbitro será entregue a presidência do tribunal, não podendo ser nacional de nenhum dos Estados envolvidos. Instalando-se impasse na formação do tribunal arbitral, o Presidente da CIJ poderá atuar como *appointing authority*, efetuando as nomeações necessárias (art. 19(6)).

O procedimento será governado pelas regras eleitas pelo tribunal que decidirá o mérito por maioria de votos.

A decisão final será vinculante, devendo ser cumprida de boa-fé. No entanto, o acordo bilateral não prevê remédio para o caso de descumprimento deliberado da sentença arbitral. Igualmente, não se contemplou a renúncia da imunidade de jurisdição, como verificado no sistema CIRDI, nem muito menos da imunidade de execução. Também não se equiparou a sentença arbitral à decisão judicial nacional dos Estados partes, o que poderia dispensar o procedimento de reconhecimento do laudo no caso de se tentar a execução do mesmo na jurisdição do Estado parte.

3.3.2.2.4 Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos com Colômbia e Chile

Os ACFIs de Colômbia e Chile apresentam a mais minudenciada regulamentação da arbitragem internacional. O ACIF/Chile, diferentemente dos demais, carrega um anexo exclusivamente dedicado à ordenação do procedimento arbitral.

Não se estabeleceu nesses acordos bilaterais um conceito de investimento tão restritivo quanto ao do BIT do México, onde se adicionou o elemento finalístico das relações econômicas de longo prazo.

Por outro lado, o ACIF/Colômbia se preocupou em positivar que, em tendo o investidor (pessoa natural) dupla nacionalidade dos Estados partes, o acordo bilateral não se aplicará às suas atividades, salvo se ele tiver fixado domicílio em Estado diverso daquele em que focalizados o investimento (art. 1(4)(1)). Nessa situação, o domicílio da pessoa natural determinará a âmbito de aplicação das normas convencionais.

Em ambos acordos, contemplam-se exceções de segurança (art. 12 do ACIF/Colômbia e art. 14 do ACIF/Chile), subtraindo da jurisdição dos tribunais arbitrais disputas em que se confrontem com as normas dos BITs medidas efetivadas pelos Estados em situações especiais. Encaixam-se nessas exceções ações e decisões tomadas em tempos de guerra ou de emergência, ou ainda no intuito de preservar a ordem pública e a segurança, de cumprir obrigações para a manutenção ou restauração da paz ou segurança internacionais.

No ACIF/Colômbia, atribui-se ao Comitê Conjunto competência para desenvolver regras complementares das arbitragens interestatais (art. 16(4)(f)). Com isto, enxerga-se nessa provisão a possibilidade de o Comitê Conjunto redigir um regulamento adicional ou opcional de arbitragem que poderia ser escolhido pelas partes para governarem o tribunal *ad hoc* que venha a ser formado por solicitação delas.

Além das exceções de segurança, os ACIF de Colômbia e Chile afastam da competência material dos tribunais arbitrais assuntos que digam respeito à responsabilidade social corporativa, às medidas contra a corrupção e ilegalidade e às disposições sobre investimentos e meio-ambiente, assuntos trabalhistas, saúde e segurança (art. 23(3) do ACIF/Colômbia e art. 1(2) do Anexo I do ACIF/Chile).

Em ambos BITs perscrutados, estabelece-se uma espécie de prazo prescricional de 05 (cinco) anos para que uma controvérsia possa dar origem a um procedimento, bem como se limita a competência *ratione temporis* às disputas e medidas surgidas após a entrada em vigor dos tratados bilaterais.

O Anexo I do ACIF/Chile veicula norma restritiva pela qual se normatiza que um Estado poderá se negar à arbitragem que seja pertinente a um investimento efetuado por um nacional seu no território dele. Se compreendido esse nacional como pessoa natural na forma do art. 1(8) do TBI, a norma faz todo sentido, já que a competência dos tribunais arbitrais pressupõe a internacionalidade do litígio. No entanto, se se conceber que esse nacional também pode ser uma pessoa jurídica, principalmente uma sociedade empresária, a disposição pode gerar algumas incongruências como aquelas já enfrentadas no sistema CIRDI. Recorde-se aqui do caso *Tokios Tokelés v. Ukraine* que foi relatado outrora.

Por outro lado, é de ver que o acordo bilateral com o Chile, ao definir “empresa de uma parte”, apenas deu relevância jurídica à sede onde constituída ou organizada a pessoa jurídica e o lugar onde baseadas as suas atividades substanciais (art. 1(7)). Nenhuma referência se fez ao controle acionário. Desta forma, os investimentos de uma empresa nacional, ainda que seu controle acionário pertença a estrangeiro, não poderão aproveitar as regras do tratado bilateral chileno.

Manteve-se o modelo de tribunal arbitral *ad hoc* formado por três árbitros, assim como se resguardou a escolha de os Estados preferirem sujeitar a disputa a uma instituição arbitral permanente que, de qualquer forma, deverá seguir as regras definidas nos tratados bilaterais. No entanto, em contraste com o ACIF/México, os acordos bilaterais estudados indicaram como autoridade nomeadora o Secretário-Geral da CPA para a hipótese de surgir impasse na indicação dos árbitros (art. 23(7) do ACIF/Colômbia e art. 4(4) do Anexo I do ACIF/Chile). Aliás, o ACIF/Colômbia vai mais além ao relegar ao Secretário-Geral da CPA a competência para decidir as recusas manifestadas contra os árbitros (art. 23(9)). Sem dúvida que a medida se mostra oportuna, pois, ao entregar a uma autoridade externa e de notória credibilidade no cenário internacional a atribuição de avaliar a parcialidade dos árbitros, o acordo bilateral garante maior legitimidade às decisões arbitrais proferidas.

O art. 23(11) do ACIF/Colômbia reza que subsidiariamente poderá ser aplicado o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. A seu turno, o art. 5(2) do Anexo I do ACIF/Chile prescreve garantias procedimentais que deverão ser respeitadas, independentemente das normas adjetivas definidas pelas partes. São garantias que se referem ao contraditório e à ampla defesa, à produção de prova documental, à consulta de especialistas e à confidencialidade do procedimento.

De forma conveniente, o art. 23(14)(a) do ACIF/Colômbia estatui que a notificação de arbitragem equivalerá ao compromisso arbitral. Com essa disposição, afasta-se qualquer debate sobre a necessidade do “duplo consentimento” para que se ative a jurisdição arbitral na forma do TBI. Ao aderir ao tratado bilateral, o Estado firma compromisso arbitral sob a roupagem de uma oferta à arbitragem que se completará com o consentimento do outro Estado que se consubstanciará com a notificação de arbitragem.

Incorpora o art. 23(14)(b) do ACIF/Colômbia uma versão moderada da chamada cláusula *fork in the road*. De acordo com a lição de Priscila Knoll Aymone, essa cláusula compele o investidor a definir qual mecanismo de solução de controvérsia – a via arbitral ou

a via judiciária nacional – será escolhido, tornando definitiva a opção feita²²⁴. Uma vez feita a escolha com a apresentação da disputa pela ferramenta arbitral ou judiciária local, fecha-se a alternativa ao outro instrumento que estava disponível. Nessa linha, o citado artigo preceitua que, se o investidor tiver apresentado uma reclamação contra uma medida perante um tribunal judicial ou um tribunal arbitral do Estado acolhedor do investimento, uma arbitragem nos moldes do BIT somente poderá ser iniciada após a renúncia daquela reclamação. Escreveu-se ser uma versão moderada da cláusula *fork in the road*, pois a provisão não torna a escolha feita pelo investidor definitiva e final. Mesmo que tenha inicialmente apresentado uma reclamação fora do regime do ACIF, poderá o investidor retirar o seu pedido, permitindo que o Estado de sua nacionalidade inaugure um procedimento arbitral sob o amparo do tratado bilateral.

Os árbitros proferirão a sentença arbitral, aplicando as disposições do TBI e os princípios e regras do direito internacional. O art. 23(11) do ACIF/Colômbia não faz referência ao direito interno do Estado anfitrião do investimento como direito aplicável ao mérito da disputa, como o faz o regime do ICSID. Por outro lado, o art. 7(2) do Anexo I do ACIF/Chile expressamente impõe que a decisão arbitral deverá ser fundamentada com a exposição das conclusões de fato e de direito para discernir se a medida hostilizada estaria ou não em conformidade com as regras convencionais.

Mesmo que se resguarde o sigilo das informações prestadas pelas partes, o art. 7(5) do Anexo I do ACIF/Chile determina que a sentença arbitral deverá ser disponibilizada ao público. Essa disposição se alinha ao Regulamento da UNCITRAL sobre Transparência em Arbitragem investidor-Estado baseada em tratado que entrou em vigor em 2014, passando a compor também o Regulamento de Arbitragem desse órgão²²⁵. Cada vez mais se exige transparência nos mecanismos de solução de disputas de investimentos, pois os interesses debatidos não se limitam ao investidor e ao governo estatal, visto que a disputa também pode tocar comunidades locais com que os investimentos se relacionem, além de organizações que se mostrem desejosas de participar do processo decisório. Nesse norte, harmoniza-se o

²²⁴ AYMONE, Priscila Knoll. **A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional**. 227f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 188.

²²⁵ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration**. 2015. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ACIF/Chile com essa tendência de transparência, o que certamente conferirá maior legitimidade ao mecanismo de resolução de diferenças.

A sentença será definitiva e inapelável. Mesmo não se prevendo recurso, o art. 8 do Anexo I do ACIF/Chile proporciona às partes a apresentação de pedido de esclarecimento ou interpretação do laudo com o objetivo de sanar eventuais pontos obscuros e contraditórios da decisão.

Além de definitiva e inapelável, a sentença arbitral também é obrigatória, devendo ser cumprida sem demora. Podem as partes acordarem um prazo para cumprimento ou, no caso de divergência, poderá o tribunal arbitral assinar esse prazo.

Mesmo se contemplando a obrigatoriedade do laudo, isso não assegurará a satisfação plena, já que, diferentemente do regime CIRDI, não se inseriu dispositivo que levantasse a imunidade de jurisdição e de execução dos Estados. Igualmente, não se conferiu à decisão arbitral os mesmos efeitos de uma sentença judicial local. Com efeito, o art. 23(14)(c) do ACIF/Colômbia estabelece que o reconhecimento e execução do laudo se dará como se fosse uma sentença judicial transitada em julgado, observando-se a legislação processual do Estado de execução e os acordos internacionais sobre a matéria. Depreende-se desse dispositivo que a sentença arbitral é enquadrada como se fosse uma decisão judicial estrangeira que, para surtir efeitos na órbita interna, deverá ser reconhecida através de parâmetros que estão definidos em acordos internacionais, como a Convenção de Nova Iorque da qual fazem parte numerosos Estados. Rejeita-se, portanto, uma visão deslocalizada da sentença arbitral desses ACIFs.

4 O TRATAMENTO NORMATIVO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NO PLANO REGIONAL

É apresentado neste capítulo o regime normativo da arbitragem internacional no contexto regional em que se insere o Brasil. No capítulo anterior, foram abordados os diplomas normativos que, no plano mundial, dizem respeito à arbitragem internacional.

Faz-se adequado fazer essa distinção entre universal e regional para perceber a complementariedade que se estabelece entre os regimes global e regional em que, neste último, são construídas soluções jurídicas com características peculiares que evidenciam a identidade dos Estados que pertencem a um mesmo contexto.

Para tanto, serão explorados os sistemas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do Mercosul. Naquele, será analisada a arbitragem internacional enquadrada pelo Pacto de Bogotá de 1948. E, neste, será estudado especialmente o Protocolo de Olivos de 2002 que, de forma inovadora, institui o Tribunal Permanente de Revisão.

Não se ignoram outros tratados interamericanos e sulamericanos que se referem ao instituto da arbitragem, como a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial de 1975 e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul de 1998. No entanto, os citados diplomas cuidam da arbitragem transnacional que lida exclusivamente com pessoas privadas. Não é este o escopo do presente capítulo. Logo, não serão os mesmos abordados neste instante.

Também é preciso recordar que o Brasil chegou a subscrever, no âmbito do Mercosul, dois acordos de proteção e proteção de investimentos em 1994. São o Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul e o Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos provenientes de Estados não-membros do Mercosul. Em ambos, facultou-se como forma de solução de diferença a instauração de arbitragem investidor-Estado, indo mais além o Protocolo de Colônia contemplando a jurisdição do CIRDI para administrar o procedimento arbitral. Nenhum desses acordos foi aprovado pelo Congresso Nacional, nem se antevê que serão ratificados pelo Estado brasileiro diante do novo modelo de BIT adotado a partir de 2015 com o qual aqueles protocolos não se harmonizam. Por essa razão, os mencionados protocolos mercosulinos não serão também discutidos neste capítulo, ficando nessas linhas apenas o seu registro histórico.

4.1 PLANO INTERAMERICANO

No quadro interamericano, foi elaborado em 1948 o Tratado Americano de Soluções Pacíficas que foi consagrado com o nome Pacto de Bogotá, cidade colombiana onde se deu a IX Conferência Panamericana em que também se aprovaram a Carta da OEA e o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca.

Foi firmado por 21 (vinte e um) Estados americanos, dentre eles o Brasil, com o objetivo de estabelecer um regime interamericano de solução de divergências entre Estados por meios pacíficos, substituindo os variados tratados então existentes sobre o assunto os quais não guardavam qualquer harmonia ou sistematização²²⁶. É no art. 58 que estão catalogados os múltiplos tratados, convênios e protocolos, cujos efeitos cessaram com a vigência do novo acordo.

Alinha-se o Pacto de Bogotá com a prescrição do art. 33 da Carta da Nações Unidas que impõe aos Estados o dever de buscarem, por meio pacífico à sua escolha, uma solução para uma controvérsia que possa vir a constituir ameaça à paz e à segurança internacionais. Fica clarividente essa coordenação entre esses diplomas internacionais se observado o art. 2º do Pacto de Bogotá que reitera a obrigação de os Estados partes de ambos tratados resolverem “as controvérsias internacionais por processo pacíficos, antes de levá-las ao Conselho de Segurança das Nações Unidas”²²⁷. Porém, advirta-se que não há sobreposição, mas complementariedade dos regimes universal e interamericano. O pacto regional estabelece soluções pacíficas de disputas no nível interamericano do qual a divergência não resolvida regionalmente poderá aceder ao mecanismo global da ONU.

Frise-se que a definição de processos regionais para disputas não pode ser lida como uma renúncia à jurisdição das Nações Unidas ou uma limitação do acesso dos Estados americanos a essa jurisdição. O propósito, como visto, foi outro. Não por menos o art. 24 da Carta da OEA reza que a obrigação de submeter as controvérsias internacionais aos seus processos de solução pacífica não prejudicará os direitos e obrigações dos Estados membros perante a ONU, dentre eles a faculdade de o Conselho de Segurança investigar qualquer disputa e o direito de o membro solicitar a atenção do Conselho de Segurança para qualquer

²²⁶ MOYANO, Luis Garcia-Corrachano. El tratado americano de solución pacífica de controversias. **Revista Agenda Internacional**, Peru, Pontificia Universidad Católica, del Perú, v. 4, n. 8, p. 51-61, 1997, p. 52.

²²⁷ BRASIL. Decreto nº. 57.785, de 11 de fevereiro de 1966. Promulga o Tratado Americano de soluções pacíficas (Pacto de Bogotá). **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1966.

divergência²²⁸. Nem mesmo se erigiu uma vinculação hierárquica entre os regimes, como se fosse possível recorrer de um para outro no caso de discordância do Estado membro com a solução alvitrada.

4.1.1 O recurso à arbitragem na Organização dos Estados Americanos

O fundamento do Pacto de Bogotá é encontrado no art. 27 da Carta da OEA que preceitua que um tratado especial estabelecerá os meios adequados e determinará os processos pacíficos de modo que nenhuma controvérsia pudesse ficar sem solução definitiva num prazo razoável²²⁹. Como aprovados conjuntamente o Tratado Americano de Soluções Pacíficas e a Carta da OEA, o dispositivo foi regulamentado sem solução de continuidade.

Foram disponibilizados aos Estados os seguintes instrumentos: a) os bons ofícios; b) a mediação; c) o processo de investigação; d) a conciliação; e) a jurisdição internacional da CIJ; f) a arbitragem. São meios diplomáticos e jurisdicionais entre os quais não se estabeleceu preferência ou hierarquia. Logo, o Estado poderá se valer de qualquer deles por reputar uma dessas ferramentas mais adequada à natureza da divergência.

Apenas se ressalva que, uma vez tendo optado por um desses instrumentos, o Estado não poderá lançar mão de outra via antes de concluído o processo do primeiro instrumento. Visa-se com essa limitação evitar a concomitância dos mecanismos, o que poderia prejudicar a condução dos trabalhos resolutivos.

Embora os Estados possam escolher o meio que considerarem apropriado, o Pacto do Bogotá tornou obrigatória a jurisdição da CIJ nos termos dos seus arts. 31 e 32, abrindo um outro caminho à jurisdição da corte internacional que não seja a cláusula opcional contida no art. 36, § 2º, alíneas “a” e “d”, do Estatuto da CIJ²³⁰.

Incisivamente prescreve o art. 31 do Pacto de Bogotá que os Estados contratantes reconhecerem, com relação a outro Estado americano, como obrigatória a jurisdição da CIJ sem a necessidade de convênio especial nas questões jurídicas que digam respeito à interpretação de um tratado, ao direito internacional, à violação de uma obrigação internacional e à natureza ou extensão de reparação por violação de uma obrigação

²²⁸ BRASIL. Decreto nº. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 fev. 1952.

²²⁹ BRASIL. Decreto nº. 57.785, de 11 de fevereiro de 1966. Promulga o Tratado Americano de soluções pacíficas (Pacto de Bogotá). **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1966.

²³⁰ SACASA, Mauricio Herdocia. El resurgimiento del Pacto de Bogotá. **Revista Agenda Internacional**, Peru, Pontificia Universidad Católica, del Perú, v. 16, n. 27, p. 45-68, 2009, p. 55.

internacional. Adiciona o art. 32 que, frustrada a tentativa de conciliação e não sendo acordado o recurso à arbitragem, qualquer dos Estados poderá apresentar o caso à CIJ.

De bom alvitre é frisar que, em 2007, a própria CIJ, ao proferir decisão preliminar sobre objeção de jurisdição no caso da disputa territorial e marítima entre Nicarágua e Colômbia, reafirmou anterior entendimento no sentido de que a submissão à sua jurisdição pelo art. 31 do Pacto de Bogotá era independente de qualquer declaração opcional e considerou que as provisões do Pacto de Bogotá e a cláusula opcional constituíam fundamentos distintos para a sua jurisdição que não se excluía²³¹.

A intenção do Pacto de Bogotá é claramente não deixar as disputas regionais sem uma solução, conduzindo à jurisdição da CIJ os Estados que não resolvam as suas pendências por meios diplomáticos ou pela arbitragem. Apenas se excepciona a obrigatoriedade da jurisdição da CIJ em três hipóteses: a) assuntos que são essencialmente da jurisdição interna (art. 5º); b) assuntos que já tiverem sido resolvidos por entendimento entre as partes, por laudo arbitral ou por sentença de tribunal internacional (art. 6º, 1ª parte); c) assuntos que estiverem regulados em tratados anteriores ao pacto (art. 6º, 2ª parte); d) a controvérsia envolver interesse de nacional que ainda tenha à sua disposição meios expeditos de recorrer aos tribunais domésticos do Estado em disputa (art. 7º). Na hipótese de a disputa ser apresentada à CIJ nessas quatro situações, o tribunal internacional, ao declarar-se incompetente, determinará o arquivamento da controvérsia.

Contudo, em sendo incompetente a CIJ por outro motivo que não se encaixe naquelas situações, o Pacto de Bogotá apresenta uma solução diferente do que a imediata terminação da controvérsia. Inspirado pelo ideal de incentivar a resolução da controvérsia em qualquer circunstância, o acordo interamericano estabelece que os Estados deverão obrigatoriamente instaurar arbitragem.²³² Essa provisão se encontra no art. 35 que transforma o recurso à arbitragem numa via obrigatória, quando, por sua natureza, a arbitragem estaria baseada na vontade das partes que consentem autonomamente a se submeterem à decisão arbitral.

²³¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colômbia)**: Preliminary objections. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14305.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

²³² Art. 35. Se a Côrte se declarar incompetente por qualquer outro motivo para tomar conhecimento da controvérsia e decidir sôbre ela, as Altas Partes Contratantes se obrigarão: (*sic*) a submetê-la à arbitragem, de acôrdo com as disposições do Capítulo Quinto dêste Tratado (BRASIL. Decreto nº. 57.785, de 11 de fevereiro de 1966. Promulga o Tratado Americano de soluções pacíficas (Pacto de Bogotá). **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1966).

Constrange-se, assim, o Estado pactuante a se sujeitar a uma arbitragem obrigatória, tornando desnecessário compromisso arbitral específico para o litígio.

O art. 35 do Pacto de Bogotá fecha o sistema de solução de controvérsia de maneira que os Estados membros não podem se furtar de submeterem as suas divergências a algum mecanismo jurisdicional, que pode ser a via judicial internacional ou a via arbitral. Sem dúvida que tal provisão provoca a resistência de alguns Estados ao diploma. Foi o caso da Argentina que, ao aderir ao Pacto de Bogotá, fez constar expressa reserva quanto ao capítulo dedicado ao procedimento judicial, onde está incrustado o art. 35²³³.

Em 2016, segundo registros da OEA, o Pacto de Bogotá contava com quatorze ratificações dentre os Estados americanos²³⁴. São eles: Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Equador, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai. Após terem ratificado, Colômbia e El Salvador apresentaram denúncias ao acordo, o que evidencia que o caráter constringente dos processos pacíficos realmente pode levar alguns países a repensarem a sua participação no sistema.

4.1.1.1 Características da arbitragem internacional no Pacto de Bogotá

O Pacto de Bogotá não se restringe a regulamentar a arbitragem internacional. Seus dispositivos tratam dos outros processos de resolução de diferença. Sobre a arbitragem dedica o capítulo V – o mais extenso de todos – que é composto de doze artigos. Serão abordados esses artigos no tópico seguinte, quando se desenhará o procedimento arbitral definido pelo pacto. No momento, interessa identificar as características gerais que possui a arbitragem internacional na moldura do Pacto de Bogotá.

A arbitragem internacional foi pensada como um meio alternativo que fica a depender da vontade dos contendores. É o que expressa o art. 38 do acordo²³⁵. Todavia, como visto há pouco, excepcionalmente o recurso arbitragem pode se tornar obrigatório. Em

²³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informacion General del Tratado A-42: Tratado Americano de Soluciones Pacificas “Pacto de Bogota”**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html#8>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informacion General del Tratado A-42: Tratado Americano de Soluciones Pacificas “Pacto de Bogota”**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html#8>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²³⁵ Art. 38. Não obstante o estabelecido no Capítulo Quarto deste Tratado, as Altas Partes Contratantes terão a faculdade de submeter a arbitragem, se se puserem de acordo nesse sentido, as diferenças de qualquer natureza, sejam ou não jurídicas, que hajam surgido ou surgirem subsequentemente entre elas (BRASIL. Decreto nº. 57.785, de 11 de fevereiro de 1966. Promulga o Tratado Americano de soluções pacíficas (Pacto de Bogotá). **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1966).

síntese, no âmbito da OEA, a arbitragem interestatal pode ser facultativa (art. 38) ou obrigatória (art. 35).

Outrossim, o modelo de arbitragem esculpido pelo Pacto de Bogotá foi de um tribunal arbitral *ad hoc* que somente poderá processar uma relação Estado-Estado. Não há espaço para arbitragem mista.

Em que pese o tratado tenha trazido normas detalhadas sobre o procedimento arbitral, essas regras são meramente supletivas, pois às partes fica resguardado espaço para autonomamente definirem como se desenvolverá a arbitragem, estipulando a rito a ser seguido, os prazos, a composição do tribunal, a sede e outros aspectos.

Quanto à competência *ratione materiae*, o Pacto de Bogotá não limita os assuntos que podem ser abordados na arbitragem internacional. Aliás, o art. 38 expande a competência dos tribunais arbitrais, expressando que, se as partes estiverem de acordo, poderá ser submetida à arbitragem questão de qualquer natureza, seja jurídica ou não. Por conseguinte, no âmbito do Tratado Americano de Soluções Pacíficas, é irrelevante objetar que o tribunal arbitral não tenha competência sobre questão política, já que se resguarda que a arbitragem interestatal poderá versar sobre divergência de tal natureza.

Inclusive, Alonso Gómez-Robledo Verduzco pondera que o debate sobre a diferenciação entre questões jurídicas e políticas é irrelevante, motivo pelo qual, na hipótese de uma reforma do texto convencional, sugere que seja retirada essa referência acerca da natureza jurídica ou política da divergência para efeito de determinar a jurisdição da arbitragem²³⁶.

A competência material dos tribunais arbitrais se mostra até mais ampla do que aquela do sistema de resolução de controvérsias da ONU. Numa interpretação literal do art. 33 da Carta da ONU, a controvérsia que pode ser tratada no sistema onusiano de solução de diferença é aquela que possa vir a constituir um risco à paz e à segurança internacionais. Por outro lado, o regime da arbitragem interamericano pode abordar qualquer divergência, não se limitando a situações que envolvam ameaça à paz e à segurança globais.

Um outro ponto que não poderia passar despercebido é quanto ao exaurimento dos recursos internos. Foi destacado em outro instante que a CIJ poderia determinar o arquivamento de uma disputa e afirmar a sua incompetência na situação em que o litígio

²³⁶ VERDUZCO, Alonso Gómez-Robledo. El "Pacto de Bogotá" sobre solución de controversas, a luz del caso relativo a las acciones armadas, fronterizas y transfronterizas, entre Nicaragua y Honduras (CIJ). In: VERDUZCO, Alonso Gómez-robledo. **Derecho Internacional: Temas selectos**. 5. ed. Nezahualcóyotl: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. p. 59-86, p. 66.

disser respeito a interesse de nacional que tenha ainda a seu dispor remédio interno para tentar resolver a controvérsia na jurisdição do Estado adversário. É preciso consignar que essa restrição somente se aplica à jurisdição internacional da CIJ no âmbito do Pacto de Bogotá, não alcançando a arbitragem internacional. Logo, a arbitragem regulada pelo pacto não está condicionada à exaustão dos remédios internos da jurisdição de um Estado.

De todos esses aspectos o mais notável é a compulsoriedade da arbitragem interestatal no caso de a CIJ declarar sua incompetência por circunstâncias outras que não digam respeito aos arts. 5º, 6º e 7º do tratado. E, é esse “automatismo”, juntamente com a jurisdição obrigatória do CIJ, que motivam as vozes reformadoras do texto convencional²³⁷.

Porém, longe de ser uma desvantagem ou uma desfuncionalidade, a provisão prestigia o primado do *rule of law*, fazendo com que as divergências emolduradas pelo Pacto de Bogotá possam ser primordialmente solucionadas pela aplicação de regras jurídicas e, não, pelo uso da força ou por expedientes persuasivos. A aplicação do direito importa num tratamento igual dos sujeitos a partir de uma abordagem genérica e abstrata dos padrões de comportamento e postura que devem ser seguidos, ao passo que o uso da força ou de artifícios suasórios fazem prevalecer a vontade da parte “mais forte”. Mais próximo ao ideal de justiça se aproxima o processo resolutivo que é escravo de regras jurídicas e, não, da vontade unilateral de um Estado.

4.1.1.2 Regramento procedimental

Foi explicado que o Pacto de Bogotá carrega em seu texto dispositivos que delineiam o procedimento arbitral que deverá ser desenvolvido. No entanto, essas regras têm caráter apenas integrador, pois as partes podem fixar as regras procedimentais a serem observadas na tramitação da arbitragem.

De qualquer forma, convém analisar o regime normativo quanto a esses pontos, pois o tratado implementa proposições particulares que merecem a atenção, inclusive para aquela hipótese da arbitragem obrigatória.

Primeiramente, é disciplinada a composição do tribunal arbitral que será integrado por cinco árbitros (art. 40). Dois deles serão indicados por cada uma das partes. Os três demais serão colhidos da lista de dez pessoas que cada parte deverá apresentar. Os três

²³⁷ VERDUZCO, Alonso Gómez-Robledo. Op. cit., p. 82.

nomes coincidentes das listas são os árbitros que irão compor o tribunal com os dois já indicados pelas partes. O presidente será escolhido por esses árbitros entre si. Destaque-se que os nomes das listas deverão ser retirados dos painéis de árbitros da CPA, ou seja, deverão ser Membros da Corte. Os possíveis impasses para a composição do tribunal arbitral são equacionados por uma das sete alíneas do parágrafo 2 do art. 40.

Complementa o art. 45 do tratado a disciplina da composição do tribunal arbitral, escrevendo que, na hipótese de resistência ou omissão de uma das partes em indicar os árbitros, o Conselho Permanente – órgão da OEA – constituirá o tribunal arbitral, sorteando um dos árbitros da lista apresentada pela parte interessada na arbitragem e escolhendo dois outros do quadro dos Membros da Corte da CPA. Nesse sentido, o Conselho Permanente agirá como autoridade nomeadora.

Franqueia-se aos Estados a escolha por um árbitro único, podendo, inclusive, ser nomeado para essa atribuição um chefe de Estado. Aqui se constata um resquício das arbitragens interestatais do passado da qual faziam parte reis e estadistas, acreditando-se que essas autoridades, em razão de seu prestígio e suposta idoneidade moral, poderiam solucionar equitativamente a disputa.

Trouxe também o diploma internacional regra para o caso de arbitragem multiparte em que os interesses colidentes não estão situados em apenas dois polos antagônicos. Por força do art. 42, será aumentado o número de árbitros para que cada parte tenha igual representação na formação do juízo arbitral.

Relevante norma é encontrada no art. 43²³⁸. Para que o juízo arbitral *ad hoc* possa cumprir a sua atribuição, será necessário firmar compromisso em que se precisarão aspectos significativos da arbitragem, como o objeto do litígio, a sede do tribunal, o direito aplicável ao procedimento, os prazos e outros detalhes. Mesmo que uma das partes se oponha à conclusão desse compromisso, passados três meses da instalação do tribunal, pode ser solicitada à CIJ a estipulação do compromisso em caráter obrigatório.

Não seria leviano afirmar que, nessa disposição, o Pacto de Bogotá reconheceu, de certa forma, o efeito positivo da convenção de arbitragem, estabelecendo um expediente pelo

²³⁸ Art. 43. As partes formularão em cada caso o compromisso que defina claramente a matéria específica, objeto da Controvérsia, a sede do Tribunal, as regras que tenham que ser observadas no processo, o prazo dentro do qual o laudo tenha de ser pronunciado e as demais condições que convençionem entre si. Se não se chegar a um acôrdo sôbre o compromisso, dentro de três meses contados da data da instalação do Tribunal, o compromisso será formulado, com caráter obrigatório para as partes pela Côrte Internacional de Justiça, mediante processo sumário. (BRASIL. Decreto nº. 57.785, de 11 de fevereiro de 1966. Promulga o Tratado Americano de soluções pacíficas (Pacto de Bogotá). **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1966).

qual se funcionaliza a arbitragem mesmo que uma das partes resista à constituição e prosseguimento do juízo arbitral. O fato de uma parte se manter inerte na formação do compromisso arbitral não impede que a instância arbitral se forme. Valoriza-se o consentimento que foi anteriormente dado por essa mesma parte renitente ao ter ratificado o Pacto de Bogotá para justificar a constituição forçada do compromisso arbitral.

Não há normas que regulem a instrução do procedimento arbitral, nem mesmo que contemplem garantias fundamentais processuais. São temas, portanto, do compromisso arbitral a ser firmado pelas partes.

A sentença arbitral deverá ser fundamentada, formando-se o convencimento pela maioria dos votos dos árbitros (art. 46). Igualmente se estabelece que a decisão deverá ser publicizada após a notificação das partes, o que confere transparência ao mecanismo.

Não se convencionou recurso em face da sentença. Todavia, previu-se a possibilidade de ser apresentado, no prazo de um ano, pedido de revisão para apontar fato anterior ao tempo da decisão, mas que foi ignorado pelo tribunal e pela parte interessada na revisão (art. 48). O pedido de revisão será julgado pelo mesmo tribunal que proferiu a decisão contestada. Poderá ser reformada a sentença se restar evidenciado que o fato desconhecido seria decisivo para o julgamento, demonstrando que a decisão seria outra se tivesse sido debatido no primeiro veredito.

A execução da sentença arbitral deverá se dar de forma imediata. Sendo descumprido, poderá se recorrer ao Conselho de Segurança da ONU. Porém, antes desse expediente, deverá ser promovida reunião entre os Ministros das Relações Exteriores dos países relacionados à obrigação inadimplida para que se acertem medidas que conduzam à satisfação da decisão arbitral (art. 50). O mesmo procedimento é previsto para as sentenças da CIJ proferidas com fundamento na jurisdição assegurada pelo Pacto de Bogotá.

4.1.1.3 O Pacto de Bogotá e o Brasil

O Estado brasileiro promulgou o Tratado Americano de Soluções Pacíficas através do Decreto nº. 57.785, de 11 de fevereiro de 1996, sem fazer qualquer reserva ao texto convencional, embora vários Estados americanos o tivesse feito, como o caso da Argentina já citado.

Depreende-se que o Brasil pode ser obrigado a se sujeitar à jurisdição da CIJ em controvérsias que sejam apanhadas pelo Pacto de Bogotá, bem como à jurisdição de

arbitragem *ad hoc* que possa se impor como obrigatória no caso do reportado art. 35. Da mesma forma, pode o Estado brasileiro buscar a instauração obrigatória da arbitragem perante outros países que se mostrem resistentes a uma solução pacífica de uma divergência que os ligue. Devem, porém, esses países ser partes do Pacto de Bogotá.

Além disso, pode o Estado brasileiro compor compromissos arbitrais voluntariamente com outros membros do tratado para tentarem espontaneamente resolver suas diferenças, jurídicas ou não, por uma arbitragem interestatal *ad hoc* fundada no tratado. É uma possibilidade, principalmente se a outra nação não tiver aderido o tratado em liça.

Porém, o regime normativo da arbitragem no acordo interamericano não concebe a participação da pessoa privada, de sorte que os nacionais brasileiros não poderão se beneficiar diretamente dele.

Não se conhecem casos arbitrais em que tenha se envolvido o Estado brasileiro com fundamento no Pacto de Bogotá. Na verdade, é de ver que, ao catalogar os casos jurisdicionais iniciados com base no Tratado Americano de Soluções Pacíficas, Mauricio Herdocia Sacasa inventaria oito disputas em que o Pacto de Bogotá foi invocado para fundamentar a jurisdição da CIJ, mas não identifica qualquer procedimento arbitral instalado com amparo nesse acordo²³⁹. Evidencia-se, assim, que, dentre os poucos casos, o recurso à arbitragem não tem sido o meio pacificador mais apropriado para os Estados membros do Pacto de Bogotá. De qualquer forma, não há como se negar que o acordo oferece um regime normativo abrangente e detalhista que tornaria funcional um procedimento arbitral instalado sob os seus auspícios.

4.2 PLANO SULAMERICANO

No contexto sulamericano, importará ao estudo a investigação das disciplinas cominadas no Mercosul e na Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) à arbitragem internacional, visando identificar e analisar o modelo optado por esses regimes. A ambas disciplinas se vincula o Estado brasileiro, o que justifica a escolha de analisá-las.

O sistema mercosulino se mostra mais sistematizado e aprofundado, tendo sido reformado em 2002, quando foi criado o Tribunal Permanente de Revisão. Por sua vez, não

²³⁹ SACASA, Mauricio Herdocia. Op. cit., p. 45.

se percebe um tratamento uniformizador da arbitragem internacional dentro da ALADI. Esses detalhes serão examinados mais cuidadosamente adiante.

Desde já, reitere-se que não se tratará da arbitragem comercial internacional, embora não se possa negar o peso desse mecanismo nos negócios internacionais privados na zona sulamericana, bem como não se despreza a existência de tratados nessas organizações os quais discorrem sobre esse instituto. Porém, as limitações desse estudo exigem recortes sem os quais se perderia o foco na problemática que foi levantada.

Na região sul da América, há também outra organização de integração que se chama Unasul. Porém, não se abordará a referida organização, pois o Tratado Constitutivo da União das Nações Sul-Americanas de 2008, estatuto instituidor da Unasul, não contempla a arbitragem internacional como meio de resolução de litígios, preferindo expedientes de perfil diplomático como as negociações diretas e a intervenção do Conselho de Delegadas e Delegados e do Conselho de Ministras e Ministros das Relações Exteriores.

4.2.1 A arbitragem internacional no Mercosul

Data o Mercosul de 1991 quando subscrito o Tratado de Assunção que foi elaborado com o objetivo de constituir um mercado comum na América do Sul. Daí o nome Mercado Comum do Sul ou simplesmente Mercosul. Em seu Anexo III, esboçou-se um regramento para que se possibilitasse dentro da própria organização uma forma de solucionar as controvérsias que surgissem da aplicação do tratado. Mas, já se deixou claro que as provisões eram meramente transitórias até que se instituísse um verdadeiro sistema permanente de solução de disputas.

Logo em seguida, veio o Protocolo de Brasília em 1991 que procurou organizar e coordenar as formas de solução de controvérsias no Mercosul, com ênfase a um procedimento arbitral *ad hoc* para o qual dedicou dezoito artigos. O citado diploma foi expressamente revogado pelo Protocolo de Olivos de 2002. Mas, antes mesmo desse último tratado, foi elaborado o Protocolo de Ouro Preto de 1994, cujo objeto principal era dispor sobre a estrutura institucional do Mercosul, mas, paralelamente, desenhou um procedimento geral para que os Estados partes e pessoas privadas pudessem apresentar reclamações perante a Comissão do Comércio do Mercosul. É hoje o Protocolo de Olivos o principal documento sobre as formas de solução de controvérsias no Mercosul, sendo coadjuvado pelo Protocolo de Ouro Preto.

Percebe-se desse breve resgate histórico que o sistema de solução de controvérsias mercosulino vem amadurecendo desde os seus primeiros passos. Contudo, não chegou ao seu estágio final, pois o próprio Protocolo de Olivos, em seu art. 53, exprime que, antes de ser implementada a tarifa externa comum, o regime jurídico deverá ser revisto para que seja edificado um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias, revivendo o projeto originalmente planejado no Tratado de Assunção.

Mesmo não sendo definitivo, é de admitir que não se poderia tardar a definição de mecanismos de solução de disputas até que os Estados chegassem a um consenso sobre um sistema permanente.

As razões para uma premente definição dos meios de resolução de diferenças são facilmente identificáveis. O avanço da integração entre entes soberanos através de uma organização intergovernamental pressupõe um efetivo sistema de solução de controvérsias que possa uniformizar a interpretação e aplicação das normas convencionais e das decisões tomadas pelos órgãos deliberativos daquela organização²⁴⁰. Ao harmonizar as visões dos Estados partes sobre os diversos aspectos de um processo de integração, asseguram-se previsibilidade e segurança nas conexões entre as órbitas autônomas, ainda mais quando não se têm uma instância supranacional que possa se sobrepor com autoridade, como é o caso do Mercosul. Outrossim, o processo de integração de economias leva inevitavelmente ao aumento de conflitos de interesses de nações que passam a manter relações cada vez mais intensas²⁴¹. Porquanto, indispensável um maquinário que possa dar respostas céleres.

Oportuno se faz adiantar os meios disponibilizados pelo Mercosul para a resolução de disputas: a) negociações diretas (arts. 4 e ss. do Protocolo de Olivos); b) consultas (art. 3 do Protocolo de Olivos); c) intervenção do Grupo Mercado Comum (art. 6 e ss. do Protocolo de Olivos); d) a intervenção da Comissão de Comércio com o apoio dos Comitês Técnicos (Anexo ao Protocolo de Ouro Preto); e) as reclamações de particulares (art. 39 e ss. do Protocolo de Olivos); e f) a arbitragem (arts. 9 e ss. do Protocolo de Olivos). Combinaram-se, portanto, meios diplomáticos e jurisdicionais, como doutrinariamente se classificam as ferramentas de pacificação de disputas entre Estados. Porém, advirta-se apenas será examinada a via arbitral neste ensejo.

²⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. As instituições do Mercosul. In: Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 435-462, p. 453.

²⁴¹ STOCO, Rui. MERCOSUL e internalização de suas normas. In: Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 2, p. 1229-1259, p. 1239.

4.2.1.1 Protocolo de Olivos de 2002

É o Protocolo de Olivos a base normativa para o sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Embora tenha derogado o anterior Protocolo de Brasília, o referido acordo não invalidou o Anexo do Protocolo de Ouro Preto que discorre sobre as reclamações de Estados partes e de particulares à Comissão de Comércio do Mercosul. Não se enxergando incompatíveis os dois acordos nesse ponto, deve-se compreender que não foi afetada a regulamentação da reclamação perante a Comissão de Comércio na forma desenhada pelo Protocolo de Ouro Preto.

Para o Brasil, o Protocolo de Olivos foi internalizado através do Decreto n.º 4.982, de 9 de fevereiro de 2004.

Além do acordo multilateral, também foi editado por decisão do Conselho do Mercado Comum – o órgão de maior estatura do organograma do Mercosul que tem um forte caráter intergovernamental²⁴² – o Regulamento do Protocolo de Olivos que especifica regras e supre lacunas do sistema de solução de controvérsia²⁴³. É de notar que o citado regulamento de 2003 decorre da competência legislativa interna do Conselho do Mercado Comum (art. 47 do Protocolo de Olivos), não sendo necessário que os Estados partes o incorporem para que possa ter vigência.

Assim, o Protocolo de Olivos e o Regulamento são os principais instrumentos normativos do sistema de solução de controvérsias, notadamente para a arbitragem internacional dentro do Mercosul.

Internamente, os Estados também podem contribuir para a normatização do sistema de solução de diferenças. O Regulamento desenhou o procedimento das opiniões consultivas do Tribunal Permanente de Revisão, atribuindo legitimação aos tribunais superiores dos Estados para solicitarem opiniões consultivas. Na sequência, coube aos Estados, através de seus tribunais superiores, regulamentarem domesticamente a solicitação consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão. Na órbita brasileira, o Supremo Tribunal Federal o fez por intermédio da Emenda Regimental n.º 48, de 03 de abril de 2012²⁴⁴.

²⁴² AMARAL JÚNIOR. Alberto do. Op. cit., p. 442.

²⁴³ TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. **Normativa jurídica:** Regulamento. Disponível em: <http://tprmercosur.org/pt/docum/DEC_37_03_pt_ResolucaoControversias.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emenda Regimental n.º 48, de 3 de abril de 2012. Acrescenta o inciso VIII ao art. 7º e os artigos 354-H a 354-M ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e acrescenta outros dispositivos. **Diário da Justiça**. Brasília, 13 abr. 2012.

O Protocolo de Olivos trouxe sensíveis mudanças à organização dos processos pacíficos de resolução de litígios. Podem ser enumeradas as seguintes e principais alterações: a) a transformação da intervenção do Grupo Mercado Comum em via opcional, quando, no Protocolo de Brasília, era obrigatória essa intervenção antes da instância arbitral; b) a criação do Tribunal Permanente de Revisão como instância de 2º grau para o procedimento arbitral; c) a previsão mais detalhada de concessão de medidas provisórias a pedido da parte interessada em situações de urgência em que danos graves e irreparáveis possam ser ocasionados a uma das partes; e d) a possibilidade de unificação de representação para que mais de um Estado possa unir esforços e defender interesses comuns; e) melhor regulamentação da utilização de medidas compensatórias temporárias no caso de descumprimento, total ou parcial, do laudo arbitral.

Mais do que apenas modificar o texto de diploma, o Protocolo de Olivos representou uma mudança de postura da organização quanto ao sistema de solução de controvérsias. Buscou-se uma maior institucionalização – ou legalização nas palavras de Henrique Choer Moraes – do regime no sentido de emprestar a ele um caráter mais jurídico do que político para que as normas convencionais e o processo de integração pudessem absorver cada vez mais as relações econômicas regionais²⁴⁵. Com uma maior densidade jurídica do mecanismo se enfraquece o voluntarismo dos Estados. É perceptível do conjunto normativo a preocupação em evitar que o poder econômico prevaleça no embate das relações internacionais, eclipsando a dimensão jurídica da organização que está baseada em normas jurídicas previamente definidas.

4.2.1.2 A jurisdição arbitral no sistema mercosulino

O primeiro mecanismo de que podem se valer os Estados para dirimirem uma disputa são as negociações diretas. Através delas, os próprios Estados conseguem chegar a um denominador comum e encontrar uma solução pacificadora. Prestigia-se inicialmente a via diplomática para que seja dirimido o litígio regional.

Somente depois de tentada a negociação direta, abrir-se-á a via arbitral. Antes dela, não podem os Estados recorrer diretamente à arbitragem. Extrai-se essa restrição do art. 9(1)

²⁴⁵ MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do Mercosul: um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. In: Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 2, p. 797-814, p. 813.

do Protocolo de Olivos que expressamente disciplina que será comunicada a decisão de recorrer ao procedimento arbitral após não ter sido possível solucionar a disputa pelas negociações diretas²⁴⁶. É reforçada a regra da preferência da negociação pelo art. 3 que incita os membros a resolver suas disputas, “antes de tudo, mediante negociações diretas”²⁴⁷. Uma exceção ao esgotamento das negociações diretas se encontra na reclamação feita por particular à sua Seção Nacional do Grupo Mercado Comum, pois, de acordo com o art. 43, findo todo o procedimento e não sendo solucionada a diferença, o ente estatal interessado poderá recorrer à arbitragem diretamente, ou seja, sem iniciar consultas com o outro membro.

Explique-se que o citado art. 9(1) poderia levar a crer que o início do procedimento arbitral também estaria condicionado à exaustão da intervenção do Grupo Mercado Comum ao mencionar os procedimentos do Capítulo V. No entanto, o próprio Capítulo V explicita que a intervenção do Grupo Mercado Comum é apenas facultativa. Logo, após as negociações diretas, pode-se passar imediatamente à instância arbitral.

É preciso salientar que, mesmo que subordinado à tentativa das negociações diretas, isso não quer dizer que o Estado interessado na rápida solução poderá ter seu intento frustrado. Todo o aparato de resolução de diferenças do Mercosul é caracterizado pela automaticidade pela qual se estabelecem prazos para a conclusões dos atos e fases dos mecanismos previstos. Findos esses prazos, abre-se um novo caminho no sistema para que não se trave o processo resolutivo. É exatamente o que se constata nas negociações diretas para a qual foi assinado um prazo máximo de 15 (quinze) dias (art.5(1)). Ultimado esse interstício, a parte legitimada poderá provocar a instância arbitral.

Ainda sobre a jurisdição do Mercosul, importa explicar que, por força do art. 33 do Protocolo de Olivos pelo qual se firma o compromisso arbitral dos Estados, o recurso à arbitragem nos quadrantes do Mercosul é obrigatório aos membros que entrem em contenda, não se fazendo necessária a celebração de acordo específico para que possa ativar a competência dos tribunais arbitrais²⁴⁸. A mencionada provisão dispensa o chamado “duplo

²⁴⁶ Art. 9(1). Quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos Capítulos IV e V, qualquer dos Estados partes na controvérsia poderá comunicar à Secretaria Administrativa do MERCOSUL sua decisão de recorrer ao procedimento arbitral estabelecido no presente Capítulo (BRASIL. Decreto nº. 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 fev. 2004).

²⁴⁷ BRASIL. Decreto nº. 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 fev. 2004.

²⁴⁸ Art. 33. Os Estados Partes declaram reconhecer como obrigatória, ipso facto e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc que em cada caso se constituam para conhecer e resolver

consentimento” (um primeiro consentimento para um acordo-quadro de arbitragem e um segundo e específico consentimento para instalar um juízo arbitral). Ela funciona como uma convenção de arbitragem que vincula aos Estados membros a esse meio jurisdicional.

4.2.1.2.1 Competência em razão da matéria

A competência da instância arbitral do Mercosul é definida pelo art.1(1) que estabelece que o sistema de solução de controvérsias atenderá disputas sobre a interpretação e aplicação dos protocolos e tratados celebrados no marco do Mercosul, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum, das resoluções do Grupo Mercado Comum e das diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

Logo, é de ver que a competência material se restringe às discussões que orbitem em torno dos atos e regramentos do Mercosul. Fora deles não terá jurisdição o juízo arbitral. Faz-se essencial que o Estado procure basear a sua reclamação nesses instrumentos normativos para que possa assegurar que os tribunais arbitrais possam apreciar a sua solicitação. E, quando se disse “instrumentos normativos”, não se está referindo apenas aos acordos celebrados no âmbito do Mercosul. O artigo invocado no parágrafo anterior expõe que igualmente se inserem na competência material dos tribunais arbitrais as decisões do Conselho do Mercado Comum, as resoluções do Grupo Mercado Comum e as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul

Inclusive, sobre essas matérias o Tribunal Permanente de Revisão poderá exercer uma competência não-contenciosa através de consultas que lhe possibilitarão antecipar e estabilizar entendimentos e exegeses do direito Mercosul.

4.2.1.2.1.1 O problema da concorrência da jurisdição da OMC e do Mercosul

O art. 1(2) faculta aos Estados optarem por trazer uma disputa que se encaixa tanto no regime do Mercosul como da OMC aos sistemas de solução de controvérsias dessas duas organizações. Em outras palavras, havendo uma divergência que possa ser absorvida tanto

as controvérsias a que se refere o presente Protocolo, bem como a jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão para conhecer e resolver as controvérsias conforme as competências que lhe confere o presente Protocolo.

pelo sistema do Mercosul como pelo sistema da OMC, o Estado parte poderá optar por um desses sistemas sem que se estabeleça uma preferência entre eles.

Acrescenta ainda o dispositivo que, uma vez iniciado um procedimento perante uma daquelas instâncias, as partes não podem recorrer a outra jurisdição com relação ao mesmo objeto. A mesma regra é detalhada no art. 1 do Regulamento que ainda deixa claro o momento exato em que se considera instalada a jurisdição do Mercosul e da OMC para efeito de caracterizar a “litispêndência” das reclamações. De acordo com o citado dispositivo, considera-se iniciado o processo de solução de disputa do Mercosul quando iniciadas as negociações diretas ou quando for admitida pelo Grupo Mercado Comum reclamação apresentada por particular²⁴⁹. Assim se apreende que se previne a competência da via arbitral do Mercosul antes mesmo de formado o tribunal arbitral *ad hoc*. Por outro lado, considera-se preventa a competência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC quando solicitada a formação do painel.

Outrossim, o art. 26 do Protocolo de Olivos prescreve que as decisões dos tribunais arbitrais *ad hoc* e do Tribunal Permanente de Revisão são obrigatórias e terão a força de coisa julgada. Com isto, poder-se-ia pensar que um Estado estaria impedido de rediscutir disputa já resolvida pelo meio jurisdicional.

Pelo menos para o Mercosul, pode-se evitar a concorrência das jurisdições da OMC e da organização sulamericana sobre o objeto de uma mesma disputa. Uma contenda apreciada pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC não pode ser ressuscitada perante o Mercosul. No entanto, a situação não é bem resolvida para a OMC, já que esta última não está vinculada aos regramentos do Mercosul, nomeadamente às provisões acima destacadas do Protocolo de Olivos e de seu Regulamento. Assim, em tese, não seria

²⁴⁹ Artigo 1. Opção de foro (art. 1.2 PO)

1. Se um Estado Parte decidir submeter uma controvérsia a um sistema de solução de controvérsias distinto ao estabelecido no Protocolo de Olivos, deverá informar ao outro Estado Parte o foro escolhido. Se, no prazo de quinze (15) dias, contados a partir da notificação, as partes não acordarem submeter a controvérsia a outro foro, a parte demandante poderá exercer sua opção, comunicando sua decisão à parte demandada e ao Grupo Mercado Comum (doravante GMC).

2. A opção de foro deve ser expressa antes do início do procedimento previsto nos artigos 4 e 41 do Protocolo de Olivos.

3. Entende-se que um Estado Parte optou pelo sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos, ao solicitar o início dos procedimentos previstos nos artigos 4 e 41.

4. Para os efeitos deste artigo, será considerado iniciado um procedimento sob o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, quando a parte demandante solicitar a conformação de um Grupo Especial nos termos do artigo 6 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos pelo qual se Rege a Solução de Controvérsias. (TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. **Normativa jurídica:** Regulamento. Disponível em:

<http://tprmercosur.org/pt/docum/DEC_37_03_pt_ResolucaoControversias.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016).

absolutamente impossível ocorrer o julgamento de uma mesma disputa pelas duas instâncias se apresentada a reclamação primeiro ao Mercosul e depois à OMC.

Inclusive, a situação problemática chegou a ocorrer numa controvérsia entre Brasil e Argentina sobre a aplicação de medidas *antidumping* por esta última contra a exportação de frangos inteiros provenientes daquele. Inicialmente, o caso foi apresentado ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul, tendo sido constituído, ainda sob o império do Protocolo de Brasília, tribunal arbitral *ad hoc* que, no chamado Laudo 04, proferido em 2001, após afirmar a sua competência material, julgou improcedente a solicitação do Brasil²⁵⁰. Posteriormente, o Brasil apresentou reclamação perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, onde foi instaurado painel (DS-241), cujo relatório apontou em 2003 que o país argentino havia descumprido obrigações fixadas no Acordo *Anti-Dumping*. Especificamente sobre a prévia decisão do sistema Mercosul, a Argentina levantou objeção preliminar à jurisdição da OMC baseada no princípio do *estoppel* pela qual solicitou que o painel não julgasse o caso em razão da anterior decisão do tribunal arbitral *ad hoc* e, alternativamente, que, caso afirmasse a sua competência, o painel se considerasse vinculado ao precedente. Ao se pronunciar sobre a preliminar, o painel, além de afastar caracterização do *estoppel* por não ter a Argentina provado os seus requisitos, afirmou que não era obrigado a seguir as decisões de órgão de solução controvérsias de fora da OMC²⁵¹.

A questão ainda se agrava, pois, no contencioso internacional, não se verifica consolidado entendimento sobre a definição da litispendência entre jurisdições internacionais²⁵², já que uma disputa pode ter a causa de pedir alicerçada em tratado diferente daquele em que baseado o pronunciamento da instância jurisdicional anterior, o que poderia levar a apreender que, nessa situação, a causa de pedir não seria a mesma, não podendo se falar em identidade de causas e, por consequência, afastando a caracterização da litispendência. A esse respeito, o próprio artigo 1(2) do Protocolo de Olivos, ao reconhecer que as partes podem escolher o foro adequado, admite que as transgressões envolvendo

²⁵⁰ TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. **Laudos dos Tribunais Ad Hoc conforme ao Protocolo de Brasília:** Laudo 04. Disponível em: <http://tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_04_pt_Antidumping_expor_pollos.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

²⁵¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Dispute settlement:** Dispute DS241 (Argentine – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds241_e.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

²⁵² AYMONE, Priscila Knoll. Op. cit., p. 199.

membros do Mercosul possam ser consideradas como quebra do direito Mercosul e de outros tratados multilateral ou bilateral²⁵³.

De qualquer forma, repita-se que, para o sistema do Mercosul, o regime normativo regional garante uma solução à concorrência de jurisdições, pois impõe a escolha do foro às partes, fechando a porta do Mercosul se selecionada a jurisdição de outra organização. Se o Estado optar por levar a disputa a outro organismo de solução de diferença e este proferir decisão que lhe for desfavorável, o mesmo Estado não poderá vir a reabrir a discussão perante o sistema mercosulino, pois, por força do citado art. 1(2) do Protocolo de Olivos, não mais poderá recorrer a ele depois de eleito voluntariamente o foro.

4.2.1.2.2 Competência em razão da pessoa

Sob o aspecto das pessoas, a competência da via arbitral somente conhecerá de disputa Estado-Estado. Não há espaço para arbitragens mistas (Estado-pessoa privada).

Outrossim, pelo menos na 1º fase, ou seja, antes do recurso de revisão ao Tribunal Permanente de Revisão, implementou-se um modelo de arbitragem *ad hoc* pelo qual são constituídos tribunais arbitrais para cada caso a partir de listas de árbitros mantidas pela Secretaria Administrativa do Mercosul. Porém, é preciso compreender esse modelo. O arquétipo *ad hoc* adotado diz respeito apenas ao caráter não-permanente dos árbitros que são escolhidos para cada caso e depois despojados de sua competência após a decisão, podendo eventualmente ser escolhidos em posteriores litígios. Por outro lado, não se pode olvidar que o procedimento arbitral é regulamentado pelo Protocolo de Olivos e por seu Regulamento, sendo auxiliado pela Secretaria Administrativa do Mercosul que se encarregará das gestões administrativas necessárias à tramitação dos procedimentos (art. 9(3) do Protocolo de Olivos).

Também não se pode deixar de frisar que o aparato arbitral somente é franqueado aos Estados membros. Não se concebe a instauração de arbitragem por ou em face de ente soberano que não seja parte do Mercosul.

²⁵³ MORAES, Henrique Choer. Op. cit, p. 787.

4.2.1.2.2.1 Reclamações de particulares

O art. 39 e ss. do Protocolo de Olivos disciplinam as chamadas reclamações de particulares. Essas disposições poderiam aparentar que o sistema Mercosul admitiria arbitragem Estado-pessoa privada. Ledo engano. As reclamações de particulares constituem outro mecanismo de solução de controvérsias que não se confunde com a via arbitral.

Em sendo afetado por uma medida legal ou administrativa por um dos Estados membros, a pessoa privada pode formalizar uma reclamação à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum de seu Estado que, após avaliar a veracidade da alegada violação dos preceitos do Mercosul e a existência ou ameaça de um prejuízo, admiti-la-á e iniciará consultas com a Seção Nacional do Estado reclamado (arts. 40 e 41).

Não logrando êxito nas consultas, a Seção Nacional elevará a reclamação ao Grupo Mercado Comum que fará novo juízo de admissibilidade sob aquelas mesmas bases e que, se não rejeitada, convocará um grupo de especialistas que emitirá parecer sobre a procedência da reclamação (art. 42). O grupo será formado de três especialistas que serão designado pelo Grupo Mercado Comum ou, no caso de divergência, serão votados pelos Estados partes a partir de uma lista de vinte quatro que é formada por designação desses mesmos Estados partes (art. 43).

Os efeitos do parecer dependerão se ele for unânime ou não. Se for unânime pela procedência, poderá ser requerida a adoção de medidas corretivas ou a anulação da medida impugnada (art. 44(1)(i)). Caso o Estado não atenda a solicitação requerida, o membro que solicitou a solução da questão poderá recorrer diretamente ao procedimento arbitral. Se for unânime pela improcedência ou se não for unânime o parecer, será terminado prontamente o procedimento (art. 44(1)(ii)(iii)). De qualquer forma, nessas duas últimas hipóteses, o Estado da Seção Nacional que conduziu a reclamação ao Grupo Mercado Comum poderá iniciar procedimento arbitral.

Depreende-se que, após deduzir a reclamação perante a respectiva Seção Nacional, a pessoa privada não mais participará, ficando alijada do procedimento. Sua única intervenção é provocar o procedimento. Nem mesmo poderá oferecer qualquer impugnação ao juízo negativo de admissibilidade de sua reclamação pela Seção Nacional ou pelo Grupo Mercado Comum. Após a reclamação, o particular apenas poderá contribuir para o procedimento se o grupo dos especialistas entenderem ser necessário aprazar audiência para

ouvir os Estados interessados e o próprio particular. Porém, esse ato não é uma faculdade da pessoa privada, mas do grupo de especialistas nos termos do art. 52(2) do Regulamento.

Igualmente se realce que a arbitragem somente poderá ser instalada após o procedimento da reclamação a pedido do Estado parte e, não, da pessoa privada.

Nesse sentido, não seria correto afirmar que o indivíduo pode participar ativamente da instância arbitral do Mercosul.

Com efeito, a reclamação do particular está mais próxima de um meio diplomático de solução de controvérsias do que de um meio jurisdicional de solução pacífica de diferenças. Como já explicado em outro trecho deste estudo, os meios diplomáticos se caracterizam por lhes faltar a força coercitiva do direito. Por mais que se veja uma semelhança da atividade da Seção Nacional ao caráter vinculado da atividade da administração pública, pois condicionada a requisitos (a veracidade da alegada violação dos preceitos do Mercosul e a existência ou ameaça de um prejuízo) que, uma vez preenchidos, impõe a ação do órgão²⁵⁴, ainda assim a reclamação do particular cairá numa apreciação discricionária da Seção Nacional que poderá rejeitar a reclamação, não cabendo qualquer impugnação contra esse juízo negativo de admissibilidade. E, mesmo que a Seção Nacional encampe a reclamação da pessoa privada e consiga conduzi-la até o grupo de especialistas, ainda assim o resultado final não irradiará efeito vinculante, razão pela qual se permite a instalação do juízo arbitral exatamente para discutir a questão ventilada pela reclamação.

4.2.1.2.3.2 Competências recursal e originária do Tribunal Permanente de Revisão

A mais significativa inovação do Protocolo de Olivos foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão. A esse órgão cabe primordialmente julgar os recursos de revisão interpostos contra os laudos proferidos pelos tribunais arbitrais *ad hoc*, funcionando, assim, como um segundo grau de jurisdição.

De logo se explique que a cognição do Tribunal Permanente de Revisão é limitada às questões de direito e às interpretações jurídicas, bem como não abrangerá os julgamentos proferidos com base no princípio *ex aequo et bono* (art. 17(2)(3)). Pode-se inferir dessas balizas que a vocação do tribunal permanente é sobremaneira a uniformização da aplicação

²⁵⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Op. cit., p. 454.

e da interpretação do direito Mercosul. Não lhe incumbe reexaminar provas e fatos, nem muito menos a justiça da decisão na hipótese de julgamento *ex aequo et bono*.

Por outro lado, além dessa competência recursal, as partes podem acordar levar diretamente a disputa ao tribunal permanente que, nesta hipótese, atuará como instância única e final, não cabendo de sua decisão recurso algum (art. 23).

Força concordar que o acesso direto ao tribunal permanente serve ao propósito de as partes obterem mais rapidamente uma solução definitiva, pois se dispensará que a disputa seja tratada em dois estágios da jurisdição do Mercosul. Decerto que a competência originária desse órgão reforça a característica da celeridade das arbitragens internacionais.

4.2.1.2.3.1 O Tribunal Permanente de Revisão é um tribunal arbitral ou um tribunal internacional ?

Ao observar que a instância recursal do Mercosul, diferentemente da 1ª fase, é composta por julgadores “permanentes” e que o seu julgamento é eminentemente baseado no direito (não é possível recurso em julgamento por equidade), poder-se-ia pensar que o Tribunal Permanente de Revisão constituiria um tribunal internacional.

No entanto, a natureza desse órgão é verdadeiramente arbitral. Ao diferenciar a arbitragem dos meios judiciais de solução de litígios internacionais, Valerio de Oliveira Mazzuoli pontifica que “Os tribunais judiciais internacionais têm sua composição fixa e previamente estabelecida [...], o que não ocorre com a arbitragem, cuja formação do tribunal é específica para determinado caso concreto [...]”²⁵⁵. O texto do Protocolo de Olivos oferece algumas pistas que confirmam que o Tribunal Arbitral de Revisão não possuem as apontadas características dos tribunais judiciais internacionais: a) os membros do tribunal são chamados de árbitros (art. 18); b) não há uma definição prévia dos árbitros, pois, à semelhança dos tribunais *ad hoc*, serão sorteados para cada recurso três árbitros dos cinco que integram o tribunal de revisão, sendo, portanto, formado um tribunal de revisão para cada caso (art. 20(1)); c) o próprio tribunal de revisão é um órgão transitório no processo de integração do Mercosul, pois, conforme estipula o art. 53 do Protocolo de Olivos, até que seja adotada uma tarifa externa comum, deverá ser arquitetado em definitivo um Sistema

²⁵⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 1111.

Permanente de Solução de Controvérsias em que talvez se possa instituir um genuíno tribunal internacional para justificar o caráter permanente do sistema.

É de concluir que realmente o Tribunal Permanente de Revisão tem caráter arbitral, não sendo um órgão supranacional de forma alguma. O adjetivo “permanente” foi empregado para enaltecer o fato de que os cinco árbitros nomeados pelos Estados partes deverão, após aceitarem voluntariamente a designação, estar permanentemente disponíveis quando convocados, conforme impõe o art. 19 do Protocolo de Olivos.

4.2.1.2.3.2 Competência consultiva e seu diálogo com a jurisdição nacional

Além da jurisdição contenciosa, ao Tribunal Permanente de Revisão também foi confiada uma competência consultiva pelo art. 3 do Protocolo de Olivos. É no Regulamento que se destrincha o exercício dessa competência.

A legitimação para provocar essa competência é dos Estados partes, dos órgãos com capacidade decisória do Mercosul (Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio) e dos tribunais superiores dos Estados membros.

No exercício dessa atribuição, o tribunal atuará com a totalidade de seus cinco árbitros que responderão as consultas de forma fundamentada, publicando a sua manifestação. Porém, as opiniões consultivas não terão efeitos vinculantes e obrigatórios (art. 11 do Regulamento).

Por outro lado, as consultas somente poderão ser processadas numa situação não-contenciosa. Estando em curso processo de solução de controvérsia sobre a questão consultada, não será admitida a consulta (art. 12(b) do Regulamento), bem como será arquivada de plano se iniciado processo resolutivo com a mesma questão (art. 10(1)(c) do Regulamento).

Todavia, essas condições negativas não se aplicam às consultas formuladas pelos tribunais superiores, já que, nesta hipótese específica, as solicitações deverão estar vinculadas necessariamente a um processo em trâmite do Poder Judiciário ou, pelo menos, a instâncias contenciosas administrativas do Estado²⁵⁶. A razão é óbvia para essa exceção. Somente se despertará o interesse de um juiz nacional solicitar opinião consultiva sobre o

²⁵⁶ NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Mercosul: do sistema de solução de controvérsias à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário brasileiro. **Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Révision**. Assunção, v. 2, n. 4, p. 27-47, 2014, p. 36.

direito do Mercosul a partir do instante em que se veja confrontado com lide materializada em processo judicial, onde se fará necessária a aplicação de regras mercosulinas a respeito da qual as partes divergem. É exatamente isso o que se extrai da Emenda Regimental nº. 48/2012 que no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal incluiu o art. 354-J que disciplina que o referido órgão judiciário será provocado por juiz togado ou mesmo pelas partes em litígio que deverão indicar: a) a exposição dos fatos e o objeto da solicitação; b) a descrição das razões que motivaram a solicitação; c) a indicação precisa da normativa Mercosul a respeito da qual se realiza a consulta; d) a indicação do juízo e da ação em que originada a solicitação²⁵⁷. É de convir que esses elementos pressupõem processo judicial já iniciado.

A possibilidade da consulta ao Tribunal Permanente de Revisão pelos tribunais superiores incita outra reflexão. Mesmo que não seja um órgão supranacional, almeja-se com esse expediente alcançar a harmonização do direito Mercosul com o direito interno dos Estados, fazendo com que a aplicação das diretivas regionais se efetive de maneira uniforme nas órbitas soberanas. Comunicam-se as esferas internacionais e nacionais para que incida na jurisdição doméstica o direito regional pela interface de um tribunal arbitral internacional, o que poderá levar a uma primazia desse direito internacional.

4.2.1.3 Regramento procedimental

O rito do processo arbitral é esculpido pelo Protocolo de Olivos e pelo Regulamento do referido protocolo. Assim, as referências utilizadas nesta parte dizem respeito a esses dois diplomas.

Principia-se o procedimento arbitral pela comunicação do Estado interessado na arbitragem à Secretaria Administrativa do Mercosul que administrará a tramitação dos procedimentos (art. 9).

O próximo passo é a composição do tribunal arbitral *ad hoc* que será integrado de três árbitros dos quais dois serão nomeados pelos Estados da lista de árbitro que é mantida pela Secretaria Administrativa e é formada pela indicação de doze pessoas por cada membro. O terceiro árbitro, que ocupará a presidência do tribunal, será indicado de comum acordo

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emenda Regimental nº 48, de 3 de abril de 2012. Acrescenta o inciso VIII ao art. 7º e os artigos 354-H a 354-M ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e acrescenta outros dispositivos. **Diário da Justiça**. Brasília, 13 abr. 2012.

pelos Estado de outra lista, denominada lista consolidada de terceiros árbitros, que é formada a partir da nomeação de quatro pessoas por cada Estado parte, não se confundido com aquela primeira lista. Havendo divergência entre as partes, a Secretaria Administrativa sorteará o terceiro árbitro dessa lista consolidada, ressaltando que o presidente não poderá ser nacional dos contendores (art. 10).

O preciso objeto da controvérsia será delimitado pelas manifestações de apresentação e de resposta das partes, não podendo ser ampliado posteriormente (art. 14). Com isto, estabiliza-se o objeto da disputa.

Poderá o tribunal arbitral ditar medidas provisórias na hipótese em que existirem presunções fundamentadas de que a manutenção da situação poderá ocasionar danos irreparáveis ou de difícil reparação (art. 15). É de ver que as medidas provisórias não poderão ser concedidas de ofício, mas sempre a pedido de uma das partes que somente poderá requerê-las após a constituição do tribunal arbitral com a designação de seu presidente.

O laudo arbitral será proferido num prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, contados da comunicação dos árbitros acerca da sua aceitação para atuarem na disputa (art.16). Deverá a decisão ser tomada por maioria e devidamente fundamentada (art. 26). Porém, será resguardado o sigilo da votação. Sem embargo dessa confidencialidade da votação, a sentença deverá ser publicada (art. 40(4) do Regulamento).

Ao julgar a disputa, os árbitros deverão aplicar o direito Mercosul, bem como os princípios e disposições do direito internacional aplicáveis à matéria (art. 34). Excepcionalmente, poderá ser decidida a controvérsia *ex aequo et bono*, mas apenas se as partes expressamente assim acordarem.

Sobre o direito aplicável ao mérito, uma questão que se coloca é saber quais regras jurídicas devem incidir numa disputa que encontre ressonância tanto nas normas mercosulinas como em outras normas internacionais previstas em tratados multilaterais dos quais façam partes os contendores. Recorde-se mais uma vez que os árbitros deverão aplicar o direito regional e o direito internacional. Como conciliar ?

A solução poderia passar pelo vetusto princípio sobre o conflito aparente de normas o qual diz que *lex posterior specialis derogat lex priori generalis*. Desta forma, seria tentador racionar que o direito Mercosul prevaleceria sobre acordos multilaterais por ser mais específico. No entanto, em se tratando de conflito entre direito regional e direito universal no plano internacional, Dominique Carreau e Jahyr-Philippe Bichara ensinam que o

princípio a seguir é que “o direito universal deve prevalecer”²⁵⁸ e, ao discorrerem sobre a situação de convenções universais que reconhecem o regime jurídico de instituições regionais, reiteram a primazia do direito universal, trazendo como exemplo a OMC, cujo regime jurídico consente que os Estados membros possam projetar uma integração econômica regional, mas que deverão observar as obrigações acertadas e controladas por aquela organização²⁵⁹. Porém, os citados autores, mais a frente, advertem que “[...] o direito regional sempre teve a possibilidade de ‘ir além’ do direito universal [...]”, o que não impediria, em termos de integração econômica regional, de os Estados membros irem além das obrigações da OMC²⁶⁰. Ter-se-ia uma superioridade qualitativa do direito regional que poderia ultrapassar o parâmetro normativo mínimo fixado no direito universal sem que se pudesse defender que o direito regional, nesse particular caso, deveria ceder espaço ao direito universal.

Certamente que a hipótese mais provável de conflito do direito Mercosul com acordo multilateral seria com as normativas da OMC diante da ampla abrangência dessa organização e de suas multifacetadas diretrizes. Pelo que foi exposto no parágrafo anterior, a primeira resposta seria considerar prevaletentes as normas multilaterais da OMC. Porém, pode acontecer de, numa específica e especial situação, o direito regional ter uma superioridade qualitativa naqueles termos em que ele poderia “ir além” do direito universal. Logo, a solução para o conflito dependerá profundamente das especificidades das disposições convencionais que se contradigam na disputa enfrentada pelo tribunal arbitral do Mercosul.

Retornando ao rito da instância arbitral no quadro mercosulino, deve-se explicar que em face da sentença arbitral poderá ser apresentado recurso de esclarecimento para aclarar a decisão que pode se mostrar obscura ou contraditória, bem como para explicar como deverá ser cumprido o laudo (art. 28).

Há também a possibilidade do recurso de revisão que deverá ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias contados da notificação (art. 17(1)). O recurso de revisão será julgado pelo Tribunal Permanente de Revisão que é composto por 05 (cinco) árbitros, sendo quatro indicados pelos Estados membros e o presidente por consenso dos Estados membros ou, não

²⁵⁸CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. Op. cit., p. 111.

²⁵⁹Ibid., p. 113.

²⁶⁰Ibid., p. 114.

sendo possível, por sorteio realizado pela Secretaria Administrativa de uma lista especificamente constituída para essa finalidade.

Para cada recurso que envolva dois Estados, o tribunal será integrado de três árbitros, sendo dois nomeados pelos Estados partes e um terceiro por sorteio, não podendo recair a presidência em nacional de uma das partes. Se o recurso disser respeito a mais de dois Estados, o tribunal funcionará com sua composição completa (art. 20).

Ao apreciar o recurso de revisão, a instância recursal poderá confirmar, modificar ou revogar a sentença objurgada (art. 22).

Julgado o recurso de revisão ou não sendo interposto, o laudo dos tribunais *ad hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão se torna obrigatório e fará coisa julgada (art. 26). Com isto, deverá ser cumprido no prazo assinado pelo órgão julgador ou no prazo de 30 (trinta) dias, se não fixado.

Pode ser questionado o cumprimento do laudo pelo Estado beneficiado por ele sob o argumento de que não foram tomadas medidas suficientes ao seu cumprimento. Nessa situação, o Estado beneficiado, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da adoção das medidas com as quais discorda, poderá apresentar o caso ao mesmo tribunal arbitral que analisou a disputa original para que a questão seja dirimida (art. 30).

Se não houver o cumprimento da sentença arbitral, o Estado interessado poderá aplicar medidas compensatórias temporárias, como a suspensão de concessões ou de obrigações equivalentes, devendo informar ao Estado sucumbente as medidas compensatórias eleitas (art. 31).

A seu turno, o Estado sucumbente poderá insurgir-se contra as medidas compensatórias para discutir se a sentença já foi satisfatoriamente cumprida ou se as medidas compensatórias se mostram excessivas (art. 32(1)(2)). O questionamento será levado ao mesmo tribunal arbitral da demanda original o qual, se acolher o questionamento, poderá determinar que sejam adequadas as medidas compensatórias à sentença arbitral.

Percebe-se que, por mais juridicidade tenha sido dada aos mecanismos de cumprimento da sentença arbitral, a sua satisfação ainda dependerá da vontade dos Estados membros.

É de ver que a sede do Tribunal Permanente de Revisão fica em Assunção, no Paraguai. Porém, deve-se admitir que a fixação da sede nesse território nacional não significa que a jurisdição local poderá exercer controle primário sobre a validade dos laudos arbitrais proferidos por aquele órgão. A arbitragem internacional desenvolvida no âmbito do

Mercosul produz sentenças arbitrais verdadeiramente deslocalizadas da sede, não se submetendo ao controle da jurisdição doméstica da sede. Não se podem confundir os laudos proferidos na moldura do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e os laudos prolatados em arbitragens transnacionais em sentido estrito as quais, embora tenham sede em territórios sulamericanos, possuem conexões com outros Estados, inclusive externamente aos Estados membros. Aqueles refogem do controle da sede, ao passo que estes, a depender do regime normativo nacional de enquadramento da arbitragem, podem se submeter ao controle primário.

4.2.1.4 A arbitragem no sistema do Mercosul e o Estado brasileiro

O Brasil toma lugar no Mercosul, submetendo ao aparato de solução de controvérsias dessa organização.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Permanente de Revisão²⁶¹, onde são também disponibilizados os laudos por força do art. 40(4) do Regulamento, descobre-se que o Brasil tem recorrente atuação nos tribunais arbitrais, sejam como reclamante ou como reclamado. Podem ser contabilizados sete casos (laudos 01, 02, 03, 04, 06, 07 e 10²⁶²) em que tomou assento o Estado brasileiro. Todos eles se deram ainda na vigência do revogado Protocolo de Brasília. Não há registro de qualquer recurso julgado pelo Tribunal Permanente de Revisão no qual o Brasil tenha participado. Como reclamado, o Brasil figurou em cinco controvérsias (laudos 01, 02, 06, 07 e 10) e, como reclamante, em duas oportunidades (laudos 03 e 04). O país com quem o Brasil mais litigou foi a Argentina. Foram cinco controvérsias estabelecidas com esse país, seja como reclamante ou como reclamado, o que evidencia o maior protagonismo desses dois países na organização. Nas duas oportunidades em que o Estado brasileiro solicitou a instalação do tribunal arbitral, apenas em uma delas obteve a procedência de seu pedido (laudo 03). No outro litígio (laudo 04) que envolveu a aplicação de medidas *antidumping* contra a exportação de frangos inteiros, o Estado brasileiro conseguiu o acolhimento de seu interesse em outra demanda, esta oferecida na OMC, como visto detalhadamente alhures. Nas demandas arbitrais em que o Brasil apareceu como reclamado, apenas em uma delas o tribunal arbitral terminou o procedimento sem

²⁶¹ TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. **Solução de controvérsias**. Disponível em: <http://tprmercosur.org/pt/sol_contr_laudos.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

²⁶² Os casos nos tribunais arbitrais *ad hoc* são identificados em ordem numérica crescente, contados desde a primeira disputa. Dá-se o registro às controvérsias pela numeração dos laudos nessa sequência.

decidir pela procedência (laudo 10), mas assim procedeu o órgão arbitral, pois o Uruguai (reclamante) informou que sua reclamação sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e derivados havia sido atendida pelo Brasil. Na demais, os tribunais arbitrais acolheram, em parte ou totalmente, as reclamações deduzidas.

Colhe-se desses dados que o Estado brasileiro tem participado ativamente das arbitragens internacionais do Mercosul, embora não tenha sido instaurada nova disputa após o Protocolo de Olivos. Tal fato evidencia que o país reconhece o instituto como eficaz e válido para resolver diferenças na organização de integração.

4.2.2 A assistemática da arbitragem internacional na ALADI

A Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) surgiu em 1980 como sucessora da anterior Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Sua instituição se deu através do Tratado de Montevidéu que foi incorporado pelo Brasil através do Decreto nº. 87.054, de 23 de março de 1982. Atualmente, congrega a ALADI treze países da América Latina, quais sejam, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, o que evidencia a ampla abrangência de sua atuação na América do Sul e em alguns países da América Central.

Desde já se explique que se optou por abordar a ALADI no contexto sulamericano em razão da maior presença de países dessa região na organização.

O art. 1º do Tratado de Montevidéu esclarece que a organização, a partir da experiência da ALALC, tem “[...] como objetivo a longo prazo o estabelecimento, em forma gradual e progressiva, de um mercado comum latino-americano”²⁶³. Para tanto, a organização não assume um modelo próprio de integração econômica que represente uma fase transitória para que se alcance o objetivo final do mercado comum.

Na verdade, a ALADI, principalmente inspirada pelos princípios da convergência, da flexibilidade e da multiplicidade, elencados em seu art. 3º²⁶⁴, instituiu uma área de

²⁶³ BRASIL. Decreto nº. 87.054, de 23 de março de 1982. Promulga o Tratado de Montevidéu 1980. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 mar. de 1982.

²⁶⁴ Art. 3º Na aplicação do presente Tratado e na evolução para seu objetivo final, os países-membros levarão em conta os seguintes princípios:

a) Pluralismo, sustentado na vontade dos países-membros para sua integração, acima da diversidade que em matéria política e econômica possa existir na região;

b) Convergência, que se traduz na multilateralização progressiva dos acordos de alcance parcial, através de negociações periódicas entre os países-membros, em função do estabelecimento do mercado comum latino-americano;

preferências econômicas que tem como instrumentos: a) a preferência tarifária nacional; b) os acordos de alcance regional; e c) os acordos de alcance parcial. Dessas ferramentas, os acordos de alcance parcial constituem “a pedra de toque do sistema da ALADI”²⁶⁵.

Os acordos de alcance parcial são ajustes dos quais não participam todos os Estados membros e pelos quais se buscam aprofundar a integração regional através de normas jurídicas específicas que podem versar sobre vários temas, como acordos comerciais, de complementação econômica, agropecuários, de promoção do turismo e outros objetos. A ideia seria partir de ajustes bilaterais que se tornariam multilaterais na medida em que outros Estados membros passassem a aderir a eles até que se convergisse e se alcançasse uma disciplina comum a todos eles. Percebe-se nesse esquema a presença daqueles três princípios reitores da evolução da integração regional: multiplicidade, flexibilidade e convergência.

Portanto, no âmbito da ALADI, privilegia-se, inicialmente, as relações bilaterais para que gradativamente se concretize a multilateralização até se alcançar uma integração mais sólida. É característica da ALADI a flexibilidade que confere a ela, por outro lado, um forte caráter diplomático, enfraquecendo o conteúdo jurídico.

Esses lineamentos da ALADI explicam o fato de o Tratado de Montevideu ser marcado por normas essencialmente programáticas e não ter instituído ou regulado um regime de solução de controvérsias para a associação.

Na verdade, coube ao Comitê de Representantes – órgão permanente da ALADI composto de representantes diplomáticos dos Estados membros – ensaiar, através da Resolução nº. 114, de 22 de março de 1990, uma primeira tentativa para construir um mecanismo de resolução de disputas para a associação²⁶⁶. Em seu artigo único, a Resolução nº. 114

c) Flexibilidade, caracterizada pela capacidade para permitir a celebração de acordos de alcance parcial, regulada em forma compatível com a consecução progressiva de sua convergência e pelo fortalecimento dos vínculos de integração;

d) Tratamentos diferenciais, estabelecidos na forma que em cada caso se determine, tanto nos mecanismos de alcance regional como nos de alcance parcial, com base em três categorias de países, que se integrarão levando em conta suas características econômico-estruturais. Esses tratamentos serão aplicados em determinada magnitude aos países de desenvolvimento médio e de maneira mais favorável aos países de menor desenvolvimento econômico relativo; e

e) Múltiplo, para possibilitar distintas formas de ajustes entre os países-membros, em harmonia com os objetivos e funções do processo de integração, utilizando todos os instrumentos capazes de dinamizar e ampliar os mercados a nível regional.

²⁶⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. O direito supranacional nas Comunidades Européias e na América Latina: o caso da ALALC/ALADI e o Mercado Comum Brasil-Argentina. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 5, p. 757-796, p. 777.

²⁶⁶ VECINO, Magdalena Pereira. Solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). **Revista de Derecho**. Montevideu, n. 18, p. 123-147, 2010, p. 127.

estabeleceu que, em defesa dos compromissos assumidos no Tratado de Montevideu e nas resoluções da associação, qualquer Estado membro poderia iniciar consulta com outro que tiver implementado medidas incompatíveis com essas diretrizes, devendo ser concluída no prazo de dez dias úteis com a devida comunicação ao Comitê de Representantes. Não se chegando a uma solução, a questão poderá ser levada ao Comitê de Representantes que proporá fórmulas para tentar resolver o impasse²⁶⁷.

Há que se ponderar que o mencionado regime ostenta um perfil diplomático e não vinculante, não estruturando uma ferramenta de característica jurisdicional, como a arbitragem internacional²⁶⁸.

Na verdade, é nos acordos de alcance parciais que se acha disciplina mais consistente sobre mecanismos de resoluções de disputas, fazendo-se, em alguns deles, menção à arbitragem internacional. Contudo, em razão da multiplicidade de formas que podem adquirir esses acordos parciais, não se consegue identificar um tratamento sistematizado e uniformizado da arbitragem internacional, o que prejudica a análise desse instituto no quadro da ALADI. Em alguns deles se fala em um painel de especialistas, ao passo que em outros se delineia um procedimento arbitral *ad hoc*.

No entanto, para que se demonstre que a arbitragem internacional não é totalmente ignorada na moldura da ALADI, mostra-se oportuno tomar como exemplo acordo de alcance parcial do qual faz parte o Brasil.

Recentemente, mais precisamente, em 12 de novembro de 2015, o Brasil promulgou o Primeiro Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica nº 58, firmado entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai, a República Oriental do Uruguai e a República do Peru, em Montevideu, em 30 de novembro de 2005.²⁶⁹ No referido protocolo, um regime de solução de controvérsias é acrescentado ao acordo de complementação econômica. Ao lado dos instrumentos das negociações diretas e da intervenção da chamada Comissão Administradora, é regulamentado um processo arbitral

²⁶⁷ ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. **Normas Institucionais:** resoluções do Comitê de Representantes. Disponível em: <[http://www.aladi.org/nsfaladi/Juridica.nsf/vresolucionescomitep/FE99DF5BEB1927BC03257D0A004CE0C8/\\$FILE/114_pt.PDF](http://www.aladi.org/nsfaladi/Juridica.nsf/vresolucionescomitep/FE99DF5BEB1927BC03257D0A004CE0C8/$FILE/114_pt.PDF)>. Acesso em: 31 mar. 2016.

²⁶⁸ VECINO, Magdalena Pereira. Op. cit., p. 128.

²⁶⁹ BRASIL. Decreto nº. 8.567, de 12 de novembro de 2015. Dispõe sobre a execução do Primeiro Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica nº 58, firmado entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai, a República Oriental do Uruguai e a República do Peru, em Montevideu, em 30 de novembro de 2005. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 nov. 2015.

que segue um modelo *ad hoc* e interestatal. Percebe-se que a disciplina imposta no ato se aproxima do arquétipo de arbitragem internacional do Mercosul.

Inicia-se o procedimento a partir de solicitação de um dos Estados partes que não tenha conseguido solucionar a disputa por um daqueles dois meios pacificadores ou por terem sido exauridos os prazos de conclusão desses mesmos meios (art. 12).

Após a entrada em vigor do acordo, cada Estado membro deve apontar dez pessoas que integrarão uma lista de árbitros (art. 14). O tribunal arbitral *ad hoc* deverá ser formado por três árbitros, sendo dois indicados por cada um dos contendores e o terceiro de comum acordo ou, na hipótese de impasse entre as partes, por sorteio realizado pela Secretaria-Geral da ALADI (art. 15). Frise-se que o presidente – terceiro árbitro – não poderá ser nacional dos países em contenda.

Como forma de garantir a jurisdição do tribunal arbitral, impõe-se no protocolo adicional compromisso arbitral pela qual os Estados membros reconhecem como obrigatório o recurso à arbitragem diante de uma controvérsia não solvida, tornando desnecessário a celebração de acordo específico para a constituição do tribunal arbitral em cada disputa que surja (art. 13).

Uma vez constituído, o tribunal arbitral fixará a sua sede e as regras procedimentais a serem observadas, resguardando, contudo, preceitos fundamentais que dizem respeito ao contraditório, à ampla defesa, à confidencialidade dos procedimentos e à flexibilidade do procedimento (art. 17).

Confere-se poder ao tribunal arbitral para, a pedido de uma das partes, conceder medidas provisórias com o objetivo de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação (art. 19).

Deverá ser emitido o laudo no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da constituição do tribunal que deverá decidir de forma fundamentada e com amparo nas disposições do acordo de complementação econômica, seus protocolos adicionais e outros instrumentos assinados no âmbito daquele acordo, bem como com base nos princípios e normas do direito internacional aplicáveis.

Não se arquitetou uma instância revisora, tendo sido apenas facultado às partes a apresentação de pedido de esclarecimento do laudo ou da forma como deverá ser o mesmo cumprido (art. 25).

Em caso de descumprimento, o Estado vencedor poderá se valer de medidas compensatórias temporárias. A seu turno, o Estado sucumbente, se reputar que já tiver

cumprido a sentença arbitral ou que as medidas compensatórias se mostram excessivas, poderá solicitar ao mesmo tribunal arbitral que se pronuncie a esse respeito.

É difícil afirmar que, no âmbito da ALADI, a arbitragem internacional conte com regime normativo que lhe garanta estabilidade e funcionalidade, pois, de forma assimétrica, espalhadas por atos diversos se encontram as provisões que tratam desse instituto.

5 O MARCO REGULATÓRIO DEFINIDO PELO ESTADO BRASILEIRO PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Uma vez construído um panorama da arbitragem e sua inserção no contexto internacional e regional (interamericano e sulamericano), faz-se oportuno analisar a ordem jurídica brasileira para que se possa conhecer o enquadramento normativo imposto às sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras no sistema interno.

Deve ser lembrado que o Estado brasileiro ratificou acordos internacionais e regionais que versam sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, passando a internalizar essas regras de fundo internacional.

Por outro lado, foi editado diploma interno que disciplina o instituto da arbitragem no território nacional, mas com reflexos externos diante da possibilidade de ser sediada localmente arbitragem que mantenha laços com outros Estados.

Por essas razões, impõe-se perscrutar esses atos normativos, tanto internacionais como domésticos, para que se possa conhecer o marco regulatório brasileiro para a arbitragem internacional (transnacional em sentido estrito).

5.1 OS TRATADOS E CONVENÇÕES SOBRE O TRATAMENTO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS PROFERIDAS FORA DO BRASIL

Tornou-se preocupação da comunidade internacional definir parâmetros padronizados para a circulação das sentenças arbitrais entre as órbitas soberanas. Os primeiros acordos sobre esse tema surgiram no início do século XX. Após esses primeiros passos, é celebrada a Convenção de Nova Iorque que até hoje permanece como o mais relevante diploma normativo sobre a regulação dos efeitos das sentenças arbitrais, figurando como um dos acordos multilaterais que mais angariam adesões.

No plano global, o quadro convencional da regulação da arbitragem é emoldurado pela já citada Convenção de Nova Iorque. Numa perspectiva regional em que as identidades são maiores, Estados que mantêm relações mais próximas conseguiram chegar a convenções espacialmente limitadas que atraem mais facilmente a sua adesão e internalização. Há instrumentos normativos sobre a arbitragem no contexto interamericano e sulamericano. A esse respeito, sempre lembradas são as Convenções do Panamá de 1975 e o Protocolo de

Las Leñas, embora este último não tenha se dedicado exclusivamente aos procedimentos arbitrais.

Nesta seção, focar-se-ão os instrumentos normativos aos quais acedeu o Estado brasileiro, notadamente para identificar as normas internacionais que influenciam o regime nacional de regulação da arbitragem.

5.1.1 Convenção de Nova Iorque de 1958

Foi precedida a Convenção de Nova Iorque de 1958 pelo Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e pela Convenção sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927. Desses dois instrumentos apenas o primeiro foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº. 21.187, de 22 de março de 1932.

Já no principiar do século XX, com a maior internacionalização da economia que se caracteriza pela maior interação de agentes econômicos situados em partes diferentes do globo, emergia a preocupação de estabelecer uma arena própria para a solução das disputas surgidas dessas relações econômicas globalizadas e de legitimar as soluções encontradas. Sentia-se que se fazia imperativo disciplinar as interações entre pessoas sujeitas a ordens jurídicas nacionais diferentes, fomentando a cooperação entre Estados para que se consentisse que se validassem os efeitos jurídicos de atos produzidos fora de suas barreiras.

Foi nesse ambiente ainda gestacional da arbitragem transnacional para o campo dos negócios que se propiciou o concerto daqueles primeiros instrumentos. No entanto, é somente após as duas grandes guerras mundiais que, nos anos 50 e seguintes, verifica-se a expansão da arbitragem transnacional, o que se fortalece a nível mundial nos anos 80 com os movimentos de desregulação das economias nacionais e a derrocada dos regimes socialistas.

O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 teve por objetivo conferir força jurídica à convenção de arbitragem para permitir que, em matérias definidas internamente, litígios pudessem ser enfrentados por mecanismo alternativo à jurisdição estatal, bem como visou impulsionar os Estados a proporcionar a execução forçada dos laudos arbitrais proferidos em seus territórios. Indispensável salientar que o Estado brasileiro se reservou de aplicar o referido protocolo apenas aos contratos considerados comerciais.

Com o passar do tempo, percebeu-se que se fazia necessário dar um passo a mais, ainda mais porque o Protocolo de Genebra de 1923 estava muito mais focado nas arbitragens

internas e os seus efeitos na sede. A discussão sobre um novo instrumento ordenador foi germinada por um projeto de acordo internacional apresentado pela CCI às Nações Unidas na década de 50. A proposta da CCI se mostrava inspirada pelas as ideias de desnacionalização das sentenças arbitrais, o que não foi visto com simpatia pelos Estados que compartilhavam de sentimentos nacionalistas de controlar as atividades arbitrais e as suas implicações em seus espaços. Desse esboço se evoluiu para texto final da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras que absorveu a intenção comum de favorecer o trânsito dos laudos arbitrais nas diferentes jurisdições nacionais, tendo substituído aqueles dois acordos internacionais precedentes.

5.1.1.1 Escopo

Desde sua aprovação e abertura para assinaturas em junho de 1958, a Convenção de Nova Iorque vem obtido adesões. No momento, são 156 (cento e cinquenta e seis) Estados partes. As mais recentes adesões foram feitas em 2015 por Andorra, pela União das Comores e pelo Estado da Palestina²⁷⁰. A sua ampla aceitação pode ser medida pela comparação com outros acordos das Nações Unidas, como o Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal de 1998 (123 Estados partes), a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (114 Estados partes) e a Convenção para a prevenção e repressão do crime de Genocídio (147 Estados partes), o que comprova a sua pretensão universalista.

O Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque de 1958 através do Decreto n.º 4.311, de 23 de julho de 2002. Por longo período, o Estado brasileiro tardou para aderir ao instrumento normativo. Uma das razões para essa delonga pode ser encontrada no parecer emitido por Hildebrando Pompeu Pinto Accioly, então Consultor Jurídico do Itamaraty, em que se manifestou contrariamente à adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque, explicitando que ela se mostraria incompatível com a legislação brasileira da época que apenas concebia a homologação de sentença emanadas de autoridades judiciárias

²⁷⁰ NAÇÕES UNIDAS. **Treaty Collection:** Commercial Arbitration. 2016. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en> . Acesso em: 07 fev. 2016.

estrangeiras, não se encaixando nesse conceito o laudo arbitral²⁷¹. O mesmo pensamento foi seguido por Miguel Franchini-Netto que, também enquanto Consultor Jurídico do Itamaraty, ao ser provocado para emitir opinião sobre a ratificação ou não da Convenção de Nova Iorque e da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, afirmou que a legislação interna se mostrava incompatível com esses estatutos convencionais e que, como não tinha ocorrido alteração na ordem jurídica, não poderiam ser ratificados aqueles atos²⁷².

Outro dado temporal que não pode ser menosprezado é o fato de a ratificação ter se dado em 2002, quando já estava em vigor novo parâmetro normativo (LA de 1996), inclusive prevendo a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, bem como quando havia passado pouco mais de 07 (sete) meses da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da novel legislação²⁷³. Esperou-se, portanto, a modificação do cenário regulatório doméstico e a certificação de compatibilidade constitucional das novas regras legais para que se ratificasse a Convenção de Nova Iorque.

É curial assinalar que a finalidade da Convenção de Nova Iorque não foi uniformizar as legislações nacionais em torno do tema da arbitragem internacional. Não foi esse o móvel do projeto e, se o fosse, dificilmente teria alcançado àquele tempo das décadas de 50 e 60. Com efeito, intentou-se com a Convenção de Nova Iorque de 1958 desembaraçar o acolhimento das sentenças arbitrais pelos Estados onde elas não tivessem sido produzidas para que, assim, o instituto da arbitragem que despontava como mecanismo útil para os globalizados *players* econômicos pudesse ter seus efeitos validados e transportados para mais de uma órbita nacional, delimitando taxativamente as causas de recusa de homologação dos laudos estrangeiros e simplificando a concessão do *exequatur*. Ao garantir a circulação, a obrigatoriedade e a eficácia das sentenças arbitrais, reflexamente também se estaria tutelando a segurança jurídica dos negócios transnacionais. A finalidade de uniformizar os regimes legais coube à Lei-Modelo da UNCITRAL que, apesar dos objetivos diferentes,

²⁷¹ ACCIOLY, Hildebrando Pompeu Pinto. Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty**: Volume V (1952-1960). Brasília: Senado Federal, 2004. p. 399-401, p. 400.

²⁷² FRANCHINI-NETTO, Miguel. Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Nova York, 10.6.1958, e Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, Panamá 30.1.1975: Pedido de Ratificação. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty**: Volume VII (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. p. 468-472, p. 471.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº. 5206. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 12 de dez. de 2001. Diário da Justiça de 30 de abril de 2004, pp. 29, EMENT vol. 02149-06, pp. 958.

reiterou as disposições da Convenção de Nova Iorque no tema do reconhecimento e execução.

5.1.1.2 Características

A característica mais proeminente da Convenção de Nova Iorque é a sua vocação universalista. Desde os primeiros debates sobre o esboço do que se tornaria o texto final, ficou claro que se buscou aproximar as visões diferentes da homologação e execução dos laudos arbitrais para que prevalecesse uma concepção que não fosse refratária à arbitragem. Ao longo de seus mais de cinquenta anos, a convenção nova iorquina tem angariado adesões que expandem a sua aplicação para várias partes do globo.

Numa indisfarçável posição em favor da arbitragem, a Convenção de Nova Iorque dispensou a necessidade da dupla homologação para que a sentença arbitral pudesse obter o *exequatur*. A dupla homologação condicionava o reconhecimento da sentença arbitral ao prévio pronunciamento do judiciário da sede onde prolatada. Vale dizer, antes de ser levada ao Estado de execução para que fosse reconhecida, a sentença arbitral primeiramente deveria ser submetida à jurisdição da sede para que fosse reconhecida internamente. Assim, para que sua eficácia se tornasse operante, o laudo arbitral deveria ser duplamente homologado: uma vez na sede e outra no lugar da execução. Certamente que a extinção da dupla homologação suplantou um dos mais simbólicos entraves para a mobilidade dos laudos arbitrais, pois poderia ocorrer de o Estado da sede não prever a homologação das sentenças arbitrais domésticas, o que poderia inviabilizar o reconhecimento dos laudos proferidos nesse Estado perante sistemas nacionais que exigissem o *exequatur* do judiciário de origem.

Contemplou a Convenção de Nova Iorque provisão para proporcionar a sua harmonização com acordos multilaterais e bilaterais sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, bem como para fixar a prevalência de regime jurídico que se mostre mais favorável à homologação (art. VII(1)). No primeiro aspecto, a Convenção de Nova Iorque evidencia que seus dispositivos podem concorrer com outros acordos internacionais que tenham sido firmados pelo Estado parte, notadamente num contexto regional. Reforça-se a sua pretensão universalista, acomodando-a a outros instrumentos a que, regionalmente ou numa relação bilateral, os países estejam comprometidos. No segundo ponto, transpondo a questão da primazia do direito internacional, a convenção nova iorquina se inspira num

princípio do direito mais favorável (*more-favourable-right provision*) para excepcionar suas disposições quando identificada regra jurídica válida, seja internacional ou nacional, que se tenha como mais favorável à homologação da sentença arbitral. Essa última particularidade revela a versatilidade do estatuto que opera paralelamente aos sistemas nacionais que poderão suplantar as suas provisões em razão de regras mais favoráveis das leis domésticas. É em razão dessa cláusula de compatibilização que o Judiciário francês, como visto nos casos analisados em outra passagem, tem reconhecido sentenças arbitrais anuladas na sede, já que, diferentemente da Convenção de Nova Iorque, a legislação francesa não contempla como causa de recusa da homologação a circunstância de ter sido invalidada na sede.

Outra característica marcante da Convenção do Nova Iorque foi ter assegurado os chamados efeitos positivo e negativo da cláusula compromissória. Diz o art. II(3) do acordo multilateral que, ao ser ajuizada ação em que se aborda matéria que, por cláusula compromissória, deveria ser enfrentada em arbitragem, os tribunais nacionais deverão conduzir as partes a observarem a cláusula compromissória. Este é o efeito negativo pela qual se impede que as cortes domésticas possam conhecer de demandas que, por convenção das partes, deveriam ser solucionadas pela arbitragem. Por outro lado, o efeito positivo da cláusula compromissória é uma releitura do *pacta sunt servanda* no contexto da arbitragem. A esse respeito, reza o art. II(1) que deve ser reverenciado o acordo escrito pela qual as partes fixam que suas divergências surgidas de uma relação jurídica específica devem ser enfrentadas através de arbitragem. Ao positivizar a eficácia da cláusula compromissória, obrigam-se as partes a respeitá-la para que submetam suas diferenças a essa alternativa ao judiciário, viabilizando, inclusive, o cumprimento específico da obrigação de levar o litígio à arbitragem.

Enaltecendo a origem voluntária da arbitragem, a Convenção de Nova Iorque franqueou maior espaço para o exercício da autonomia da vontade das partes, reduzindo o papel de regras imperativas nacionais na regulação da arbitragem. Estipula o art. V(1)(d) que a irregularidade na composição do tribunal arbitral ou na condução do procedimento arbitral somente justificará a negativa do *exequatur* se inobservado aquilo que foi acordado pelas partes sobre esses aspectos. Ainda que o Estado da sede possua legislação que regulamente como deve ser composto o tribunal arbitral e o rito a ser seguido, o parâmetro jurídico que pode fundamentar a recusa do reconhecimento será a convenção de arbitragem. Apenas no silêncio das partes sobre esses tópicos, o regime doméstico da sede deverá ser consultado, atribuindo à lei local um papel subsidiário frente à vontade das partes. No mesmo norte,

compreende-se que, no caso de arbitragens institucionais, cujo valor foi confirmado no art. I(2), o regulamento do centro poderá suprir omissão das partes que não tenham definido o procedimento arbitral, podendo servir como fonte de integração da convenção de arbitragem e afastando, por conseguinte, a aplicação da lei nacional neste ponto.

Apesar da maior deferência à vontade das partes, seria equivocado pensar que a Convenção de Nova Iorque tenha consolidado a concepção de desnacionalização da arbitragem (representação da arbitragem internacional fundada numa ordem jurídica própria e autônoma). A ideia da localização da arbitragem se encontra presente em disposições centrais da convenção, como se verá mais a frente.

5.1.1.3 Reconhecimento e cumprimento

É o regime convencional do reconhecimento e cumprimento das sentenças arbitrais a espinha dorsal da Convenção de Nova Iorque de 1958. Calha definir o âmbito de aplicação desse regramento e as causas internacionalmente aceitas para a rejeição fundamentada de um laudo estrangeiro.

5.1.1.3.1 Âmbito de aplicação

O primeiro artigo da Convenção de Nova Iorque foi redigido para definir o seu âmbito de aplicação. Demarca o art. I(1) que as normas convencionais se aplicam às sentenças arbitrais que forem proferidas em Estado distinto daquele em que se intencionam o reconhecimento e a execução. Adotou-se, portanto, um critério territorial – local onde proferida a sentença – que simplifica o questionamento sobre o espectro de incidência. Extraí-se dessa mesma norma o conceito de sentença arbitral estrangeira para fins de aplicação da Convenção de Nova Iorque. Como o acordo internacional trata do reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, é intuitivo que, ao definir quais sentenças se sujeitam a ela, a convenção nova iorquina terminou por precisar que a sentença estrangeira para uma dada ordem jurídica será aquela que tenha sido prolatada fora dessa órbita jurídica.

Note-se que se mostra irrelevante a nacionalidade das partes. Desta maneira, será tida como estrangeira a sentença arbitral que, mesmo envolvendo um nacional do Estado de execução, tenha sido prolatada fora do seu território. Para investigar se se aplica ou não a Convenção de Nova Iorque, em princípio bastará indagar se a sentença arbitral apresentada

a uma jurisdição para ser homologada e cumprida tem sua sede enraizada no território dessa soberania. Nem mesmo se requisita que o território dessa jurisdição estrangeira seja parte da convenção nova iorquina.

Por outro lado, observa-se que a Convenção de Nova Iorque não traz uma definição de sentença arbitral internacional ou transnacional que, consoante já explicado, não se confunde com a de laudo estrangeiro. Nos termos do texto convencional, não terá qualquer significado jurídico a transnacionalidade – conexão com mais de uma soberania – que poderia vir a ostentar a relação arbitral. Ao tempo da feitura do acordo multilateral, foi cogitada a inserção de dispositivo em que se discriminasse a sentença arbitral internacional²⁷⁴. No entanto, não prevaleceu a ideia, considerando que a sua adoção poderia levar à deslocalização da arbitragem, concepção que não contava com ampla aceitação. Preocupava a possibilidade de ter uma sentença proferida no território de um Estado sobre a qual esse Estado não pudesse exercer qualquer controle.

Entretanto, consentiu-se com um acréscimo naquele mesmo art. I(1) para, numa segunda parte, adicionar que o acordo também alcançaria as sentenças arbitrais que não fossem consideradas domésticas no Estado em que se pretenda o *exequatur*. Essa disposição serviu para, em substituição de um conceito de sentença arbitral internacional, colmatar lacuna que poderia surgir no sistema convencional se o âmbito de aplicação ficasse limitado ao atributo territorial. Assim, mesmo para o Estado que internamente espouse o conceito de arbitragem transnacional e a diferencie do laudo doméstico, à sentença arbitral proferida nesse Estado que não seja considerada nacional em razão de sua transnacionalidade identificada pela legislação local poderá ser aplicada a Convenção de Nova Iorque. E, com a incidência das regras convencionais que, de regra, mostram-se mais liberais do que as leis nacionais, a referida sentença arbitral poderá ter seus efeitos confirmados e cumpridos nessa jurisdição. Não é uma situação tão rara como se poderia pensar. Imagine-se a situação de uma arbitragem realizada num Estado com a aplicação de lei procedimental de outro Estado. Para o Estado da sede, o fato de ter sido observada lei procedimento de outra soberania retiraria o caráter doméstico da arbitragem²⁷⁵. Com isto, para que o laudo produzido nessa situação possa ter eficácia na órbita interna, poderá ser aplicada a Convenção de Nova Iorque para que seja reconhecida e cumprida a sentença arbitral. Da mesma forma, tem-se entendido

²⁷⁴ BRAGUETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, p. 43.

²⁷⁵ Relata-se na doutrina caso que foi decidido pela Suprema Corte da Índia que compreendeu que uma arbitragem, mesmo que realizada em outro país, pode ser considerada nacional se governada pela lei processual indiana (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). Op. cit., p. 126).

que as sentenças arbitrais “anacionais”, que seriam os laudos tidos como não domésticos por não serem regidas por qualquer legislação nacional em razão de escolha das partes que optaram por fontes transnacionais, são apanhadas pela Convenção de Nova Iorque²⁷⁶.

Há que se concordar que a segunda parte do art. I(1) da Convenção de Nova Iorque dilata largamente o seu campo de incidência para permitir a sua aplicação até para as contestadas arbitragens deslocalizadas.

5.1.1.3.2 Fundamentos para a recusa de reconhecimento e cumprimento

No art. V(1) da Convenção de Nova Iorque, são listadas cinco situações em que se pode negar o reconhecimento e execução da sentença arbitral. São elas: a) incapacidade das partes (alínea “a”); b) invalidade da convenção de arbitragem (alínea “a”); c) violação ao devido processo por não ter sido notificada a parte da designação do árbitro ou do processo, bem como por ter sido cerceada a sua defesa (alínea “b”); d) desrespeito aos termos da convenção da arbitragem por ter sido decidida matéria que não se enquadra ou transcenda o alcance da cláusula de admissão (alínea “c”); e) irregularidade na composição do tribunal arbitral ou na observância das regras procedimentais (alínea “d”); f) provisoriedade da sentença arbitral (alínea “e”); g) suspensão ou anulação da sentença arbitral (alínea “e”).

As referidas causas são complementadas no parágrafo seguinte por mais dois fundamentos para a recusa da homologação: a) inarbitrabilidade objetiva; b) violação à ordem pública.

Não é propósito deste estudo analisar minudentemente cada um desses fundamentos de recusa, mas identificá-las apenas.

É preciso sublinhar que a Convenção de Nova Iorque enumerou, de forma taxativa, as causas de negativa de *exequatur*. Desta forma, os Estados partes não podem inovar e criar outros fundamentos que não mantenham coerência ou correspondência com aqueles do acordo multilateral. Nesse sentido, não se encaixando a sentença arbitral em uma dessas situações catalogadas no art. V, o Estado parte deverá obrigatoriamente conceder o *exequatur*. Na verdade, se recordado o preceito do direito mais favorável à arbitragem do

²⁷⁶ SECRETARIADO DA COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. **UNCITRAL Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)**. 2014. Disponível em: <<http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=11&provision=281>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

art. VII(1), podem os Estados internamente encurtarem o rol de causas de rejeição do laudo arbitral, deixando de prever uma daquelas situações destacadas. Com isto, a legislação do Estado de recepção prevalecerá sobre o texto convencional.

A circunstância de terem sido individualizados em *numerus clausus* os fundamentos para a negativa do reconhecimento e cumprimento das sentenças arbitrais estrangeiras desvela o ideal de coordenação que imbuíu a construção da Convenção de Nova Iorque. Para promover a mobilidade das sentenças arbitrais entre diversas soberanias, intentou-se discriminar as causas que poderiam legitimamente autorizar os Estados a rejeitar a recepção, em sua jurisdição, de laudo arbitral estrangeiro. Fora das hipóteses, o ente soberano não poderia invocar fundamento distinto daqueles consensualmente aceitos para tentar aplicar à arbitragem estrangeira uma visão local.

Por outro lado, resguardou-se no art. III que cada país pode autonomamente estabelecer o rito do procedimento para o reconhecimento e cumprimento, não se podendo, porém, conferir aos laudos alienígenas tratamento mais oneroso do que aquele imposto aos laudos domésticos.

Uma das mais inovadoras mudanças foi a inversão do ônus de prova para que seja acolhido o laudo estrangeiro. A rejeição poderá ser motivada a pedido da parte contra quem a sentença alienígena é invocada. Logo, a essa parte caberá suscitar a discussão e comprovar os seus argumentos para que seja indeferido o reconhecimento. Aquele que requer o *exequatur* deverá atender requisitos outros, como, por exemplo, a apresentação do original da sentença arbitral e da convenção de arbitral ou cópias dos mesmos devidamente certificadas, para que logre êxito na sua pretensão. Não é ônus desse último evidenciar que o laudo não incide naquelas hipóteses de recusa, como se lhe fosse impostergável fazer prova negativa. Nessa senda, não seria incorreto afirmar que a Convenção de Nova Iorque firmou uma presunção relativa de validade do laudo arbitral estrangeiro que pode ser rechaçada pela comprovação de um dos fundamentos de recusa.

Aliás, ao transferir o ônus da recusa para a parte contra quem é solicitado o cumprimento do laudo, a Convenção de Nova Iorque traçou uma linha distintiva entre aqueles dois blocos de fundamentos de rejeição contemplados nos parágrafos 1 e 2 do art. V. O indeferimento do reconhecimento por uma daquelas cinco causas do parágrafo 1 dependerá da provocação e comprovação da parte em face de quem é pedida a execução. Por outro lado, os dois fundamentos declinados no parágrafo 2 podem ser conhecidos de ofício pelas cortes nacionais perante as quais tenha sido requerido o cumprimento. Não causa

perplexidade essa distinção, pois os fundamentos de rejeição previstos no item 2 – inabitabilidade objetiva segundo a lei do Estado de execução e violação da ordem pública – se relacionam proximamente com a jurisdição de recepção do laudo, sendo compreensível que se estabeleça um controle mais profundo pelo Estado de execução.

Uma outra questão diz respeito se seriam obrigatórias as causas de rejeição, de forma que, uma vez evidenciadas, o Estado receptor deveria forçosamente indeferir o *exequatur*. Em outras palavras, indaga-se se os fundamentos de recusa seriam vinculantes ou se haveria um espaço para discricionariamente avaliar se deveria ou não ser negada eficácia ao laudo. O debate surgiu a partir da constatação de sutil diferença entre as versões do texto convencional em inglês e em francês²⁷⁷. Na redação oficial em inglês do art. V, é dito que o reconhecimento e cumprimento do laudo “*may be refused*” que pode ser traduzido no sentido de que “pode ser recusado”. Por outro lado, a mesma provisão, na versão francesa, é redigida no sentido de que o reconhecimento e cumprimento da sentença “*ne seront refusées*” que pode ser traduzido no sentido de que a recepção e execução somente serão recusados naquelas situações retratadas nas alíneas²⁷⁸. Enquanto que a redação inglesa passa uma impressão de facultatividade (pode ser), o texto no francês dá um sentido de obrigatoriedade. Não se poderia ventilar que cada versão possuiria sentido distinto, como se o sentido de cada uma delas fosse aplicável aos países que tivessem como língua oficial o idioma de cada versão. Tal tese destoa do art. 33(3) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁷⁹ que preconiza que deve ser presumido que os tratados têm o mesmo sentido nos seus diversos textos autenticados.

Em que pese a aparente dubiedade das redações oficiais do documento, não se pode olvidar da regra de aplicação do direito mais favorável prevista no art. VII(1) da Convenção de Nova Iorque. Mesmo que se diga o Estado receptor terá que denegar o *exequatur* na hipótese de comprovada uma das causas de rejeição, esse mesmo país pode disciplinar internamente o reconhecimento e cumprimento dos laudos arbitrais e deixar de contemplar como motivo de indeferimento uma daquelas situações do acordo multilateral. E, assim

²⁷⁷ Os textos oficiais das duas versões podem ser encontradas no sítio New York Arbitration Convention que é mantido por Albert Jan van den Berg (NEW YORK ARBITRATION CONVENTION. **Texts**. Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org/Texts>>. Acesso em: 27 dez. 2015).

²⁷⁸ A LA, em seu art. 38, utiliza-se de redação mais próxima da versão francesa (Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que).

²⁷⁹ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi promulgada pelo Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

ocorrendo, deverá ser aplicada a legislação nacional mais favorável. Não se pode concordar é com a opinião de que, como defende Juliana Micaela Barros Barcelos Fernandes, o Estado de execução pode exercer juízo discricionário de homologar ou não a sentença arbitral²⁸⁰, quando concretamente demonstrado uma causa de recusa prevista na Convenção de Nova Iorque e não afastada pela ordem jurídica nacional. O Judiciário local não pode desconsiderar regramento previsto em acordo multilateral a que voluntariamente aceitou o Estado. É nesse sentido que as causas de rejeição da Convenção de Nova Iorque se mostram imperativas. Diga-se melhor, obrigatórias, mas subjugadas a direito mais favorável à homologação da sentença arbitral.

Entre as hipóteses de recusa trazidas pela Convenção de Nova Iorque, sobressalta-se a anulação da sentença arbitral pela autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, ela foi proferida (art. V(1)(e)). De logo, extrai-se que o texto convencional contempla o controle primário do laudo arbitral não só pela sede da arbitragem, mas pelo Estado, cuja lei foi aplicada para solução da diferença. É perceptível a inspiração nacionalista que moveu os Estados no momento da conclusão do acordo multilateral, ampliando o controle para a sede e para o país, cuja legislação foi aplicada na arbitragem.

Em face da mesma provisão, seria incorreto pensar que a Convenção de Nova Iorque se harmoniza com a concepção deslocalizadora da arbitragem, sobre a qual já se discorreu. Ao revés, a representação territorial da arbitragem modelou o texto convencional, mesmo que tenha concedido espaço no art. I(1), segunda parte, para que se estenda o regime do acordo às sentenças não consideradas domésticas pelo Estado perante o qual se pretende a recepção e execução. A regra de extensão mencionada serviu muito mais para ampliar a incidência das regras internacionais e ancorar as sentenças arbitrais a alguma jurisdição (a da sede ou da lei aplicável), evitando que permanecessem fora de sua proteção laudos “anacionais”.

5.1.2 Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial do Panamá de 1975

Por vezes, é negligenciado o estudo de instrumentos normativos interamericanos, preferindo-se a análise de acordos de carácter universal ou de diplomas de especializações mais integradas, como no plano mercosulino.

²⁸⁰ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 184.

No entanto, mesmo antes de aderir à Convenção de Nova Iorque, o Estado brasileiro já havia subscrito acordo interamericano sobre o assunto. Não se pode desprezar o regramento convencional oferecido por esse diploma regional.

Foi aprovada sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos a Convenção do Panamá em janeiro de 1975 como uma resposta à edição da Convenção de Nova Iorque de 1958, oferecendo aos Estados americanos um estatuto que fosse mais próximo das particularidades e tradições americanas.

Inegavelmente se observa que o acordo em estudo se abeberou da Convenção de Nova Iorque, tendo replicado regras que já tinham sido consagradas. Seria mais fácil alcançar o consenso dos Estados americanos em documento regional do que levá-los a aceder a acordo multilateral com pretensões globais, pois se teria a impressão de que um estatuto regional acomodaria as diferenças locais.

O Brasil ratificou a Convenção de Panamá 20 (vinte) anos depois da entrada em vigor. Ao mesmo tempo em que se editou a LA em 1996, foi promulgado o texto convencional pelo Decreto n.º 1.902, de 09 de maio daquele ano.

5.1.2.1 Âmbito de aplicação

O nome dado ao acordo pode aparentar que somente Estados americanos poderiam aderir ao texto convencional. No entanto, o art. 9º oportuniza a entrada de países de fora do quadrante americano, prevendo a adesão de qualquer nação.

Não obstante, a Convenção Interamericana do Panamá de 1975 foi ratificada por 19 (dezenove) Estados²⁸¹ dentre os quais não há qualquer país alheio ao eixo americano²⁸². Contrariamente ao fixado na Convenção de Nova Iorque, não se contemplou a possibilidade de estipular cláusula de reciprocidade pela qual a aplicação das regras internacionais somente se daria em favor de sentenças arbitrais proferidas em Estado que também fosse parte do acordo. No entanto, João Bosco Lee enxerga uma reciprocidade “implícita” no texto convencional na medida em que seria aplicada pelos tribunais dos Estados contratantes

²⁸¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informacion General del Tratado B-35**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>>. Acesso em: 04 jan. 2016

²⁸² São Estados partes: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

apenas em situações em que envolvessem países latinoamericanos²⁸³. No Brasil, não se pode aferir a adoção de tal reciprocidade implícita, pois não se conhecem precedentes das cortes superiores nesse sentido.

Sob o aspecto da matéria, o campo de aplicação da Convenção do Panamá de 1975 é mais restrito do que o da Convenção de Nova Iorque. Primeiro, o acordo se dedica a tratar da arbitragem internacional. Em segundo lugar, o seu art. 1 delimita que a arbitragem que é amparada pelo diploma é aquela cuja divergência se relacione com negócio jurídico de natureza mercantil. Assim, dois são os parâmetros para a aplicação material das normas convencionais: a internacionalidade e a comercialidade.

Em contraste, a Convenção de Nova Iorque não faz semelhante recorte sobre o caráter comercial da controvérsia a ser dirimida pelo mecanismo. Na verdade, o art. I(3) faculta aos Estados partes a declararem que aplicarão o acordo somente em disputas que tenham por objeto relacionamentos jurídicos que sejam considerados comerciais pelas suas leis nacionais.

Outrossim, a Convenção Interamericana não traçou um conceito de sentença arbitral estrangeira para estabelecer que a essa modalidade se dirigem suas diretivas, assim como o fez a Convenção de Nova Iorque que, consoante visto alhures, chegou até mesmo a contemplar a sua aplicação às sentenças arbitrais proferidas num Estado, mas consideradas estrangeiras por esse mesmo Estado.

5.1.2.2 Características

Seguindo tendência inaugurada pela Convenção de Nova Iorque, a Convenção Interamericana incorporou a dispensa da dupla homologação para que fosse concedido o *exequatur*. Essa provisão pode parecer inexpressiva nos dias de hoje, mas, nos idos de 70, representava um avanço frente aos regimes latinoamericanos de enquadramento das arbitragens.

Ao tratar dos fundamentos de recusa ao reconhecimento e cumprimento dos laudos arbitrais, adotou-se regramento semelhante ao da Convenção de Nova Iorque, evidenciando a harmoniosa sintonia entre os diplomas nesse assunto. Inclusive, dividiu-se em dois blocos

²⁸³ LEE, João Bosco. A aplicabilidade da Convenção do Panamá sobre arbitragem comercial internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional. **Derecho del Comercio Internacional (DeCITA)**: Arbitrage, Buenos Aires, v. 1, n. 2, p. 190-216, 2004, p. 204.

os motivos de rejeição, estipulando que, em um deles (art. 5(1)), os fundamentos devem ser deduzidos e comprovados pela parte em face de quem é apresentada a sentença arbitral, ao passo que, num segundo (art. 5(2)), a autoridade competente do país receptor poderia conhecer de ofício de uma dessas causas para denegar o *exequatur*, como, por exemplo, a contrariedade à ordem pública.

No entanto, a Convenção Interamericana não trouxe disposição que assegurasse o efeito negativo da convenção de arbitragem no sentido de impedir que o judiciário conhecesse de causa sobre qual havia sido acordada a instituição da arbitragem.

Também não se precisaram conceitos próprios de sentença arbitral estrangeira e sentença arbitral internacional, nem muito menos se definiram enquadramentos distintos a essas modalidades de laudos arbitrais.

Em outros pontos, a Convenção Interamericana progrediu se confrontada com a Convenção de Nova Iorque. De forma inovadora, a Convenção do Panamá de 1975 regulamentou a forma de nomeação dos árbitros (art. 2º) e, ainda, implementou norma de integração pela qual se fixa que, na omissão das partes quanto à regulamentação do procedimento arbitral, serão aplicadas as normas da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. Essa última provisão chama a atenção, pois, de forma original, um tratado expressamente confere força normativa a um documento de natureza privada redigido por uma instituição de arbitragem²⁸⁴ para o qual os Estados que terão que observá-lo não contribuíram, nem manifestaram expresso consentimento para a sua aplicação, podendo servir de exemplo de uma norma do chamado direito transnacional.

5.1.2.3 Compatibilidade com sistemas concorrentes

A Convenção Interamericana não conta com cláusula de compatibilização ou com dispositivo que estatua o princípio da aplicação do direito mais favorável.

Não obstante, há que se acentuar que todos os tratados internacionais sobre a arbitragem internacional são movidos por um mesmo *leitmotiv*. Facilitar a circulação dos laudos arbitrais em todas as partes do globo e articular divergências entre sistemas nacionais são os objetivos desses tratados. Logo, entende-se razoável que o direito mais favorável deve excepcionar critérios tradicionais como da *lex posterior* e da *lex specialis* no confronto dos

²⁸⁴ LEE, João Bosco. A aplicabilidade da Convenção do Panamá sobre arbitragem comercial internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional, p. 210.

tratados internacionais, com especial consideração à Convenção de Nova Iorque em razão de seu maior relevo político no cenário internacional sobre a arbitragem.

5.1.3 Protocolo sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 1992

No contexto sulamericano, especialmente no âmbito do Mercosul, foram editados vários tratados com repercussão no tema da arbitragem transnacional, tendo sido o primeiro deles o Protocolo de Las Leñas de 1992.

Em 1994, foi elaborado o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual que foi promulgado pelo Brasil através do Decreto n.º 2.095, de 17 de dezembro de 1996. O referido acordo regulamentou o exercício, pelos Estados partes, da jurisdição sobre contratos internacionais celebrados por particulares. Após assentar a competência das cortes nacionais, o Protocolo de Buenos Aires de 1994, em seu art. 4(2), esclareceu que as controvérsias surgidas dos contratos internacionais poderiam ser solucionadas por tribunais arbitrais, reconhecendo a eficácia jurídica da convenção arbitral.

Ao mesmo tempo que foi concluído o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Acordo de Buenos Aires de 1998), também foi concluído idêntico texto que foi batizado como Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Os instrumentos possuem idênticas normas, com a única singularidade de terem integrado o segundo a Bolívia e o Chile, ampliando a normatividade para esses dois países. Àquele tempo, a Bolívia²⁸⁵ não fazia parte do Mercosul, ao passo que o Chile, até o momento, não integra o referido sistema, embora os mesmos, na condição de Estados associados, mantivessem relações com o Mercosul através de acordos de complementação econômica e de participações em reuniões institucionais. Daí a razão desse específico diploma. O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile foi aprovado pelo Congresso Nacional do Brasil através do Decreto Legislativo n.º 483, de 2001, em que pese, até o presente momento, não tenha sido expedido pela Presidência da República o decreto de promulgação, mesmo já tendo depositado o instrumento de ratificação do tratado.

²⁸⁵ A República da Bolívia tomou lugar no Mercosul em 2015 através de protocolo de adesão que substituiu anterior que havia sido assinado em 2012, mas não havia sido subscrito pelo Paraguai que, naquele ano, estava suspenso. Para completar a adesão, devem os Poderes Legislativos dos Estados membros ratificarem referido protocolo.

Em 2002, foi celebrado o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile com texto muito próximo do Protocolo de Las Leñas. Não é incorreto afirmar que, assim como verificado com o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, buscou-se com esse novo tratado estender as regras do Protocolo de Las Leñas a esses dois países sulamericanos. Ademais, aproveitou-se o ensejo para aperfeiçoar o texto do Protocolo de Las Leñas em alguns trechos sem que o revogasse expressamente. O diploma reportado foi promulgado pelo Brasil através do Decreto n.º 6.891, de 02 de julho de 2009. Inclusive, o art. 33 preceitua que as regras do tratado não restringem disposições de outras convenções, como a do Protocolo de Las Leñas.

De todos esses acordos catalogados se abordará o Protocolo de Las Leñas em razão de seu papel original de fomentar a cooperação e assistência jurisdicional com abrangência sobre os laudos proferidos no sistema Mercosul, igualmente analisando as alterações trazidas pelo Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. As próprias limitações do estudo impedem que sejam debatidos todos os instrumentos mencionados.

5.1.3.1 Âmbito de aplicação

O Protocolo de Las Leñas não foi pensado apenas para a arbitragem. Na verdade, o objeto desse tratado foi intensificar a cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os países do bloco, fortalecendo o processo de integração. Ao tratar da cooperação jurisdicional internacional, expandiu-se a aplicação das regras para os laudos arbitrais como uma forma de conjugar os sistemas nacionais no sentido de garantir que os laudos arbitrais produzidos dentro do contexto mercosulino pudessem ter eficácia nos territórios dos Estados membros.

Sob o aspecto material, não se limitou ao caráter comercial dos litígios, pois aplicável também às soluções arbitrais dadas em matéria civil, trabalhista e administrativa, embora não se possa dizer que tudo que diga respeito a essas matérias pode ser enfrentado pela arbitragem diante das restrições da arbitralidade objetiva nas legislações internas.

A equiparação das sentenças judiciais aos laudos arbitrais no texto convencional não foi bem resolvida. Isso fica evidente no art. 22 do Protocolo de Las Leñas que contemplou a possibilidade da litispendência internacional entre um laudo arbitral a ser reconhecido e uma decisão proferida no Estado de execução. Em sendo definitiva essa decisão, fica impedida a homologação da sentença arbitral. Porém, na 2ª parte do mesmo dispositivo, a eficácia impeditiva da litispendência avança para obstar também o reconhecimento de laudo arbitral, mesmo que ainda não exista decisão anterior ou simultânea incompatível com ele, pois bastaria o início de procedimento entre as mesmas partes sobre os mesmos fatos e objeto, o que seria suficiente para tornar impossível a homologação desse laudo²⁸⁶. Seria como se a propositura do procedimento perante o Estado requerido pudesse gerar um efeito internacional que poderia fulminar o laudo arbitral eventualmente já elaborado sobre o mesmo caso²⁸⁷. Não se fez qualquer diferenciação quanto à circunstância de o laudo arbitral ser anterior ou posterior à decisão interna. Não se mostra adequado esse regramento, pois, com isto, uma das partes, já sabendo do resultado que lhe fosse prejudicial numa arbitragem, poderia vir a instaurar processo apenas para obstar os efeitos imediatos do laudo arbitral. Na verdade, a provisão seria desacertada tanto para o laudo arbitral como para a sentença judicial que se pretendesse reconhecer e cumprir.

Contrariamente, o Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 24, parágrafo único²⁸⁸, positiva que a tramitação de processo perante o Judiciário brasileiro não veda que se homologue sentença judicial estrangeira sobre a mesma causa pendente. Daí se identificar aparente conflito entre as normativas regional e interna.

Todavia, posteriormente ao Protocolo de Las Leñas, foi elaborado o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile de 2009 que, como já dito, replicou as normas daquele primeiro diploma com algumas modificações. Dentre essas alterações, encontra-se o debatido art. 22 que, em sua

²⁸⁶ Art. 22. Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicial ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado Parte requerido.

Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.

²⁸⁷ KALICHSZTEIN, Juliana. **Homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 277.

²⁸⁸ Correspondente ao art. 90 do anterior Código de Processo Civil.

segunda parte, foi complementado para destacar que somente não se poderia reconhecer ou proceder à execução de sentença ou laudo, quando, perante o país receptor, iniciado processo “anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que tiver pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento”²⁸⁹. Adicionou-se condição temporal para que se sustasse o reconhecimento da sentença ou laudo, qual seja, a circunstância de ter o processo da jurisdição de execução sido proposto antes da prolação do ato a ser reconhecido. Com esta alteração que deve prevalecer sobre a anterior disposição do Protocolo de Las Leñas, a norma regional sobre a litispendência internacional não mais parece rivalizar com a ordem jurídica brasileira. Ademais, há que se ressaltar que a malfadada regra do Protocolo de Las Leñas tinha aplicação regional que não poderia ser estendida a todo e qualquer procedimento de homologação de sentença ou laudo externo.

5.1.3.2 Características

O corpo normativo do Protocolo de Las Leñas muito se aproxima da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Estrangeiros, passando a incorporar ao bloco mercosulino regras que já vigoravam no plano interamericano.

No capítulo dedicado ao reconhecimento e cumprimento das sentenças judiciais (arts. 18 e seguintes), estabeleceu-se uma disciplina única para as sentenças judiciais e arbitrais.

A mais destacada inovação do Protocolo de Las Leñas foi a utilização de carta rogatória para o reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais (art. 19). A mesma provisão foi mantida no Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile de 2009.

A via da carta rogatória simplificou no Brasil o trâmite da execução das sentenças judiciais e dos laudos arbitrais do sistema mercosulino. No caso do processo judicial, ao

²⁸⁹ Art. 22. Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo jurisdicional ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido nesse processo no Estado requerido.

Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional do Estado requerido, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que tiver pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.

invés de a parte interessada ter que vir ao Estado de execução apresentar petição para instaurar procedimento de homologação, a autoridade jurisdicional poderá remeter carta rogatória ao Estado da execução. Por outro lado, em se tratado de sentença arbitral estrangeira, a parte interessada poderá, dispensando a abertura de processo de homologação por iniciativa sua, solicitar a intermediação da Autoridade Central de sua sede, que, segundo o acordo multilateral, facilitará a cooperação jurisdicional entre os Estados partes, poderá remeter o laudo à Autoridade Central do país receptor a qual se incumbirá de diligenciar para levar, por intermédio de carta rogatória, o ato à autoridade competente para conceder o *exequatur*²⁹⁰. A novidade da provisão não está tanto na substituição do processo de homologação pela expedição de carta rogatória, mas notadamente na participação de agentes estatais que podem prestar assistência para, em benefício daqueles envolvidos na sentença ou laudo externo, fomentar a cooperação jurisdicional entre os Estados.

A utilização da carta rogatória para a concessão do *exequatur* poderia aparentar que se passaria a dispensar o juízo de verificação da sentença judicial ou arbitral, como se à autoridade jurisdicional competente competisse apenas ratificar o ato a ser executado sem maiores possibilidades de escrutiná-lo, como, por exemplo, a sua conformação com a ordem pública. Não é dessa forma que o Estado brasileiro tem interpretado a norma convencional. O Pacto de Las Leñas não teria conferida verdadeira eficácia extraterritorial às sentenças judiciais e arbitrais proferidas nos territórios dos Estados partes, como se elas pudessem trafegar entre uma soberania e outra sem que fossem investigados os requisitos próprios dos atos estrangeiros para a concessão do *exequatur* pela autoridade competente.

É verdade que tradicionalmente a carta rogatória foi consolidada pelo costume internacional como instrumento de cooperação jurídica internacional para executar atos jurídicos numa jurisdição diversa daquela onde emergiram aqueles atos, como a a simples comunicação de atos processuais ou a coleta de provas. O Protocolo de Las Leñas reiterou esse caráter fortemente administrativo da carta rogatória no art. 5º. Todavia, como visto, ampliou a sua funcionalidade para permitir que fosse utilizada com o objetivo de reconhecer e cumprir sentenças judiciais e arbitrais, substituindo o procedimento autônomo e formal de homologação de sentença estrangeira. Mas, isso não quer dizer que seja dispensável o juízo de delibação que é próprio do procedimento de homologação. Foi o que, antes da Emenda

²⁹⁰ KALICHSZTEIN, Juliana. Op. cit., p. 271.

Constitucional n.º 45/2004²⁹¹, decidiu o Supremo Tribunal Federal ao processar carta rogatória expedida por juízo argentino para a efetivação de arresto de valores em dinheiro. De início, o então Min. Sepúlveda Pertence indeferiu a carta rogatória sob o fundamento de que ela teria caráter executório²⁹², tendo sido, então, interposto agravo regimental pelo qual se argumentou que o Protocolo de Las Leñas que entrou em vigor para o Brasil um dia antes da decisão argentina possibilitava o reconhecimento de sentença estrangeira pela via rogatória. Ao julgar o citado recurso (CR 7613 AgR), o Tribunal Pleno reconheceu que o Protocolo de Las Leñas havia facilitado o reconhecimento e cumprimento de sentenças estrangeiras no Mercosul, inclusive excepcionando a consolidada jurisprudência da corte de que a carta rogatória não poderia ostentar caráter executório, mas que a inovação “[...] não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira - à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar - para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal [...]”²⁹³.

Podem ser identificadas duas consequências práticas para a processualística nacional das cartas rogatórias com a incidência do Protocolo de Las Leñas nos termos interpretados pelo Supremo Tribunal Federal: a) a simplificação do reconhecimento e cumprimento das sentenças judiciais e arbitrais no âmbito do Mercosul (incluindo o Chile e a Bolívia com o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 2009), pois substituiu o procedimento autônomo pelo rito mais expedito da carta rogatória, cujo contraditório se realizada de forma diferida, já que a ordem da rogatória pode ser concedida antes mesmo da oitiva da parte contrária que, porém, pode se insurgir através de recurso contra a decisão da comissão; b) mesmo que possível o reconhecimento da decisão estrangeira pela carta rogatória, não se pode apresentar diretamente a comissão perante o juiz de 1º grau para que se obtenha de logo a execução,

²⁹¹ A Emenda Constitucional n.º 45/2004 transferiu a competência para homologação de decisões estrangeiras e concessão de *exequatur* em cartas rogatórias do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça.

²⁹² O Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, cristalizou o entendimento de que não poderia ser processada carta rogatória com caráter executório, isto é, carta rogatória pela qual se solicitava comissão para cumprimento de diligência ou ato fixado em decisão estrangeira. Nessas situações, deveria ter apresentada a própria decisão estrangeira para homologação através do procedimento próprio. A jurisprudência da Corte Constitucional a esse respeito foi modificada pelo Superior Tribunal de Justiça após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, passando a constar nos atos regulamentares do rito das cartas rogatórias a permissibilidade de seu acolhimento quando o seu objeto tenha ou não ato decisório (art. 216-O do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, acrescentado pela Emenda Regimental n.º 18, de 17 de dezembro de 2014).

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória n.º 7613. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 03 de abr. de 1997. Diário da Justiça de 09 de maio de 1997, pp. 18154, EMENT vol. 01868-02, pp. 223.

pois, de qualquer forma, será indispensável juízo de deliberação que deve ser exercido pelo órgão jurisdicional competente à semelhança da homologação de decisão alienígena²⁹⁴.

Reanalizando a solução convencional da via rogatória à vista das atuais diretivas procedimentais brasileiras, depreende-se que a primeira daquelas repercussões – agilidade com o contraditório diferido – perdeu força. É que o art. 216-Q do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (acrescentado pela Emenda Regimental n.º 18, de 17 de dezembro de 2014) positivou que deverá ser a parte adversa intimada para, querendo, apresentar impugnação no rito da carta rogatória. Frise-se que essa disposição regulamentar não colide com o Protocolo de Las Leñas, já que esse diploma regional estabelece que as regras procedimentais, inclusive acerca da competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, são aquelas legisladas pelo Estado requerido.

De qualquer forma, ainda assim se observa que a utilização da carta rogatória representa uma simplificação do procedimento autônomo e formal de homologação de sentença estrangeira. Veja-se que a carta rogatória é decidida monocraticamente pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça que poderá distribuir os autos se eventualmente for oferecida impugnação, ao passo que o processo de homologação é formado e distribuído para que seja relatado a um dos membros da Corte Especial que julgará a solicitação. Além disso, a execução da carta rogatória será feita pelo próprio Presidente ou nos próprios autos que são remetidos ao juízo de 1º grau que a devolverá após a satisfação da medida, enquanto que eventual execução da sentença estrangeira homologada será concretizada através de carta de sentença.

5.1.3.3 Compatibilidade com sistemas concorrentes

Redigiu-se no art. 35 do Protocolo de Las Leñas uma “cláusula de compatibilidade” pela qual se dispôs que o acordo não restringiria as disposições de outras convenções anteriormente celebradas sobre a matéria, desde que não o contradissem. Essa parte final – “desde que não o contradigam” – descaracteriza a ideia de uma acomodação com diplomas já vigentes, já que, na verdade, impõe uma primazia do acordo sobre os anteriores.

²⁹⁴ Os pressupostos para a homologação de sentença estrangeira fixados no art. 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça são muito próximos das causas de rejeição da homologação pela via rogatória previstas no art. 20 do Protocolo de Las Leñas, o que ilustra que o juízo de deliberação da carta rogatória expedida com fundamento nesse acordo regional não se diferencia substancialmente da cognição da homologação de sentença estrangeira.

De forma diferente veio a disciplinar o art. 33 do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa de 2009 ao ditar que suas disposições não restringiriam outras de acordos anteriores sobre a mesma matéria, desde que mais benéficas para a cooperação. Enxerga-se nessa provisão a adoção do princípio do direito mais favorável à homologação.

Com isto, resolve-se aquele aparente conflito sobre a litispendência internacional do art. 22 do Protocolo de Las Leñas, do art. 22 do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional de 2009 e do art. 24 do Código de Processo Civil, fazendo prevalecer a norma do documento de 2009 que, aliás, é mais recente se confrontada com o Protocolo das Las Leñas.

Não é ocioso recordar que o art. 59(1)(b) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estipula que um tratado pode ser extinto se “as disposições do tratado posterior forem de tal modo incompatíveis com as do anterior”. É a hipótese de revogação tácita, situação que se detecta em algumas partes na confrontação entre o Protocolo de Las Leñas e o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional de 2009.

5.2 A LEI Nº. 9.307/1996

Não foi a Lei nº. 9.307/1996 o primeiro diploma a regular a arbitragem no Brasil. Muito antes, há referências legais à arbitragem, como, por exemplo, nos precedentes Código Comercial de 1850, Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973. Porém, o grande diferencial da Lei nº. 9.307/1996 foi promover duas significativas mudanças no regime legal da arbitragem: a) a dispensa da homologação judicial para que possa ser executada, tendo sido equiparada a sentença arbitral à sentença judicial; b) o reconhecimento dos efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem de maneira a impedir o Judiciário de apreciar litígio para o qual tenha sido convencionada a arbitragem, bem como no sentido de obrigar as partes a cumprirem com o compromisso arbitral com a possibilidade da instalação da instância arbitral com o apoio do juiz estatal. Indubitavelmente que essas “novidades” contribuíram para potencializar a eficácia desse mecanismo alternativo de solução de diferenças.

Antes de explorar o regime legal estabelecido, convém abordar o contexto em que promulgada a LA para situar a sua regulamentação no tempo e no ambiente socioeconômico.

5.2.1 Contextualizando o projeto de regulação da arbitragem

O projeto de lei que redundou na promulgação da LA foi impulsionado por um movimento composto por juristas que, com o apoio de entidades associativas, formataram o texto da proposta legislativa que foi levado ao Congresso Nacional. O referido movimento foi intitulado de “Operação Arbiter” que foi coordenado por Petrônio Muniz com início em Pernambuco, onde contou com o suporte do Instituto Liberal de Pernambuco e da Associação Comercial de Pernambuco²⁹⁵. No legislativo, a relatoria do projeto de lei foi entregue ao então senador Marco Maciel em 1992, tendo sido finalmente aprovado o texto em 1996.

Na década de 90, discutia-se sobre a crise do Estado brasileiro, tendo surgido medidas governamentais que são compreendidas como alinhadas a uma concepção neoliberal da ordem político-econômica, como a redução das alíquotas de importação durante da presidência de Collor de Mello e o programa de privatização da presidência de Fernando Henrique Cardoso.

Não é equivocado pensar que a Operação Arbiter se conforma a esse ideário neoliberal, articulando o discurso da deficiência do Judiciário em desenvolver a atividade jurisdicional de forma célere. Surgia, então, a arbitragem como uma promessa de solução a essa disfunção judiciária para que se temperasse o monopólio estatal da jurisdição e se facultasse às pessoas privadas o recurso a um modo de resolução de disputa fora do aparato estatal como garantia do acesso à justiça.

Ao lado, não se pode olvidar do fenômeno da globalização como fator socioeconômico da regulação da arbitragem na década de 90²⁹⁶, entendida aquela para fins desse estudo como a intensa expansão das trocas de bens e serviços entre pessoas para além das fronteiras nacionais. A arbitragem sempre é lembrada como a ferramenta a que podem recorrer os agentes econômicos para levar suas disputas a uma arena neutra que não esteja presa a uma jurisdição nacional. Naquele contexto, cada vez mais empresas sediadas em longínquos cantos do globo passaram a manter relações econômicas. Isso sem falar em empresas que desenvolviam e continuam a desenvolver suas operações em mais de um território nacional, sendo difícil firmar uma territorialidade ou nacionalidade específica para

²⁹⁵ MACHADO, Rafael Bicca. A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova sociologia econômica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 49.

elas. Veio, então, a proposta legislativa para implantar no Brasil um modelo de solução de controvérsias que já grassava no exterior, visando integrar o país às visões do direito comercial internacional.

Com efeito, o instituto da arbitragem é próprio do direito internacional, tendo sido transplantado para o direito brasileiro com a intermediação de fatores locais sem os quais não seria possível a mediação do global para o local²⁹⁷. Não foi pensado e articulado localmente para atender uma demanda ou um problema interno, embora já existissem antes da Lei n.º 9.307/1996 regras legais que se referissem à arbitragem. As normas jurídicas anteriores tornavam ineficaz a arbitragem que não tinham uma prática arraigada no território brasileiro. Daí a necessidade de um novo marco normativo. A percepção de que a ferramenta no exterior já havia se consolidado, notadamente no meio comercial, levou a movimentação de agentes econômicos e políticos nacionais para conformar a arbitragem nos padrões internacionais, como regulamentado na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL.

Também se deve sopesar que um dos discursos de justificação da arbitragem para a órbita nacional não se confirmou. Propagou-se inicialmente a ideia de que a arbitragem poderia se mostrar como uma solução ao assoberbamento do Judiciário. Ledo engano. Os dados do Conselho Nacional de Justiça confirmam o crescimento do acervo processual nos órgãos judiciários brasileiros ano após ano. Segundo o Relatório Justiça em Números de 2015²⁹⁸, o Poder Judiciário possuía em 2009 um acervo processual de 59,1 milhões de casos pendentes e, no início de 2014, havia 70,8 milhões de casos pendentes, o que corresponde a um aumento de aproximadamente 20% em cinco anos.

Na verdade, a arbitragem não pode ser compreendida como um concorrente do Judiciário ou como uma resposta à morosidade judiciária. A arbitragem é um modo diferente de solução de disputa. Diferente, pois não pode ser assimilado à jurisdição estatal e porque adequado a contendedores que intencionam resolver suas diferenças por um mecanismo que não seja o órgão judiciário. Esse parece ser o sentido que deve ser emprestado à Lei n.º 9.307/1996.

²⁹⁷ CHASIN, Ana Carolina da Matta. **A assimilação da arbitragem no Brasil**: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal. 2015. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 113.

²⁹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015, p. 34.

5.2.2 Regime legal

A Lei n.º 9.307/1996 tem sua matriz na Lei-Modelo da UNCITRAL e na Convenção de Nova Iorque, o que confirma a tese da conformação do local pelo global para modelar a ordem jurídica interna de maneira a oferecer um ambiente regulatório que facilitasse a utilização dessa ferramenta, principalmente, nas relações comerciais internacionais. No entanto, não é uma cópia fiel desses diplomas, havendo disposições que divergem deles.

Mais recentemente, o texto legal foi modificado pela Lei n.º 13.105/2015 e pela Lei n.º 13.129/2015. A primeira delas promulgou o Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor em março 2016. No corpo da LA, o Novo Código de Processo Civil, além de ter expressamente reconhecido a arbitragem com método válido para a solução de conflitos (art. 3º, § 1º), estatuiu que a nulidade do laudo pode ser ventilada em impugnação do cumprimento de sentença (art. 33, § 3º). Assim, mesmo que a parte perca o prazo de 90 (noventa) dias para a propositura da ação anulatória (art. 33, § 1º), poderá ser questionada a validade da sentença arbitral quando vier a ser pedido o seu cumprimento perante o Judiciário.

O próprio Novo Código de Processo Civil, embora sem alterar expressamente o texto da LA, trouxe algumas alterações que merecem ser vistas. Logo nos seus primeiros artigos, o Novo Código de Processo Civil enaltece que a arbitragem é permitida na forma da lei, não representando infringência ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal (art. 3º, § 1º). Em outro trecho, regulamenta e posiciona a carta arbitral como forma de cooperação jurisdicional que deverá, de qualquer forma, observar a confidencialidade estipulada na arbitragem, mesmo sendo pública a atividade judiciária (art. 189, § 2º). A exceção da convenção de arbitragem, enquanto matéria de defesa do réu, não pode ser conhecida de ofício, implicando a omissão de sua alegação na aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral (art. 337, §§ 5º e 6º). É qualificado como título executivo judicial a sentença arbitral, assimilando-a à sentença judicial (art. 515, VII). Ainda é dedicado capítulo específico acerca da homologação de decisão estrangeira, deixando claro que a homologação de decisão arbitral estrangeira deverá observar o disposto em tratado e em lei, aplicando-se apenas subsidiariamente as normas do Novo Código de Processo Civil (art. 960, § 3º).

A Lei n.º 13.129/2015 implementou mais mudanças na redação da LA. As mais importantes podem ser identificadas como: a) a utilização da arbitragem pela administração

pública direta e indireta para direitos patrimoniais disponíveis, não podendo ser decidido por equidade o conflito e devendo sempre respeitar o princípio da publicidade; b) a regulamentação das tutelas de urgência no procedimento arbitral, prevendo que o árbitro poderá modificar ou revogar medida de urgência deferida pelo juiz togado antes da instituição da arbitragem; c) a introdução da carta arbitral como novo instrumento de relação entre o árbitro e o juiz estatal pelo qual se pede que um órgão judiciário pratique ato solicitado pelo árbitro, como a tomada de um depoimento; d) a possibilidade de prolação de sentenças parciais, o que favorece a rápida solução dos litígios, pois permitirá que o árbitro, antes de proferir a sentença final, possa definir questões que se mostrem incontroversas ou que possam ser resolvidas de imediato, fazendo que a parte possa de pronto obter a satisfação desses pontos; e) e a prorrogação do prazo para a conclusão da arbitragem mediante acordo das partes e árbitros, somente se tornando nula a sentença arbitral se ultrapassado esse prazo consensualmente dilatado.

Claramente se percebe que, em comparação ao regime anterior, a LA, desde o seu texto original, visou otimizar o instituto, tornando-o mais independente da jurisdição estatal e mais aberta à autonomia da vontade. Alguns artigos da LA são chave para esse objetivo. É assegurada ampla liberdade para que as partes escolham as regras de direito aplicáveis, limitando essa liberdade apenas ao respeito dos bons costumes de da ordem pública (art. 2º, § 1º). Reconhece-se o efeito positivo da convenção de arbitragem, impondo ao Judiciário a tarefa de compor o compromisso arbitral no caso de resistência de uma das partes (art. 7º). Afirma-se a autonomia da cláusula compromissória, cabendo ao árbitro, antes da apreciação judicial, decidir sobre a sua existência, validade e eficácia (art. 8º). Não se exige qualificação em direito para que uma pessoa seja nomeada árbitro (art. 13) que será o juiz de fato e de direito, não se submetendo a sua decisão à homologação do Poder Judiciário (art. 18). No silêncio das partes, ao árbitro incumbirá precisar qual regra de direito disciplinará o procedimento, devendo, em qualquer circunstância, ser respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento (art. 21). Todas essas provisões remetem ao arquétipo da Lei-Modelo da UNCITRAL.

Todavia, importa admitir que o marco regulatório da arbitragem no Brasil apenas se solidificou com a declaração de constitucionalidade do regime legal pelo Supremo Tribunal

Federal em 2001²⁹⁹. Embora em vigor desde 1996 a lei que quebrava o paradigma normativo até então estabelecido, somente com a declaração de compatibilidade do regime legal com a Constituição Federal é que se confirmou a validade do atualizado marco regulatório da arbitragem, afiançando segurança jurídica a essa ferramenta. Certamente que seria arriscado aconselhar e firmar convenção de arbitragem, quando ainda pairavam dúvidas sobre a constitucionalidade da legislação arbitral de 1996, principalmente diante do questionamento sobre a garantia da indeclinabilidade da jurisdição do Poder Judiciário.

Outro dado interessante a notar é que a afirmação de constitucionalidade do regramento legal se deu na apreciação de agravo regimental em procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, o que confirma a internacionalidade intrínseca do instituto. Não chegou ao Excelso Pretório a discussão da constitucionalidade em procedimento instaurado localmente. Todavia, com o amadurecimento da arbitragem ao longo desses anos, pode-se dizer que hoje a arbitragem não é ferramenta apenas das relações internacionais, pois cada vez mais se recorre a ela em diversas áreas do direito interno.

5.2.3 Enquadramento das sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras

O art. 34, parágrafo único, da LA reza que se considera sentença arbitral estrangeira “[...] a que tenha sido proferida fora do território nacional”³⁰⁰. Consoante já declinado, o legislador fez uma clara opção por um critério territorial para estipular que as sentenças arbitrais prolatadas fora das terras brasileiras deverão se submeter ao procedimento de reconhecimento, independente de outros elementos, como a nacionalidade ou domicílio das partes, o local de cumprimento ou assinatura da obrigação, da natureza do contrato que deu origem ao litígios, idioma ou moeda do negócio jurídico³⁰¹.

Por outro lado, o conceito de sentença arbitral nacional para a lei brasileira é extraído pelo sentido contrário do art. 34, parágrafo único, da LA. Será nacional a sentença arbitral

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5206. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 12 de dez. de 2001. Diário da Justiça de 30 de abril de 2004, pp. 29, EMENT vol. 02149-06, pp. 958.

³⁰⁰ BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 de set. de 1996.

³⁰¹ FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). **Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 43-50, p. 44.

que seja proferida em território nacional. Com isto, a regulação interna emoldura o procedimento arbitral que se encaixe nessa conceituação.

Faz certo sentido qualificar a sentença arbitral nacional a partir de um parâmetro topográfico, pois através dele também se precisa o âmbito de aplicação espacial do regime normativo brasileiro. A lei brasileira não enquadrará a arbitragem que se desenrole e tenha sua sentença ditada no exterior. Apenas será qualificada essa sentença arbitral se vier a ser invocada em solo nacional para que seus efeitos jurídicos sejam sentidos.

É de destacar que a LA não adota uma definição própria para sentença arbitral internacional. Logo, independentemente dos traços de internacionalidade que possa ostentar uma arbitragem, a sentença proferida será classificada como doméstica ou estrangeira para fins do regime normativo local.

Nesse sentido, chega-se à conclusão que o ordenamento jurídico brasileiro tendeu por um regime unitário em que se estipula um enquadramento uniforme para as arbitragens doméstica e internacional. Não se identifica na Lei n.º 9.307/1996 um único dispositivo que seja especificamente dedicado à arbitragem transnacional.

O fato de não ter positivado um conceito específico de arbitragem internacional leva a questionar o critério territorial escolhido para a sentença estrangeira. No entanto, é uniforme entre outros regimes, como o português e o espanhol, definir a sentença estrangeira com base num elemento territorial, pois assim se precisa o âmbito de aplicação espacial do regime normativo do Estado. Da mesma forma, deve-se ponderar que o enquadramento da sentença arbitral estrangeira pela legislação brasileira não colide necessariamente com a Convenção de Nova Iorque, pois o art. I(1) do tratado estabelece que suas normas se aplicam tanto às sentenças arbitrais proferidas no território do Estado que não seja o de recepção, bem como a qualquer sentença arbitral que não seja considerada doméstica pelo Estado onde se persegue a concessão do *exequatur*.

O problema do art. 34, parágrafo único, da LA está em interpretar o que seria “local da prolação da sentença”. O que se deve considerar como lugar onde proferido o laudo ? Seria o lugar onde reunidos os árbitros para tomar a decisão ? Seria o lugar onde os árbitros assinaram o laudo ? Seria o lugar onde foi divulgada a sentença ?

Antes de responder a essas indagações, é preciso salientar que a atribuição da “nacionalidade” da sentença arbitral condiciona a produção dos efeitos numa jurisdição. Aquela que for estrangeira, portanto alheia à jurisdição, deverá se submeter a um procedimento prévio de reconhecimento para que possa ser cumprida. Aquela que for

nacional será assimilada pela órbita interna que a controlará soberanamente, inclusive reconhecendo que ela poderá ter efeitos independentemente de homologação pelo juiz estatal.

Outrossim, deve-se ter em mente que o reconhecimento das sentenças arbitrais não é o mesmo que reconhecimento de atos públicos estrangeiros. Estes são produzidos pelo Estado estrangeiro como atos oficiais que estão robustamente interligados com a órbita desse ente em razão do poder soberano que os fundamenta. Por outro lado, as sentenças arbitrais são produzidas por particulares que não agem em nome do Estado onde é circunstancialmente proferida a decisão.

Apesar das palavras que foram empregadas no texto do art. 34, parágrafo único, da LA, não se entende correto que se deva estabelecer a conexão da arbitragem com uma ordem jurídica pelo critério do lugar onde foi fisicamente redigida, assinada ou divulgada a sentença. O lugar onde elaborada a sentença é um dado meramente circunstancial que não denota ter relevância jurídica para definir o regime jurídico aplicável ao procedimento arbitral. Pode a arbitragem ter seu “centro de gravidade” estabelecido num dado território soberano sem que isso não prejudique que atos procedimentais sejam executados em outros territórios. Ilustrativamente, uma arbitragem transnacional pode ser realizada na França sem impedir que alguns atos procedimentais sejam realizados em Portugal, inclusive a eventual circunstância de a sentença arbitral ser prolatada nesse último país, e, o fato de o laudo ser redigido nesse ente soberano não parece que deva ter o efeito de sujeitar a arbitragem transnacional à ordem jurídica lusitana.

Acrescente-se ainda que a precisa interpretação do art. 34, parágrafo único, da LA se torna mais inquietante, pois a legislação brasileira não distingue a arbitragem fortemente nacional e a arbitragem internacional que é realizada no território doméstico.

Um elemento com traço territorial que guarda melhor relação com o enquadramento das sentenças arbitrais é a sede da arbitragem. Esta não é o mesmo que local onde confeccionada a sentença. A sede da arbitragem é um conceito jurídico, uma ficção pela qual se estabelece um vínculo do procedimento arbitral com uma dada jurisdição³⁰². Esse vínculo é construído pela vontade das partes que, ao definirem a sede, deverão considerar que estão designando a ordem jurídica que emoldurará a relação arbitral. Não por menos o art. 10, IV, da LA, impõe que o compromisso arbitral deverá dispor sobre o lugar em que será proferida

³⁰² GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). Op. cit., p. 906.

a sentença. Ao assim dispor, esse artigo não está se referindo a um espaço físico em que o árbitro necessariamente deverá se fazer presente para que possa prolatar a sentença, mas a um conceito jurídico³⁰³. Tanto o é que o art. 11, I, da LA deixa claro que poderá o compromisso arbitral fixar outros lugares para a prática de qualquer ato procedimental.

É entendimento predominante no plano internacional a respeito do lugar da sentença privilegiar o Estado selecionado pelas partes para a sede da arbitragem, ainda que os atos procedimentais e a prolação da sentença sejam efetivados em territórios diversos³⁰⁴. A esse respeito, o art. 18 do Regulamento de Arbitragem da CCI dispõe que a sede da arbitragem será fixada pelas partes e, caso não tenha sido convencionada, pelo tribunal arbitral, adicionando que os árbitros, após ouvirem as partes, poderão realizar atos em qualquer lugar que considerarem apropriado, bem como que eles poderão deliberar em qualquer lugar³⁰⁵. A regra transcrita confirma que o conceito de sede de arbitragem deve valorizar a vontade das partes e que o lugar da deliberação do tribunal arbitral é secundário.

Não se afigura acertado que se conecte uma sentença arbitral pelo lugar onde proferida, apreendendo-se esse lugar num sentido exclusivamente territorial. Uma interpretação estritamente gramatical do art. 34, parágrafo único, LA pode se mostrar insatisfatória diante da realidade³⁰⁶. Como definir se estrangeira ou não uma sentença arbitral ditada por árbitros fisicamente localizados em países diferentes que deliberem por instrumentos tecnológicos que permitam um diálogo imediato (*on line*) e o documento que materializa a sentença vier a ser subscrita por cada um deles em tempo e lugares sucessivos? Também se poderia dificultar o cumprimento das sentenças proferidas em arbitragens administradas por centros internacionais localizados fora do Brasil, mesmo que todos os elementos da relação arbitral digam respeito ao Estado brasileiro, sendo o único traço de estraneidade a localização externa da referida instituição. Uma vez se valorizando a vontade das partes que fixem a sede num dado lugar, pode-se estabilizar o enquadramento da

³⁰³ LOBO, Carlos Augusto da Silveira Lobo. A definição de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 3, n. 9, p. 62-71, abr./jun. 2006, p. 67.

³⁰⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. Op. cit., p. 69.

³⁰⁵ Art. 18. Sede da arbitragem

1. A sede da arbitragem será fixada pela Corte, salvo se já convencionada entre as partes.
2. A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o tribunal arbitral poderá, após tê-las consultado, realizar audiências e reuniões em qualquer outro local que considerar apropriado.
3. O tribunal arbitral poderá deliberar em qualquer local que julgue apropriado (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration in several languages**. 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 14 dez. 2015).

³⁰⁶ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. Op. cit., p. 68.

arbitragem, delimitando como ela será cumprida: a) imediatamente perante a jurisdição da sede, salvo se o direito da sede exigir prévia homologação; b) após o devido reconhecimento como ato estrangeiro que pode gerar efeitos no território do Estado de execução.

Nesse sentido, compreende-se que o art. 34, parágrafo único, da LA deve ser lido como tendo positivado que a sede da arbitragem constitui o elemento de conexão que demarca se uma sentença arbitral deve ser enquadrada ou não pela ordem jurídica brasileira como nacional ou estrangeira. Da mesma forma pensa Adriana Braghetta para quem a expressão “local de proferimento” é equivalente à “sede de arbitragem”³⁰⁷. Somente com essa interpretação podem ser corrigidas deficiências da indistinção das sentenças arbitrais interna e internacional como melhor se exporá na análise do controle judicial do laudo pela ordem jurídica brasileira.

5.2.3.1 A qualificação da sentença arbitral internacional nos regimes jurídicos da França, Espanha e Portugal

Outros regimes nacionais adotam modelos normativos diferentes do abraçado pelo direito brasileiro. Apesar de reafirmarem a submissão da sentença estrangeira ao procedimento de reconhecimento e execução, esses sistemas precisam um conceito de sentença arbitral internacional para estipularem que, se tal sentença for proferida em seus territórios, haverá dispositivos específicos que especialmente se aplicarão a ela, garantindo-lhe uma maior autonomia do que aquela prevista para a sentença arbitral verdadeiramente nacional.

Faz-se oportuno identificar a disciplina de outras nações para que se possa avaliar o enquadramento legal do Estado brasileiro a partir de confrontação das soluções jurídicas adotadas por esses regimes.

5.2.3.1.1 Regime jurídico na França

Pedra angular de todo o regime dualista³⁰⁸ francês é a conceituação de arbitragem internacional. Consoante já visto outrora, o art. 1.504 do Código de Processo Civil francês

³⁰⁷ BRAGUETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, p. 18.

³⁰⁸ Consoante explicado no segundo capítulo, o regime dualista é aquele em que a legislação estabelece um conceito para a arbitragem internacional e estatui para ela regras especiais que são distintas daquelas dedicadas à arbitragem doméstica.

qualifica como arbitragem internacional aquela que “põe em causa interesses do comércio internacional”³⁰⁹. Utiliza-se nesse conceito elemento econômico que, apesar de vago, permite moldá-lo para submeter ao regime diferenciado procedimentos arbitrais, cuja natureza não pode ser assimilada a uma arbitragem doméstica. Apesar das críticas que poderiam ser levantadas contra o laconismo da expressão utilizada, não se pode olvidar que o comércio é dinâmico, de modo que suas mutações, na maioria das vezes, não são acompanhadas pelo direito de imediato. Assim, é preferível uma fórmula textual que possa se adaptar do que um texto de sentido unívoco que possa se tornar anacrônico com o passar do tempo.

A tarefa de dar maior concretude a esse elemento polissêmico coube ao Judiciário local. Fouchard, Gaillard e Goldman, ao debruçarem sobre variados casos enfrentados pelas cortes francesas, identificam que a jurisprudência desse país compreende como interesses do comércio internacional para fins de delimitação da internacionalidade da arbitragem o movimento de mercadorias, serviços ou fundos através das fronteiras nacionais ou concernentes a economias ou moedas de, pelo menos, dois países, sendo irrelevantes fatores outros como a nacionalidade das partes ou dos árbitros, a residência ou domicílio dos contendores, o lugar onde foi celebrado o contrato ou a lei aplicável ao contrato³¹⁰. Nesse oriente, pode ser considerada arbitragem internacional um procedimento que venha se desenvolver no território francês entre dois nacionais, mas discutindo objeto comercial que envolva movimentos econômicos para fora da França. Da mesma forma, para a legislação francesa é internacional a arbitragem sobre a transferência de direitos acionários de uma sociedade francesa para acionistas de diferentes nacionalidades que, para tanto, internalizam recursos financeiros que estavam alocados fora.

A ordem legal francesa não se preocupou em precisar o que seria uma arbitragem estrangeira. Na verdade, ela é tida como internacional, apenas tendo diferenciado que a sentença produzida externamente à França teria, em alguns pontos (art. 1.525), regras distintas da sentença internacional elaborada em território nacional, como, por exemplo, a possibilidade do recurso de apelação à decisão de reconhecimento e cumprimento do laudo estrangeiro. Para a sentença internacional produzida na França, é facultado recurso de anulação (art. 1.518). Por outro lado, interessante é observar que, apesar da diversidade de instrumentos (recursos de apelação e de anulação), os motivos para recusar eficácia a essas

³⁰⁹ Ver nota 86.

³¹⁰ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). Op. cit., p. 58-59.

duas sentenças arbitrais internacionais são os mesmos declinados no art. 1.520 (art. 1.525). Da mesma forma, o recurso de anulação e a apelação não possuem efeito suspensivo (art. 1526), não impedindo, portanto, que seja executada a sentença objurgada por esses meios de impugnação.

Na legislação francesa, a arbitragem interna, para que possa ser executada, deve se sujeitar à concessão do *exequatur*. Nos moldes do art. 1.487 e 1.488 do Código de Processo Civil francês, o requerimento do *exequatur* instaura procedimento que não abre o contraditório, podendo ser negada a ordem de execução se o laudo for manifestamente contrário à ordem pública. Então, é de notar que o sistema francês estabelece controle judicial sobre a sentença arbitral interna independentemente de a parte contrária vir a impugná-la pela via própria (necessidade do *exequatur*).

Por outro lado, contempla-se recurso de anulação para a arbitragem interna a ser apresentado pela parte interessada no prazo de um mês contado da notificação da sentença. É mais uma forma de controle do laudo interno. De acordo com o art. 1.492 do Código de Processo Civil francês, as causas de anulação de uma sentença arbitral são: a) a incompetência do tribunal arbitral; b) a irregularidade na constituição do tribunal arbitral; c) o tribunal arbitral decidiu fora ou além da designação que lhe foi confiada; d) a violação do contraditório; e) a contrariedade à ordem pública; f) a ausência de motivação; g) a ausência da data, dos nomes e assinaturas dos árbitros na sentença; h) o fato de a decisão não ter sido proferida pela maioria³¹¹.

Para a arbitragem internacional, a legislação francesa articulou conjunto normativo próprio, particularizando-a. De logo, deve ser sublinhado que a sentença arbitral internacional produzida na França não depende do mesmo *exequatur* previsto para a

³¹¹ Art. 1492. *Le recours en annulation n'est ouvert que si:*

1° *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent; ou*

2° *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué; ou*

3° *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée; ou*

4° *Le principe de la contradiction n'a pas été respecté; ou*

5° *La sentence est contraire à l'ordre public; ou*

6° *La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix* (Art. 1492. O recurso de anulação somente pode ser apresentado se: 1° o tribunal arbitral se declarou equivocadamente competente ou incompetente; ou 2° o tribunal arbitral foi irregularmente constituído; ou 3° o tribunal arbitral decidiu se se conformar à designação que lhe tinha sido confiada; ou 4° o princípio do contraditório não foi respeitado; 5° a sentença é contrária à ordem pública; 6° a sentença não é motivada ou não indica a data quando foi proferida ou o nome do ou dos árbitros que a proferiram ou as assinaturas necessárias ou não foi proferida pela maioria dos votos (tradução do autor) (FRANÇA. Le Service Public de La Diffusion Du Droit. Secrétariat Général Du Gouvernement. **Code de procédure civile**. Disponível em: <http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015)).

arbitragem doméstica. Ou seja, a sentença arbitral internacional produzida na França não é governada pela mesma disciplina da sentença genuinamente doméstica, mesmo que ambas tenham em comum o fato de terem sido pronunciadas no território francês. Na verdade, para que possam ser executadas no território nacional, a sentença internacional e a sentença arbitral estrangeira – internacional proferida fora da França – devem se sujeitar a procedimento de reconhecimento e execução que se acha ordenado nos arts. 1.514 a 1.517.

Noutra ponta, a sentença internacional prolatada na França, em que pese não exigido o *exequatur*, pode ser objeto de recurso de anulação nas hipóteses catalogadas pelo art. 1.520 que são: a) a incompetência do tribunal arbitral; b) a irregularidade na constituição do tribunal arbitral; c) o tribunal arbitral decidiu fora ou além da designação que lhe foi confiada; d) a violação do contraditório; e) a contrariedade à ordem pública³¹².

Infere-se que, para a soberania francesa, o fato de ter em seu território o desenvolvimento de um procedimento arbitral lhe autoriza a sindicar a validade dos atos arbitrais executados. Porém, mesmo que estipulado um controle primário para a sentença internacional prolatada na França, as causas de anulação não são as mesmas para a arbitragem interna. Não se compreendeu que os motivos de anulação pudessem ser os mesmos, já que a arbitragem internacional, mesmo que realizada no território nacional, não poderia ser assimilada à arbitragem doméstica, cujos laços com a soberania local são mais fortes e justificam um controle mais intenso.

Comparando-se os artigos acima citados, duas são as diferenças. Primeiro, depreende-se que não se preveem como motivos de anulação vícios formais como a ausência de indicação da data do laudo, dos nomes dos árbitros ou de suas assinaturas. Segundo, ao tratar da violação da ordem pública como fundamento para invalidar a sentença arbitral internacional, frisou-se que essa ofensa deveria ser aquela que representasse desrespeito à chamada ordem pública internacional que corresponde ao conjunto de valores, cuja violação

³¹² Art. 1.520. *Le recours en annulation n'est ouvert que si:*

1° *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent; ou*

2° *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou*

3° *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou*

4° *Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou*

5° *La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* (Art. 1520. O recurso de anulação somente pode ser apresentado se 1° O tribunal arbitral se declarou equivocadamente competente ou incompetente; ou 2° O tribunal arbitral foi irregularmente constituído; ou 3° o tribunal arbitral decidiu se se conformar à designação que lhe tinha sido confiada; ou 4° o princípio do contraditório não foi respeitado; ou 5° o reconhecimento ou a execução da sentença é contrária à ordem pública internacional (tradução do autor) (FRANÇA. Le Service Public de La Diffusion Du Droit. Secrétariat Général Du Gouvernement. **Code de procédure civile**. Disponível em: <http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015)).

não pode ser tolerada pela ordem legal nacional no contexto internacional. Não se trata de preceitos fundamentais e mandatórios que formam a ordem pública doméstica. Também não é essa ordem pública internacional o consenso dos Estados sobre princípios e valores essenciais que poderiam ser identificados pela comparação entre as diversas leis nacionais e o direito internacional público. A ordem pública internacional como fundamento para a recusa do reconhecimento de laudo estrangeiro é, pode-se dizer, a ordem pública internacional identificada pela perspectiva do Estado em questão a partir de seu próprio ordenamento jurídico. É nesse sentido que o Judiciário francês tem apontado como exemplos de violação da ordem pública internacional quebra do devido processo legal ou decisões baseadas em discriminação racial ou religiosa³¹³.

O Código de Processo Civil francês, em seu art. 1.522, ainda autoriza que as partes, por convenção especial, renunciem ao recurso de anulação na arbitragem internacional realizada na França, afastando, com isto, o controle primário. A disposição legal deixa patente que o controle primário da sede da arbitragem internacional no regime francês não é imperativo, podendo ser subtraído por vontade das partes que, com cláusula expressa, podem desprender a sentença arbitral da sede para que ela se submeta ao controle secundário dos Estados em que ela seja apresentada para o cumprimento.

Ainda na França, a sentença arbitral estrangeira é tratada como decisão de uma arbitragem internacional prolatada além das fronteiras do país, devendo, para que possa espalhar efeitos na órbita interna, ser reconhecida através de procedimento que segue o princípio do contraditório. Para que se logrem o reconhecimento e cumprimento do laudo estrangeiro, bastará ao interessado demonstrar a existência da sentença e a conformação à ordem pública internacional (arts. 1.514 e 1.515).

Apreende-se dessa disciplina legal que o regime francês assemelha a arbitragem internacional realizada na França à arbitragem estrangeira. Os motivos para rejeitar a eficácia da sentença arbitral na órbita nacional são os mesmos, embora sejam apresentados ao Judiciário através de instrumentos processuais distintos, quais sejam: a) recurso de anulação para a sentença internacional produzida na França; b) recurso de apelação da decisão que homologou o laudo prolatado fora da França. A aproximação dessas duas sentenças decorre da circunstância de ter a lei francesa admitido que elas possuem características que justificam

³¹³ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). Op. cit., p. 959 e 961.

um tratamento idêntico e que elas não podem ser tratadas sob a mesma disciplina da arbitragem doméstica que ostenta íntima conexão com a jurisdição interna.

5.2.3.1.2 Regime jurídico na Espanha

Na Exposição dos Motivos, a Lei n.º 60/2003 – lei reguladora da arbitragem na Espanha – esclarece de logo que optou por um regime unitário da arbitragem interna e internacional, expondo que as soluções normatizadas sob a inspiração da Lei-Modelo da UNCITRAL, que se voltou à arbitragem internacional, são perfeitamente válidas para a arbitragem doméstica³¹⁴. No entanto, o desenho do regime arquitetado pela lei referida não representa com fidelidade um regime unitário. Entre os artigos elaborados, foram inseridas disposições específicas para arbitragem internacional que não são extensíveis à arbitragem doméstica. Com isto, compreende-se mais acertado classificar o regime espanhol como semidualista ou monista internacionalizante³¹⁵.

Logo nos primeiros artigos, a Lei n.º 60/2003 define o que seria a arbitragem internacional para o Estado espanhol. Segundo o art. 3º, será internacional a arbitragem que apresente uma das seguintes características:

- a) Que, no momento da celebração da convenção arbitral, as partes tenham domicílios diferentes.
- b) Que o lugar da arbitragem, determinado na convenção de arbitragem ou de acordo com este, o lugar de cumprimento de uma parte substancial das obrigações da relação jurídica da qual dimana a controvérsia ou o lugar no qual esta tenha uma relação mais estreita, este situado fora do Estado em que as partes tenham seus domicílios;
- c) Que a relação jurídica da qual dimana a controvérsia afeta a interesses do comércio internacional.³¹⁶ (tradução do autor).

³¹⁴ ESPANHA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje**: texto consolidado. 2015. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

³¹⁵ No mesmo sentido BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v.11, n. 43, p. 59-92, jul./set. 2014, p. 84

³¹⁶ *Artículo 3. Arbitraje internacional.*

1. 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 sus domicilios en Estados diferentes.*
- b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con 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 con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.*

Muito se assemelha essa definição de arbitragem internacional com a da Lei-Modelo da UNCITRAL. São inseridos elementos de ordem objetiva e subjetiva, como domicílio das partes, lugar de cumprimento das obrigações ou lugar da controvérsia, para tornar maleável e abrangente o caráter internacional da arbitragem. Acrescenta-se na última alínea – alínea que não consta na Lei-Modelo da UNCITRAL – característica que foi elegida pela jurisdição francesa como suficiente para identificar a internacionalidade da arbitragem. Os interesses do comércio internacional alongam ainda mais o âmbito de aplicação da norma conceitual.

Observa-se que a legislação espanhola tentou dar uma maior objetividade na identificação da arbitragem internacional, contemplando critérios alternativos que tomam em consideração aspectos concretamente verificáveis. Mas, eles podem levar a soluções inapropriadas. O simples fato de as partes terem domicílios em Estados distintos não deveria ser apto para conferir internacionalidade à arbitragem. Imagine-se uma disputa que diga respeito a um contrato celebrado na Espanha para cumprimento no território com aplicação da lei local entre dois espanhóis, sendo que um deles mantenha domicílio em país vizinho. A diferença de domicílio nessa situação não deveria levar à conclusão de considerar internacional eventual arbitragem instaurada se todos os demais caracteres da arbitragem, com exceção apenas do domicílio de um dos contendores, vinculam-na à soberania espanhola.

Para a sentença arbitral estrangeira, a Lei nº. 60/2003 se valeu de parâmetro espacial, estatuinto no art. 46(1) que o laudo estrangeiro é aquele proferido fora do território doméstico. Não importam aqueles critérios objetivos e subjetivos elencados para a arbitragem internacional. E, uma vez considerado externo o laudo, para que ele seja internalizado, deverá se submeter ao procedimento de reconhecimento e cumprimento.

Entrevê-se uma diferença entre as ordens jurídicas francesa e espanhola na forma como elas emolduram a arbitragem internacional e estrangeira. Pela lei francesa, as arbitragens internacional e estrangeira são encaradas como fazendo parte de uma mesma classe, tendo sido criado conjunto normativo comum a ambas pelo qual se submetem as sentenças elaboradas por elas a procedimento de reconhecimento e execução. Noutra ponta, a lei espanhola aproxima a arbitragem internacional da doméstica, tendo estabelecido regime

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. (ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje**; texto consolidado. 2015. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016).

único com algumas ressalvas para a primeira. Em outras palavras, a legislação francesa aborda a arbitragem internacional com um tom “desnacionalizador”, ao passo que a legislação espanhola submete a seu enquadramento a arbitragem internacional, mesmo reconhecendo a sua conexão com outras soberanias.

Ainda sobre a conceituação da sentença estrangeira, deve-se acrescentar que o regime espanhol tem como lugar da arbitragem a sua sede que não se confunde com o espaço físico em que alguns atos procedimentais são efetuados. A sede é definida pelas partes, o que demonstra que o conceito de sede é muito mais jurídico do que físico, servindo para que os envolvidos possam estipular a que sistema jurídico se vinculará a arbitragem.

A sentença arbitral nacional é apreendida pela ordem jurídica espanhola de forma residual. A sentença arbitral que não for internacional ou estrangeira será interna. Em outras palavras, será doméstica a arbitragem, cuja sentença tenha sido prolatada no território interno, não devendo apresentar qualquer dos traços indicados no art. 3º da Lei n.º 60/2003.

No regime espanhol, a sentença arbitral doméstica tem sua eficácia reconhecida pela lei que confere a ela a força da coisa julgada com a possibilidade de execução forçada (arts. 43 e 44). Não é necessário solicitar ao Judiciário *exequatur* nessa hipótese. Da mesma forma se prevê para a arbitragem internacional com sede na Espanha. A sua execução forçada pode ser iniciada sem se submeter a prévio procedimento, ainda que unilateral, de homologação judicial.

O sistema espanhol estipula um controle primário sobre os laudos produzidos em seu território, permitindo que o legitimado proponha ação de anulação (*acción de anulación*) em arbitragem doméstica ou internacional.

As causas de anulação estão reunidas no art. 41, onde são previstas seis hipóteses: a) inexistência ou invalidade da convenção arbitral; b) ausência de notificação de designação do árbitro ou dos atos procedimentais, além do cerceamento de defesa; c) desconformidade da sentença arbitral com as questões submetidas ao árbitro; d) infringência às regras procedimentais; e) inarbitrabilidade objetiva; f) contrariedade à ordem pública. Sob esses mesmos fundamentos podem ser impugnadas a arbitragem nacional e internacional, sem qualquer diferenciação.

Entre as causas de anulação previstas no ordenamento espanhol, chama atenção a hipótese da violação à ordem pública. É comum entre outros sistemas jurídicos prever a contrariedade da ordem pública como motivo de recusa do reconhecimento e cumprimento de laudo estrangeiro, como está, inclusive, redigido na Convenção de Nova Iorque. A

legislação em estudo a traz para o rol das causas de anulação da sentença doméstica, gerando preocupação, pois sua aplicação, caso não seja realizada de forma comedida, poderá permitir a revisão judicial do próprio mérito da decisão arbitral e dar margem ao enfraquecimento dessa ferramenta de solução de controvérsias³¹⁷. Porém, a sua inclusão parece evitar o contrassenso de sua omissão, como se observa na legislação brasileira. Como realçado, a ordem pública é motivo para a recusa de laudo estrangeiro. Se se rejeita o *exequatur* para que um laudo elaborado externamente possa ter eficácia internamente, com mais razão se deveria tornar ineficaz sentença arbitral proferida em território nacional com o mesmo vício, já que haveria um laço mais robusto com a jurisdição local para legitimar um controle mais incisivo, inclusive sob o fundamento da ordem pública.

Não se pode também passar despercebido que a violação da ordem pública foi colocada como motivo de anulação da arbitragem internacional sem qualquer diferenciação, assim como o fez a lei francesa que deixou claro que, nessa modalidade, a violação que poderia fundamentar a invalidação seria apenas a da ordem pública internacional. Com isto, preceitos fundamentais da ordem doméstica do Estado podem ser invocados para derrubar sentenças proferidas em arbitragens internacionais, quando a concepção dos valores que devem imperar nas relações jurídicas internacionais desse mesmo Estado é diferente da concepção dos seus preceitos internos.

A sentença arbitral estrangeira somente poderá ter eficácia no Estado espanhol se vier a ser reconhecida e lhe for concedida o *exequatur*. Para tanto, a Lei nº. 60/2003 não instituiu um conjunto de regras para ordenar o reconhecimento e cumprimento, tendo preferido adotar o regramento contido na Convenção de Nova Iorque. Confere-se, assim, primazia à Convenção de Nova Iorque no regime espanhol, incorporando as regras internacionais que dizem respeito à validade e ao efeito negativo da convenção arbitral, à dispensa da dupla homologação, aos requisitos formais para o reconhecimento e às hipóteses de recusa do *exequatur*.

5.2.3.1.3 Regime jurídico em Portugal

A arbitragem em terras portuguesas é enquadrada pela Lei nº. 63 que foi aprovada em 14 de dezembro de 2011. A referida legislação não foi implementada por vontade

³¹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. A nova legislação espanhola em matéria de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 132, p. 141-153, fev. 2006, p. 151.

espontânea do Estado português como se tivesse surgido por ideias e necessidades internas. Na verdade, fator externo impulsionou a reforma legislativa. Naquele mesmo ano de 2011, Portugal se viu engolfado numa crise econômica e financeira, tendo sido auxiliado pelo Banco Central Europeu, pelo Fundo Monetário Internacional e pela Comissão Europeia. Para obter o programa de assistência de financeira, o governo aprovou o *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* que, entre outras obrigações, previu que deveria ser editada uma nova lei de arbitragem³¹⁸. Com isto, foi levado ao Legislativo projeto de lei baseado em proposta elaborada pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA). O Parlamento lusitano reviu a minuta original, chegando-se a uma versão que culminou na Lei n.º. 63/2011.

Numa análise generalista do enquadramento legal da arbitragem, pode-se dizer que o Estado português implementou um regime dualista em que há disciplinas normativas distintas para a arbitragem interna e internacional. Há quem discorde dessa opinião³¹⁹. Porém, não há como se classificar o regime legal de Portugal como monista. No estatuto de 2011, dedicou-se à arbitragem internacional capítulo específico (Capítulo IX) que agrupa cinco artigos com disposições que se mostram inaplicáveis à arbitragem interna. São normas que versam sobre mesmos aspectos da arbitragem interna, porém com diretiva díspar para a arbitragem internacional. Além desse exclusivo capítulo, há disposições esparsas ao longo do diploma que particularizam normas para a arbitragem internacional, como no art. 10(6) em que se salienta que, em procedimento arbitral internacional, deve ser sopesada a conveniência de nomeação de pelo menos um árbitro de nacionalidade diferente dos litigantes. Por esta razão, não se compreende correto asserir que o regime português seja unitário.

É no art. 49 da Lei de Arbitragem Voluntária que se acha plasmado o conceito legal de arbitragem internacional. À semelhança do ordenamento francês, define-se como arbitragem internacional aquela a que põe em jogo interesses do comércio internacional. O Legislativo português desprezou elementos jurídicos como a nacionalidade ou o domicílio das partes e empregou um elemento de característica econômica para divisar a arbitragem internacional.

³¹⁸ LEITE, António Pinto. A nova lei portuguesa de arbitragem voluntária. **Revista de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 33, p. 83-100, jan./mar. 2011, p. 84.

³¹⁹ Sofia Martins entende ser monista o regime legal português (MARTINS, Sofia. A nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (parte 1). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 32, p. 111-131, jan./mar. 2012, p. 115).

Uma vez rotulado como internacional um procedimento arbitral, ele deverá ser regido pelas diretivas especificamente elaboradas para essa categoria.

Aliás, as regras específicas da arbitragem internacional foram ideadas em consideração da sua natureza singular. O art. 52 dita que as partes designarão as regras de direito a serem observadas pelos árbitros, deixando, inclusive, claro que essa escolha não é das normas de conflitos de leis, mas a seleção direta do conjunto normativo a ser considerado na solução da diferença. Não obstante, o parágrafo terceiro do mesmo artigo decreta que, em qualquer caso, o tribunal arbitral, além das estipulações das partes, deverá estimar em sua decisão os usos comerciais relevantes para a resolução da controvérsia os quais podem ser traduzidos na *lex mercatoria* do direito internacional. Sem dúvida que a arbitragem internacional – o adjetivo transnacional expressaria melhor a origem não estatal daquelas regras – é a arena, onde aqueles usos comerciais relevantes ganham maior força para regular relações jurídicas transfronteiriças.

Não se pode olvidar que a Lei n.º 63/2011 somente se aplica a arbitragem internacional, cuja sentença tenha sido proferida em Portugal. Intui-se dessa observação a delimitação da sentença arbitral estrangeira para os fins da Lei de Arbitragem Voluntária. Debruçando-se sobre o art. 55, pode-se extrair que as sentenças proferidas em arbitragens localizadas fora do Estado português deverão ser consideradas como estrangeiras. Neste ponto, observa-se que a lei em estudo deu relevância jurídica ao elemento territorial para individualizar a sentença arbitral estrangeira.

Instituiu a Lei de Arbitragem Voluntária controle primário dos laudos de arbitragens realizadas em plagas portuguesas. As causas de anulação estão tipificadas no art. 46(3), dividindo-as em hipóteses em que o ônus probatório de demonstrá-las é do requerente da ação anulatória e em causas que podem ser verificadas *ex officio* pelo Judiciário.

Dentre as causas que dependem da iniciativa do interessado (art. 46(3)(a)), encontram-se: a) incapacidade das partes para a celebração da convenção arbitral; b) inarbitrabilidade objetiva; c) violação de princípios processuais fundamentais, como o do contraditório e da igualdade das partes; d) julgamento além (ultra) ou fora (extra) da convenção arbitral; e) irregularidade na composição do tribunal arbitral ou na condução do processo arbitral; f) incongruência da sentença arbitral com o pedido; g) inobservância de requisitos formais do laudo, como a fundamentação ou a forma escrita; h) extrapolação do prazo para a pronúncia e notificação da sentença. As hipóteses previstas muito se assemelham daquelas contidas na Lei-Modelo da UNCITRAL.

São fundamentos para invalidação que podem ser conhecidos de ofício pelo juiz togado (art. 46(3)(b)): a) inarbitrabilidade objetiva de acordo com a lei nacional; b) a ofensa a ordem pública internacional do Estado português. Há uma forte semelhança com a legislação francesa nesse ponto.

Além da ação anulatória, concebe a lei portuguesa a possibilidade de recurso para o Judiciário, assimilando a sentença arbitral à sentença judicial. Neste recurso, o tribunal estatal exercerá maior cognição para revisar o laudo do que na ação anulatória. No entanto, não é regra que em toda arbitragem será possível interpor recuso ao juiz togado. Na verdade, deverá haver expressa previsão na convenção arbitral, além do que a causa não deverá ter sido julgada segundo a equidade ou mediante composição amigável. Portanto, a revisão judicial pela via de recurso voluntário é exceção que dependerá precipuamente da vontade das partes.

O controle primário pela via da ação anulatória não poderá ser derogado pela vontade das partes. Não importa se se trata de uma arbitragem doméstica ou internacional. Para o Estado português, a arbitragem que se desenvolva em seus domínios estará sujeita à verificação de conformidade com as normas adequadas.

E, aqui se toca em outro ponto relevante da regulação portuguesa. A ação anulatória que conforma o controle primário da jurisdição portuguesa é cabível tanto para a arbitragem nacional como para a internacional. No entanto, a revisão judicial da arbitragem internacional não se dá na mesma intensidade da arbitragem interna.

Primeiro, não caberá na arbitragem internacional recurso para os tribunais estatais. A sentença arbitral internacional será irrecorrível, salvo se as partes estipularem de forma distinta. Porém, na literal dicção do art. 53 da Lei n.º 63/2011, o recurso eventualmente previsto será para outro tribunal arbitral e, não, para um órgão judiciário.

Em segundo lugar, o art. 54 da Lei de Arbitragem Voluntária traz uma redação que se mostra confusa ao tentar diferenciar o fundamento da ordem pública internacional para a arbitragem internacional. Reza o referido dispositivo que a sentença arbitral internacional proferida em Portugal em que haja aplicado direito não português poderá ser impugnada sob os mesmos fundamentos de anulação da arbitragem interna (art. 46(3)) e ainda, “caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional”³²⁰. Essa

³²⁰ PORTUGAL. Direção-geral da Política da Justiça. Ministério da Justiça do Governo de Portugal. **Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro**: Aprova a lei de arbitragem voluntária. Disponível em:

segunda parte do dispositivo não parece fazer sentido³²¹, na medida em que soa redundante, pois, ao permitir a primeira parte a anulação com base nas causas da arbitragem interna, já teria sido autorizada a impugnação da sentença arbitral por representar o seu conteúdo ofensa aos princípios da ordem pública internacional do Estado português (art. 46(3)(b)(ii)).

Na verdade, há uma sutil diferença na redação do art. 54³²² e do art. 46(3)(b)(ii)³²³, mesmo que sem repercussão impactante. Argutamente Manuel Pereira Barrocas teoriza que as diferenças redacionais não possuem significado relevante, pois, na verdade, foram redigidos diferentemente para se adequarem às distintas formas de revisão judicial que podem ser desenvolvidas na arbitragem interna e internacional³²⁴. Ao falar em resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional, o art. 54 reproduziu o texto do art. 56(1)(b)(ii) que apresenta como fundamento para a recusa do reconhecimento do laudo estrangeiro o fato de os efeitos do laudo estrangeiro puderem implicar em resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional. É preciso explicar que, diferentemente da ação anulatória, onde a revisão judicial examina o próprio conteúdo da sentença arbitral para avaliar a sua conformidade com a ordem pública, a cognição do processo de reconhecimento do laudo estrangeiro não pode adentrar no conteúdo desse laudo externo, mas apenas perscrutar o impacto que poderia causar a internalização da sentença estrangeira frente à ordem pública. Daí se falar em resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional para a sentença arbitral estrangeira. E, no caso da arbitragem internacional que não aplica direito português, entendeu-se que o controle judicial da sentença arbitral internacional nessa hipótese, mesmo tendo sido prolatada em território nacional, guarda maior ligação com o reconhecimento de laudo estrangeiro. Logo, seria mais coerente que a redação do art. 54 fosse adaptada para se aproximar do motivo para a recusa do laudo estrangeiro.

<<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/arbitragem-e-exercicio/arbitragem-voluntaria>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

³²¹ MONTEIRO, António Pedro Pinto. Da ordem pública no processo arbitral. In: GUEDES, Armando Marques et al (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, v. 2, p. 589-673, p. 654.

³²² Art. 54. A sentença proferida em Portugal, numa arbitragem internacional em que haja sido aplicado direito não português ao fundo da causa pode ser anulada com os fundamentos previstos no artigo 46.º e ainda, caso deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, se tal conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional.

³²³ Art. 46. [...]

3 – A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: [...]

ii) O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.

³²⁴ BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. 1, n. 54, p. 35-140, jan./mar. 2014, p.50.

Ainda sobre o art. 54 da Lei de Arbitragem Voluntária, afigura-se que, à semelhança do sistema francês, caso a sentença internacional não venha a ser cumprida em território português, não se justificará o controle primário, pelo Estado português, dessa decisão arbitral sob o fundamento de resultado incompatível com os princípios da ordem pública internacional. Como não foi aplicado direito nacional e como a sentença não produzirá efeitos na esfera nacional, não se identifica interesse relevante que legitime o controle pelo Judiciário local. Nessa situação, mais adequado que se relegue ao Estado receptor o controle pela via secundária (concessão de *exequatur*) dessa sentença internacional.

O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras são regulamentados também pela Lei n.º 63/2011. De qualquer forma, o próprio diploma adota cláusula de compatibilidade com a Convenção de Nova Iorque e com outros tratados ou convenções dos quais Portugal faça parte, buscando a integração e harmonia do sistema.

Os fundamentos para recusa do laudo estrangeiro estão delineados no art. 56. Essas hipóteses são semelhantes ao do art. 46 que cuida das causas de anulação dos laudos internos e internacionais. A ideia subjacente a essa homogeneização entre os fundamentos de recusa e as causas de anulação foi evitar um tratamento legal que pudesse ser visto como desfavorável à arbitragem internacional que ocorra fora ou dentro do território lusitano. Uma arbitragem que ocorra dentro da jurisdição portuguesa poderá ser invalidada por motivos semelhantes ao da rejeição do cumprimento de um laudo estrangeiro. A uniformização em questão permite afirmar que será reconhecida a sentença arbitral estrangeira que, caso fosse proferida localmente, seria igualmente validada pela ordem jurídica nacional em termos gerais.

É por essa mesma razão que a Lei n.º 63/2011 regulamentou que a sentença arbitral doméstica ou internacional elaborada em Portugal poderá ser anulada se violar a chamada ordem pública internacional do Estado português. Não se referiu à ordem pública nacional para a arbitragem doméstica, como o fazem as legislações de outros países. Equipararam-se os controles primário e secundário do Estado português neste ponto, expressando que a ordem pública que pode servir de parâmetro para sindicar as sentenças arbitrais nacionais, internacionais ou estrangeiras é aquela ordem pública internacional.

Não se pode deixar de abordar que a Lei n.º 63/2011, seguindo a tradição que vinha desde a anterior Lei n.º 31/1986 e harmonizando-se com a Convenção de Nova Iorque de 1958, inseriu como hipótese de rejeição do laudo estrangeiro o fato de a sentença arbitral ter sido anulada pelo tribunal do país onde, ou no abrigo do qual, a sentença foi

proferida (art. 56(1)(a)(v)). Portanto, à vista da ordem jurídica nacional, não poderá ser reconhecido um laudo invalidado pelo Estado da sede. Com isto, a lei atribui efeito extraterritorial à decisão judicial de anulação para obstar a concessão do *exequatur* em terras portuguesas.

5.3 CONTROLE, RECONHECIMENTO E CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS

A relação entre as instâncias arbitral e judiciária pode tomar dois sentidos: cooperação e controle. Outrossim, essa relação pode se dar antes, durante e após o processo arbitral³²⁵.

A comunicação entre os sistemas arbitral e judiciário se dá pela cooperação, quando este último presta assistência para que se ultimem atos de arbitragem necessários à conclusão do procedimento. Pode o juiz togado atuar em auxílio à arbitragem, quando é chamado a promover a execução específica da convenção de arbitragem permitindo a constituição do tribunal arbitral, quando concede medidas de urgência antes mesmo de instalada o juízo arbitral, ou quando contribui para a realização de atos probatórios.

Por outro lado, a interação entre as instâncias arbitral e judiciária pode se desenrolar pela via do controle que se exerce sobre os atos arbitrais. Sem dúvida que é este o ponto mais sensível dessa relação, pois poderia a esfera judicial, sob o argumento de estar realizando o controle judicial, esvaziar o instituto da arbitragem.

A necessidade do controle da arbitragem não decorre da adoção de uma representação específica do instituto. Como explica Luís de Lima Pinheiro, o controle judicial é “antes uma contrapartida necessária da atribuição de eficácia jurisdicional à decisão arbitral”³²⁶.

Por outro lado, considerando que inexistente um órgão internacional que exerça o controle sobre a arbitragem transnacional³²⁷, aceita-se que as soberanias nacionais possam regular os efeitos das arbitragens internacionais para que só assim se permita que elas tenham eficácia jurisdicional e possam se valer da coercibilidade do aparato estatal.

³²⁵ TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. Controle judicial do processo arbitral ? In: WALD, Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 3, p. 329-375, p. 373.

³²⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. **Manual de Arbitragem**, p. 73.

³²⁷ Refere-se aqui à arbitragem transnacional em sentido estrito e, não, à arbitragem genuinamente internacional que estão baseadas em tratados internacionais.

O controle sobre a arbitragem, como visto em outro trecho, pode se dar pela via de recursos ou ações anulatórias (controle primário) ou pelo procedimento de reconhecimento e execução (controle secundário). Passar-se-á a abordar essas formas de controle pela ordem jurídica brasileira, tomando como referência os procedimentos arbitrais internacionais. Com essa análise, será possível compreender se o marco regulatório imposto pelo Estado brasileiro se mostra adequado às arbitragens internacionais, sejam elas conduzidas em seu território, sejam elas realizadas externamente. De plano, ressalte-se que não será tratado o controle sobre as arbitragens internas que não tenham qualquer nota de transnacionalidade.

5.3.1 Controle primário pela jurisdição brasileira

Primeiramente, deve-se assentar que o controle primário, em razão do critério geográfico eleito pela legislação brasileira no art. 34, parágrafo único, da LA, somente se dará sobre os procedimentos arbitrais realizados no território brasileiro.

Também força esclarecer que, nos termos do art. 18 da LA, não caberá recurso ao Judiciário que, por isto, não poderá rever o mérito da sentença arbitral. Igualmente se rejeita a submissão da sentença arbitral à homologação judicial, não importando se o procedimento é internacional ou não. É claro que, quanto a este último ponto, está se referindo à arbitragem com notas de internacionalidade que seja realizada no Brasil, pois, em posição contrária, o regime francês exige que a eficácia da sentença arbitral interna pressupõe homologação judicial por expedito procedimento e estipula que a sentença arbitral internacional produzida em sua órbita deverá passar pelo procedimento de reconhecimento e execução à semelhança dos laudos estrangeiros.

Em essência, o controle primário da sentença arbitral pela jurisdição brasileira se faz através de ação de anulação, cujas hipóteses de cabimento estão contempladas no art. 32 da LA. Segundo o referido dispositivo, pode ser anulado o procedimento arbitral se: a) nula a convenção de arbitragem; b) incompetente o árbitro; c) inobservados os requisitos formais do laudo (relatório, fundamentação, dispositivo, data e lugar de prolação); d) a sentença estiver fora (*extra*) ou ido além (*ultra*) da convenção de arbitragem; e) comprovada prevaricação, concussão ou corrupção passiva; f) proferida fora do prazo estipulado para o ato; g) desrespeitados os preceitos processuais fundamentais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento. Se fosse exigido sintetizar todas essas hipóteses em três classes, poder-se-ia afirmar que o controle primário visa

verificar se (i) a competência dos árbitros se funda em convenção de arbitragem válida, (ii) se foram respeitados princípios fundamentais processuais e (iii) se o resultado da decisão se mostra compatível com os preceitos da ordem pública brasileira.

Calha observar que o citado art. 32 não a contempla expressamente. Por conseguinte, poder-se-ia questionar se correta ou não a inclusão da ordem pública entre as causas de anulabilidade da sentença arbitral, como proposto no parágrafo anterior. Porém, pode se extrair essa causa de anulabilidade do próprio sistema normativo, nomeadamente do art. 2º, § 1º, da LA, onde se estipula as partes podem escolher as regras de direitos que serão aplicadas à arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Nesse mesmo sentido, Ricardo de Carvalho Aprigliano pondera que, para a sentença arbitral interna, a ordem pública pode configurar um duplo requisito. Um primeiro para regular a escolha, pelas partes, das regras aplicáveis ao fundo da controvérsia. E, um segundo para limitar a sentença arbitral³²⁸.

O controle primário imposto pela ordem jurídica brasileira, apesar de mais extenso do que em outros regimes acima descritos, não parece fragilizar o instituto de arbitragem. No entanto, ao deixar de diferenciar a arbitragem interna da arbitragem internacional realizada em solo local, o legislador terminou por submeter a sentença arbitral internacional proferida no Brasil a regime de controle que pode levar o juízo arbitral a ter que atender particularidades nacionais inscritas em regras impositivas, quando, por outro lado, o procedimento envolve interesses transnacionais que podem não guardar conexão forte com a ordem jurídica local. Seria estranho obrigar que uma sentença arbitral proferida no Brasil tivesse que observar a ordem pública local, se a relação jurídica debatida envolva nacionais de outros países, se o direito aplicável são regras jurídicas estrangeiras e se possivelmente o laudo não será executado em terras brasileiras. Não é por outra razão que outros regimes jurídicos adotam soluções diversas, partindo de disposições que diferenciam a arbitragem genuinamente nacional da arbitragem internacional e ditando normas para esta última mais permissivas que deixam maior espaço à autonomia da vontade³²⁹.

A imperfeição retratada no parágrafo anterior passa pela discussão sobre os regimes unitário, dualista e semidualista (monista internacionalizante). Já se consignou que o Estado

³²⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e arbitragem**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 46-47.

³²⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

brasileiro fez uma opção política pelo regime unitário. Explica-se que a escolha legislativa pendeu para o regime unitário, pois se intencionava garantir à arbitragem interna o mesmo tratamento da arbitragem internacional que, em tese, seria mais liberal e favorável. Nesse norte, Carlos Augusto da Silva Lobo defende a escolha pelo regime unitário, afirmando que, como se estava desenhando na LA uma nova moldura para arbitragem no Brasil, seria mais adequado que se tomassem por parâmetro os preceitos dedicados à arbitragem internacional para também aplicá-los à arbitragem interna, já que, sem esse ponto de partida para definir a legislação apropriada, o legislador poderia tender a redigir normas contaminadas por preconceitos então reinantes àquela época da edição da lei³³⁰.

Entretanto, não se concorda com a tese de que a opção pelo regime unitário foi acertada para a ordem jurídica brasileira. O que se percebeu da exposição feita é que, ao igualar a arbitragem interna à internacional, ao invés de modernizar aquela (interna), terminou impondo a esta (internacional) regras impositivas que refreiam o seu desenvolvimento, subjugando-a a regras que limitam a autonomia da vontade a padrão distinto daquele verificado na ordem internacional e que ainda estabelecem um incisivo controle que pode reprimir os efeitos que a arbitragem transnacional poderia gerar sobre outras jurisdições. Da mesma opinião é João Bosco Lee para quem, ao unificar o regime de enquadramento das arbitragens interna e internacional, “[...] a Lei 9.307/96 submete a arbitragem internacional a regras restritivas e arcaicas, fundamentadas na prática judiciária e, por consequência, ignora questões essenciais da arbitragem comercial internacional”³³¹. Logo, quando se vier a pensar numa reforma legislativa, certamente terá que ser considerada a possibilidade de redigir provisões específicas à arbitragem internacional.

Ademais, ressalve-se que o controle primário abrange outros aspectos não analisados neste momento, como, por exemplo, a possibilidade de ser questionada a validade da decisão arbitral através dos mecanismos de defesa do devedor na fase de cumprimento de sentença. No entanto, esses e outros aspectos extrapolam o escopo deste estudo, pois tocam mais à arbitragem interna do que a internacional.

³³⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. Op. cit., p. 9.

³³¹ LEE, João Bosco. O problema do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO (Coord.). **Arbitragem e Seguro, Comércio Eletrônico e Seguro**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 45-46.

5.3.1.1 Pode ser afastado o controle primário por vontade das partes ?

Diferentemente de outros regimes nacionais, a LA não prevê expressamente a possibilidade de as partes renunciarem ao controle da sede da arbitragem. Significaria esse silêncio que a lei permitiria a renúncia pela vontade das partes ou que, não havendo literal autorização legal, estaria vedada a renúncia ?

Há quem entenda possível a renúncia à ação anulatória, uma vez que a autonomia da vontade que se faz presente intensamente na arbitragem permitiria a escolha das partes em afastar o controle primário. Adriana Braguetta, ao defender a possibilidade da renúncia, estabelece apenas dois parâmetros: a) em se tratando de laudo que será executado no território brasileiro, poderá ser questionada a renúncia da ação anulatória baseada na violação da ordem pública, pois a renúncia poderia esconder fraude ou vício grave, como a inarbitrabilidade objetiva ou desrespeito à ampla defesa; b) por outro lado, no caso de laudo que não for executado no Brasil, deve prevalecer a renúncia acordada pelas partes³³².

Diferentemente, há outros que compreendem que não se poderia renunciar o recurso de anulação, pois não se poderia impedir de o Judiciário, sob o título de estar apreciando violação ou ameaça de lesão à direito, sindicar a validade de sentença arbitral proferida na jurisdição brasileira³³³.

A controvérsia ganha renovado ânimo com o Novo Código de Processo Civil que, em seu art. 25, *caput*, estatuiu que “Não compete à autoridade judiciária brasileira o processo e julgamento de ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional”³³⁴.

Pela ótica do citado dispositivo, na arbitragem transnacional que esteja fundada em cláusula compromissória de contrato internacional onde tenha sido estipulada cláusula eletiva de foro para a ação anulatória, poderia ser afastada a competência internacional do Judiciário brasileiro para o controle primário de laudo proferido nesse procedimento arbitral. De logo se afasta qualquer discussão se se tratar de arbitragem puramente local. Portanto, numa primeira leitura daquele artigo, poder-se-ia pensar ser possível o afastamento do controle de legalidade da sentença proferida em arbitragem internacional sediada no Brasil através de cláusula eletiva de foro.

³³² BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**: visão a partir do Brasil, p. 354.

³³³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, p. 338.

³³⁴ BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 mar. 2015.

No entanto, as repercussões da renúncia desse controle podem colocar em dúvida a interpretação delineada no parágrafo anterior. Se se entender que poderá se derogada a jurisdição brasileira, isso significará que outra jurisdição – aquela indicada pelas partes no contrato internacional – terá a competência para apreciar a validade da sentença. Porém, é preciso destacar que as regras de competência internacional definidas por um Estado não são determinantes para outro. Em outras palavras, o fato de o Estado brasileiro fixar não ter competência internacional para uma causa não levará outro Estado a ter que aceitar essa jurisdição que foi rejeitada pela lei brasileira. Esse Estado soberanamente definirá sua competência internacional por leis próprias, admitindo ou não aquela causa. Nesse cenário, pode ocorrer de, no caso de afastamento do controle de legalidade da sentença arbitral por eleição de foro, a parte não ter a quem recorrer, pois nenhuma outra legislação estrangeira pode ter adjudicado para si a competência sobre aquela sentença arbitral. A situação retrataria claramente uma hipótese de *denial of justice*, com a qual não se pode concordar.

É verdade que eventualmente pode ocorrer de se verificar uma concorrência de competências internacionais para pedidos de anulação, como ventila Renata Alvares Gaspar ao descrever uma hipótese em que a sede da arbitragem escolhida pelas partes não seja a mesma em que tramitou o procedimento, havendo tribunais de diferentes Estados (o Judiciário da sede e o Judiciário do local do procedimento) que se afirmem competentes para julgar ação anulatória em razão dos elementos de conexão referentes à sede e ao local de procedimento³³⁵. Inclusive, em outro tópico desse estudo, aludiu-se à possibilidade das sentenças arbitrais de plúrimas nacionalidades. Em se estabelecendo mais de um laço (mais de uma nacionalidade), a arbitragem poderia estar sujeita à jurisdição dos Estados que a enquadrassem como interna.

Nesse caso, não se caracterizaria a situação patológica de não haver a quem a parte prejudicada pudesse recorrer, pois, embora derogado o controle primário pelo Judiciário local, restaria a ela acionar a jurisdição do Estado que afirmasse a sua competência sobre a legalidade da arbitragem, mesmo que desenvolvida no Brasil.

Confrontado com a controvérsia, Ricardo Ramalho Almeida admite a dificuldade de se encontrar uma resposta e propõe duas soluções: a) no caso de se entender concorrente a jurisdição sobre o controle primário da sentença arbitral que tenha dupla ou múltipla nacionalidade, será válida a eleição de foro contida em contrato internacional para derogar

³³⁵ GASPAR, Renata Alvares. **Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 173.

a competência internacional brasileira em favor de jurisdição onde será executada a sentença arbitral; b) se se entender que a jurisdição é exclusiva do Estado brasileiro, não será eficaz a cláusula eletiva de foro, de maneira que ficará resguardado o controle primário da sentença arbitral, principalmente se for executável no Brasil³³⁶.

No estado atual da ordem jurídica brasileira, afigura-se razoável a posição acima exposta, pois, de um lado, evitar-se-á o odioso *denial of justice* e, de outro, garantirá às partes espaço para a autonomia da vontade se o laudo puder ser controlado em outra jurisdição, onde, inclusive, será executado.

5.3.2 Reconhecimento e cumprimento de laudos estrangeiros

No sistema brasileiro, o reconhecimento e a execução de laudos estrangeiros – o chamado controle secundário – se efetiva através de procedimento próprio que é regulado internamente, mas cujas hipóteses de recusa para a recepção da sentença arbitral são padronizadas pela Convenção de Nova Iorque.

Nesse sentido, estabelece-se um diálogo entre a Convenção de Nova Iorque, a LA e o Novo Código de Processo Civil. A própria LA reza em seu art. 34, *caput*, que a recepção dos laudos arbitrais deverá ser feita de acordo com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, com aplicação de suas disposições. Da mesma forma positiva o art. 960, § 3º, do Código de Processo Civil, que determina o procedimento para homologação das decisões judiciais estrangeiras se aplica às decisões arbitrais estrangeiras, mas apenas de forma subsidiária, pois, por primeiro, deverá ser observado o disposto em tratado e em lei específica.

Depreende-se que, em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, reconhece-se expressamente a primazia do direito internacional contido em tratados internacionais, notadamente da Convenção de Nova Iorque em razão de sua vocação universalista. Além da Convenção de Nova Iorque, o Estado brasileiro é parte em outros tratados de âmbito mais restritos que lidam com o mesmo objeto, como no contexto interamericano e mercosulino, não podendo, porquanto, ser esquecidos.

³³⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Competência internacional para a ação anulatória de sentença arbitral e a eleição de foro no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 12, n. 47, p. 85-103, p. 101-102.

Sem embargo dessa prevalência dos tratados internacionais, estranha o fato de o Superior Tribunal de Justiça – órgão competente na estrutura do Judiciário brasileiro para o reconhecimento das decisões estrangeiras – pouco se referir a esses tratados internacionais em suas decisões sobre a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, preferindo invocar as disposições da LA como fundamento para a concessão do *exequatur*. A essa mesma constatação chegou Albert Jan Van Den Berg que ainda enaltece que, apesar de quase não mencionar as convenções internacionais sobre o tema, o Judiciário brasileiro tem firmado posição jurisprudencial que se harmoniza com o objetivo da Convenção de Nova Iorque³³⁷, o que poderia parecer contraditório. De qualquer forma, é de reconhecer que o Superior Tribunal de Justiça, como ressaltado pelo jurista holandês, tem desenvolvido uma interpretação favorável ao reconhecimento das sentenças arbitrais, valorizando a arbitragem transnacional, mesmo que realizada fora do território nacional.

Os fundamentos para recusa do laudo arbitral estão previstos no art. 38 da LA e no art. V da Convenção de Nova Iorque. O dispositivo da lei interna se coaduna com o tratado internacional, não se identificando atritos entre eles. A partir desses dois diplomas, podem ser divididos em dois grupos os motivos para rejeição do laudo: a) causas que dependem da provocação e comprovação da parte requerida; b) causas que podem ser declaradas de ofício pelo Judiciário. Na primeira classe, encontram-se: a) incapacidade das partes; b) invalidade da convenção de arbitragem; c) ausência de notificação das partes quanto à constituição da arbitragem; d) violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa; e) sentença arbitral *ultra e extra petita*; f) instituição do tribunal arbitral em desconformidade com a convenção de arbitragem; g) sentença arbitral não obrigatória, anulada ou suspensa. Dois os motivos que podem ser conhecidos *ex officio* pelo tribunal: a) inarbitrabilidade objetiva; b) ofensa à ordem pública.

Dessas causas elencadas no parágrafo anterior merece atenção a contrariedade à ordem pública.

³³⁷ BERG, Albert Jan Van Den. The New York Convention and its application by brazilian courts. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 5, p. 453-515, p. 453.

5.3.2.1 A ordem pública internacional como motivo de recusa do reconhecimento de laudo estrangeiro

A conceituação de ordem pública não é fácil em razão da sua larga abertura semântica. Podem encaixar na ideia de ordem pública normas de caráter material e também processual. E, como indefinido o seu significado, potencializa-se o controle secundário do Estado de recepção que poderia vir a sindicatá-lo até mesmo o mérito da sentença arbitral sob o volátil fundamento da ordem pública.

A função do filtro da ordem pública é tradicionalmente vista como uma salvaguarda da ordem jurídica interna que excepciona a sua aplicação de suas regras imperativas para permitir que um ato jurídico regulado por outra legislação soberana possa gerar efeitos no território de recepção³³⁸. Estendendo esse mesmo raciocínio à arbitragem, a aplicação prática da ordem pública, enquanto parâmetro para resguardar o direito interno, serve como um “termômetro que mede a temperatura do clima de confiança entre arbitragem e justiça estatal”³³⁹. Quanto menos invocada a ordem pública para barrar sentenças arbitrais estrangeiras, maior a confiança de que os procedimentos arbitrais realizados sob égide de outras legislações não ultrapassam os limites impostos pelo direito interno.

A LA, ao tratar dessa causa de recusa, referiu-se à ordem pública acrescentando o adjetivo “nacional”. Ao qualificar o motivo de rejeição com esse predicado, pode-se ter a impressão de que a legislação brasileira impõe aos laudos estrangeiros a observância dos preceitos fundamentais internos, diga-se, regras impositivas nacionais. Se violados esses parâmetros locais, não se poderia reconhecer a sentença estrangeira. Com isto, estar-se-ia a aplicar forçadamente regras internas a uma relação jurídica que, em razão de sua internacionalidade, não mantém laços apenas com a soberania brasileira.

Tome-se o seguinte exemplo. A Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal prevê, em seu art. 42(3), que a sentença arbitral deverá ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado. Por outro lado, a LA estipula em seu art. 26, II, que a fundamentação é requisito obrigatório da sentença e, ainda, prevê como causa de anulação a ausência de fundamentação (art. 32, III). Se eventualmente uma sentença arbitral proferida em Portugal sem fundamentação por vontade das partes vier a ser invocada no Brasil, deveria o Judiciário

³³⁸ GASPAR, Renata Alvares. Op. cit., p. 200.

³³⁹ Ibid., p. 218.

negar o *exequatur* por considerar violada a ordem pública ? Antes de responder essa indagação, é preciso fazer outras considerações.

A Convenção de Nova Iorque possui uma redação diferente sobre este ponto. Ao tratar dessa hipótese de rejeição, o mencionado tratado internacional em seu art. V(2)(b) apenas se refere à “ordem pública daquele país”. O acordo multilateral não precisa que a ordem pública impeditiva da homologação seja nacional, abrindo espaço para a interpretação, embora Albert Van Den Berg admita que a noção, que na prática jurisprudencial tem sido trabalhada para a Convenção de Nova Iorque, seja a da uma ordem pública internacional³⁴⁰.

Não se pode perder de vista que a arbitragem realizada fora do território nacional para a qual é pedido o reconhecimento ostenta elementos de internacionalidade que podem fundamentar questionamentos sobre se deveria ser aplicada a ordem pública no sentido da impostergável conformação da sentença arbitral às normas imperativas do Estado de recepção.

É por esta razão que Ricardo de Carvalho Aprigliano pondera que a objeção da ordem pública deve ser balanceada pela realidade internacional do comércio e das relações jurídicas, não devendo se voltar às particularidades do Estado em que se persegue a homologação da decisão estrangeira³⁴¹. Daí se falar que, além da ordem pública nacional, há também a ordem pública internacional que seria esse parâmetro adequado à característica internacional dos atos estrangeiros. Assim, entende o citado estudioso que a ordem pública que deve ser investigada pelo Estado brasileiro ao analisar pedido de reconhecimento e execução de decisão arbitral não é aquela que diz respeito às normas cogentes que se adotam imperativamente para as relações internas, mas, sim, o conjunto de valores e preceitos fundamentais que são adotados pelo Estado brasileiro em suas relações internacionais³⁴². Assim, na visão do citado autor, a ordem jurídica que deve ser interpretada como hipótese de rejeição do laudo arbitral é essa com caráter internacional (ordem pública internacional) e, não, aquela presa aos comandos normativos domésticos (ordem pública nacional). Com a adoção de uma vertente internacional para a ordem pública, abre-se a órbita interna para receber ato jurídico alienígena que se conforma à ordem internacional, não podendo o Estado

³⁴⁰ BERG, Albert Jan Van Den. Op. cit., p. 490.

³⁴¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit., p. 56.

³⁴² Ibid., p. 54.

de recepção impor critérios normativos internos que não encontrem ressonância naquela ordem internacional.

É nessa linha que se entende que deva ser interpretada a ordem pública no tema do reconhecimento e execução dos laudos estrangeiros. Apesar do texto da LA, deve-se prestigiar a Convenção de Nova Iorque, emprestando-lhe o sentido que tome em consideração a noção de ordem pública internacional.

Retornando à questão posta, partindo da premissa da ordem pública em seu sentido internacional, deve-se concluir que a sentença arbitral portuguesa, mesmo ausente a fundamentação, deve ser acolhida pela ordem jurídica brasileira, pois a exigência da fundamentação, embora seja um requisito indispensável para a órbita interna, não o é no plano internacional, onde se compartilha a concepção de que a autonomia da vontade pode dispensá-la. A esse respeito, pode ser citado o art. 31(2) da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional que possibilita a dispensa da fundamentação. Assim, a ausência de fundamentação da sentença arbitral não poderia ser tida como violação da ordem pública internacional.

5.3.2.2 A sentença arbitral anulada pela jurisdição da sede da arbitragem

Ainda a respeito da homologação e reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, outra causa de recusa de recepção que provoca discussão se refere à anulação do laudo pela jurisdição do Estado sede.

Posições doutrinárias se digladiam sobre esse aspecto. Defendem uns que o Estado de recepção não poderá homologar sentença arbitral anulada na sede³⁴³. Outros sustentam que a decisão anulatória da sede não poderia vincular o Estado da recepção que poderia qualificar a sentença arbitral conforme seus próprios parâmetros³⁴⁴. Essa discussão tangencia a tese já mencionada da deslocalização da arbitragem internacional³⁴⁵.

A par dessa insolúvel divergência, há que se constatar que a LA, em seu art. 38, VI, indica como causa de recusa a circunstância de ter sido anulada a sentença arbitral pelo órgão

³⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, p. 473; BRAGUETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, p. 111.

³⁴⁴ WALD, Arnoldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. (Coord.). **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 55-72, p. 62.

³⁴⁵ Sobre a teoria da deslocalização, vide o item 2.3.2.

judicial do país onde a sentença arbitral foi proferida. Não deixa a legislação nacional espaço para divagações.

Nem se questione que a LA colidiria com a Convenção de Nova Iorque. Pelo contrário. A Convenção de Nova Iorque prevê que poderia ser recusada a sentença arbitral que foi anulada “[...] pela autoridade competente do país em que, ou conforma a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”³⁴⁶. Portanto, o tratado multilateral estipula que pode ser recusada a sentença arbitral não só pela anulação da sede, mas também pela anulação da jurisdição da lei que foi aplicada ao procedimento arbitral. Porém, é de convir que, em razão da cláusula de compatibilidade referente ao direito mais favorável, deve prevalecer nesta específica questão a LA, pois a sua disciplina (anulação apenas pela sede) se mostra menos restritiva à circulação dos laudos.

É de admitir que a interpretação pela impossibilidade a concessão do *exequatur* à sentença anulada na sede permite que se estabeleça uma organizada coordenação entre as jurisdições competentes para exercer o controle primário sobre os laudos arbitrais. É utópico pensar que se chegará o dia em que os Estados conseguirão uniformizar o controle primário, padronizando as causas de anulabilidade da arbitragem. Cada Estado possui uma concepção própria do instituto que se reflete no enquadramento legal do procedimento. No entanto, como enfatiza Adriana Braghetta, isso não impede que se possa harmonizar o controle dos laudos arbitrais com vocação internacional através do respeito das diferenças dos diversos sistemas jurídicos e, ao mesmo tempo, com a aceitação da decisão da sede anulatória³⁴⁷. Se for para desprezar a declaração de invalidade da sede, isso permitirá que o laudo possa ser levado a qualquer Estado para reconhecimento, obrigando aquele que obteve a invalidação da sentença a ter que se defender em todas as jurisdições em que for apresentado o laudo. De forma simples, estar-se-ia a fomentar o problemático *forum shopping*³⁴⁸. Noutra banda, ao consentir que a anulação judicial na sede da sentença arbitral impede que se reconheça e se execute essa decisão em outro país, evitar-se-ão o *forum shopping* e as contradições de decisões judiciais de órbitas soberanas sobre uma mesma decisão arbitral, já que poderá fortuitamente ocorrer de um Estado acolher o laudo reconhecendo a sua legalidade e outro rejeitar por vício que inquie a sua validade.

³⁴⁶ BRASIL. Decreto nº. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. de 2002.

³⁴⁷ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**, p. 207-208.

³⁴⁸ Com maior detalhe, veja o item 2.3.1.2.

Mesmo assim, pode-se vislumbrar uma exceção ao efeito da declaração de anulabilidade da sentença arbitral pelo Estado sede. Na hipótese de a sentença judicial de invalidação se mostrar contrária à própria ordem pública, poderá o Estado de execução ignorar a declaração de nulidade e conceder o *exequatur* à sentença arbitral. Note-se que, neste caso, não é a decisão arbitral que se submeterá ao escrutínio da ordem pública – leia-se ordem pública internacional – pelo Estado acolhedor, mas a sentença de anulação proferida pelo Estado sede. Se essa sentença se mostrar viciada por patológico protecionismo do Estado sede que tiver aplicado normas desproporcionalmente restritivas para infirmar o laudo, razoavelmente se compreende que o Estado de execução poderá homologar e cumprir a sentença arbitral, rejeitando a declaração de invalidade.

Não se enxerga motivo para deixar de aplicar o mesmo raciocínio – desconsideração da anulação da sede que contrarie a ordem pública internacional – no quadro regulatório brasileiro para o reconhecimento e execução de laudos arbitrais.

5.3.3 A concepção de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça

Firmadas essas premissas sobre o controle primário e secundário, oportuno avaliar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial (REsp) tombado sob o nº. 1.231.554 em que foi enquadrado, a partir da interpretação do art. 34, parágrafo único, da LA, como nacional laudo em arbitragem administrada por centro estrangeiro.

Faz-se mister consultar e estudar o entendimento jurisprudencial das cortes nacionais, pois o marco regulatório da arbitragem não é fixado apenas pelas leis e tratados, mas também pelo sentido e pela aplicação dados pelos tribunais a esses textos normativos.

A Nuovo Pignone Spa, empresa sediada na Itália, havia celebrado contrato de prestação de serviços envolvendo a plataforma da Petrobras P-36 que, em 2001, afundou na Baía da Campos, no Estado do Rio de Janeiro. Para a construção da referida plataforma atuou a Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. a quem a Nuovo Pignone Spa prestou serviços. Após o fatídico incidente da plataforma P-36, a Nuovo Pignone Spa iniciou procedimento arbitral perante a Petromec Inc. que é subsidiária da Marítima Petróleo e Engenharia Ltda. perante a Corte Internacional da CCI. Ao final do procedimento, o tribunal arbitral condenou a Petromec a pagar o valor de aproximadamente US\$ 2,6 milhões. Com isto, a Nuovo Pignone instaurou processo executivo para obter a satisfação da condenação em face daquelas duas empresas. A Petromec apresentou defesa questionado, entre outros pontos, a

validade do título executivo sob a alegação de que o laudo tinha sido proferido por árbitro indicado por tribunal estrangeiro, o que o tornava uma sentença arbitral estrangeira que deveria ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça antes de ser executada. Foi rejeitada a defesa pelo juízo de 1º grau, contudo acolhida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para extinguir o processo executivo. Dessa decisão judicial foi interposto recurso especial em que se objetou que seria nacional a sentença arbitral contestada, constituindo título executivo válido.

Ao proferir acórdão, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao apelo extremo para reverter a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e reconhecer a higidez do título que aparelhava o processo executivo.

Para definir a possibilidade de o laudo fundamentar processo executivo sem precisar do *exequatur*, a Corte de Justiça partiu de uma interpretação literal do art. 34, parágrafo único, da LA para consignar na ementa que “No ordenamento jurídico pátrio, elegeu-se o critério geográfico (*ius solis*) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida”³⁴⁹. Em seu voto, a Min. Nancy Andrichi, após reconhecer que a Convenção de Nova Iorque havia relegado aos Estados definirem a internacionalidade ou não das sentenças arbitrais, consignou que o Tribunal de Justiça havia considerado que a sentença arbitral tinha sido proferida no Rio de Janeiro, o que, para efeito de definir a nacionalidade da sentença, tornava irrelevantes o fato de ter sido requerido o procedimento arbitral à Corte Internacional de Arbitragem da CCI sediada na França e o detalhe de o procedimento ter sido conduzido de acordo com o Regulamento de Arbitragem da CCI. Para robustecer seus argumentos, a ministra ainda destacou que as circunstâncias de o árbitro ser brasileiro, de o idioma adotado ser o português e de ter sido aplicado o direito nacional denotavam a vontade das partes de conferirem a nacionalidade brasileira à arbitragem.

Ao debruçar-se sobre a decisão, Albert Van Den Berg comentou que a fundamentação se harmonizava com a Convenção de Nova Iorque, cujo art. I(1) havia adotado uma definição primeira puramente territorial que era replicada pela LA³⁵⁰. Da mesma

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1231554/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, 24 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico de 01 de jun. de 2011.

³⁵⁰ BERG, Albert Jan Van Den. Op. cit., p. 467.

forma se posiciona Francisco Cláudio de Almeida Santos para quem a decisão consolida o instituto da arbitragem no Brasil³⁵¹.

Não obstante, a fundamentação da decisão do tribunal superior desprestigia o conceito de sede como elemento fundamental para definir a ligação da arbitragem internacional com a ordem jurídica brasileira. Como visto previamente, o enquadramento da sentença arbitral estrangeira não deve se fundar numa interpretação literal do art. 34, parágrafo único, da LA³⁵². O âmbito espacial de aplicação da legislação arbitral brasileira deve ser delimitado por um enfoque territorial que diga respeito à sede voluntariamente escolhida pelas partes.

No entanto, podem ser individualizados traços no acórdão que evidenciam que, ainda que involuntariamente, a corte superior tomou em consideração a vontade das partes e outros elementos para situar a arbitragem em terras brasileiras.

Num dado momento, a julgadora pontuou que seria irrelevante a localização estrangeira da instituição de arbitragem, pois a sentença havia sido proferida no Rio de Janeiro, “[...] local escolhido consensualmente pelas partes [...]”³⁵³. Em outra parte, foi declinado que havia dados que robusteciam a vinculação da sentença com a órbita brasileira, quais sejam, a nacionalidade do árbitro, a idioma nacional e a aplicação da legislação local.

Se realmente o critério puramente territorial do lugar onde proferida a sentença fosse suficiente, não se faria indispensável trazer ao julgamento aquelas ponderações sobre a escolha consensual da sede e sobre aqueles elementos circunstanciais. É realmente a sede da arbitragem que deve ser valorizada para coordenar os controles primário e secundário do Estado brasileiro.

³⁵¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A nacionalidade da sentença arbitral: critério territorialista do direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 8, n. 30, 271-286, jul./set. 2011, p. 271.

³⁵² Vide item 5.2.3.

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1231554/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, 24 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico de 01 de jun. de 2011.

6 CONCLUSÃO

A arbitragem é um modo consensual de resolução de controvérsias pela qual se confia a um terceiro a tarefa de decidir a disputa a partir de parâmetros definidos pelos próprios contendores. A sua essência está exatamente na autonomia da vontade daqueles que recorrem a ela.

O instituto da arbitragem evidencia uma natureza que a liga fortemente ao direito internacional. No passado, estadistas e monarcas eram convidados a participar de procedimentos arbitrais entre Estados. Disputas de fronteiras, compensações por atos de guerra e divergências comerciais foram resolvidas por essa ferramenta à falta de um órgão jurisdicional internacional que pudesse pacificar o litígio com determinação vinculante. Com o passar do tempo, a arbitragem foi se modificando, ganhando diferentes contornos e permitindo a participação de novos atores internacionais. É concedido espaço para organizações internacionais e até para pessoas privadas que passam a se confrontar com Estados em procedimentos arbitrais.

É certo que, com a maior interação entre as pessoas privadas submetidas a distintas órbitas soberanas, seria natural que passassem ser mais comuns divergências entre essas pessoas. Por outro lado, nessas situações contenciosas, o aparato judicial de uma delas não poderia contar com a aceitação da outra, já que se poderia duvidar da neutralidade do foro judicial e da adequação da lei local, quando nem mesmo esse direito foi escolhido pelas partes para regular sua relação jurídica. Assim, tornou-se conveniente o recurso à arbitragem que poderia oferecer a essas pessoas privadas um modo transnacional de resolução de disputas que não estaria preso ao direito nacional de nenhuma delas. Podem as partes definir as regras de direito adequadas ao litígio, podendo eleger, inclusive, normas do chamado direito transnacional.

As principais características da arbitragem são: a) a autonomia da vontade; b) a neutralidade; c) a exequibilidade; d) a celeridade; e) a especialidade dos árbitros; f) a confidencialidade; g) a flexibilidade. Todas elas se fazem presentes nas arbitragens internacional e doméstica, embora com peculiaridades próprias. Por exemplo, a neutralidade nas arbitragens internacionais é vista comumente como a diferença de nacionalidade entre o árbitro e as partes.

Por outro lado, a arbitragem internacional pode ostentar diferentes roupagens: a) arbitragem de direito ou de equidade; b) arbitragem *ad hoc* ou institucional; c) arbitragem

interestatal, mista ou privada. Suas múltiplas facetas evidenciam a sua ampla funcionalidade nas relações internacionais em diversas matérias. Exemplo é encontrado na CPA que possui regulamentos específicos para arbitragens que lidem com meio ambiente e questões espaciais.

A arbitragem internacional, na linha de pensamento de Gaillard, deve ser encarada a partir de uma representação que a funde numa ordem jurídica própria e autônoma. Ela não está enraizada numa ordem jurídica nacional, nem mesmo no conjunto das ordens jurídicas estatais que reconheçam a sua validade. Seria impensável conceber que uma sentença arbitral proferida nos quadros de uma arbitragem fundada no compromisso arbitral de um tratado pudesse ficar suscetível ao controle ou homologação de uma jurisdição nacional. Porquanto, não há forte debate acerca da autonomia da arbitragem internacional nessas hipóteses. No entanto, a discussão sobre a deslocalização da arbitragem ganha sentido quando se esteja referindo a um procedimento transnacional, cujos elementos o vinculam a mais de uma ordem jurídica nacional, como é o caso da arbitragem comercial internacional entre pessoas privadas.

O Estado brasileiro não se mostra avesso às arbitragens internacionais, quando se fala em recorrer a esse mecanismo para dirimir litígios internacionais com outros Estados ou organizações internacionais, tanto no plano global quanto regional. Vale dizer, enquanto participe de arbitragens internacionais, o Estado brasileiro mostra-se afeito a esse instrumento de resolução pacífica de disputas. Apenas a título exemplificativo, pode-se recordar que o Brasil é signatário das Convenções de Haia que criaram a CPA, bem como aderiu ao Protocolo de Olivos que modernizou o sistema arbitral do Mercosul.

No entanto, quando se trata de regular a arbitragem internacional que envolva pessoa privada num dos polos da relação, o país tem uma posição reticente. No campo dos investimentos estrangeiros, é bastante conhecida e debatida a atuação do CIRDI. O Estado brasileiro não é parte da Convenção de Washington que instituiu esse centro de arbitragem. Essa resistência se reflete na inércia do país em aprovar acordos bilaterais de proteção e promoção de investimentos com outras nações. No entanto, a questão não parece que deva ser focada no tratamento privilegiado que poderia ser concedido aos estrangeiros, mas, sim, na proteção dos interesses dos nacionais brasileiros que poderiam se utilizar da arbitragem internacional para obter a tutela de seus direitos e, com isto, obter acesso à justiça num sentido material.

Em 2015, o Estado brasileiro assinou seis acordos de cooperação e facilitação de investimentos, o que poderia denunciar uma mudança de postura. No entanto, pelo menos quanto ao aspecto jurisdicional da arbitragem, é de ver que o Brasil demonstra ainda uma atitude cuidadosa, pois não é previsto nesses acordos a possibilidade de arbitragens no modelo investidor-Estado. De qualquer forma, é de se admitir que já é um passo em favor da proteção dos interesses nacionais no estrangeiro, mesmo que através de uma arbitragem interestatal.

O interno marco regulatório da arbitragem espelha as principais normativas internacionais, notadamente a Lei-Modelo da UNCITRAL e a Convenção de Nova Iorque. Percebe-se claramente um diálogo entre o direito internacional e o direito interno, onde este se acomoda às prescrições daquele. Assim, quando se aborda a questão do enquadramento da sentença arbitral proferida fora do território local, a ordem jurídica brasileira não se mostra hostil às concepções que dominam o cenário internacional, permitindo que as sentenças arbitrais possam gerar efeitos internamente.

Por outro lado, o enfoque dado às sentenças arbitrais internacionais proferidas em terras brasileiras permite um controle que não se mostra adequado. Ao adotar um regime unitário de enquadramento das arbitragens internas e internacionais, a lei brasileira igualou o controle judicial sobre as sentenças proferidas nesses procedimentos. A ideia seria fazer com que se modernizasse a regulação da arbitragem interna a partir dos mesmos modelos da arbitragem transnacional. No entanto, essa uniformização refreia avanços que poderiam ser dados numa regulação mais apropriada à arbitragem internacional realizada no território doméstico, como, por exemplo, a possibilidade de renúncia expressa da ação anulatória e a recusa do *exequatur* com base na chama ordem pública internacional.

Da mesma forma, não se entende correta a interpretação literal que pode ser feita da LA para “ancorar” a sentença arbitral internacional na jurisdição nacional. Desprezar a sede escolhida pelas partes e prestigiar um dado meramente circunstancial – local onde proferido o laudo – não contribuem para que a arbitragem internacional possa se tornar um útil instituto aos interesses nacionais. É preciso que se interprete o enquadramento das sentenças arbitrais internas e estrangeiras a partir da definição, pelas partes, da sede da arbitragem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS, ARTIGOS, DISSERTAÇÕES, TESES E DOCUMENTOS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____, Hildebrando Pompeu Pinto. Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty: Volume V (1952-1960)**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 399-401.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Competência internacional para a ação anulatória de sentença arbitral e a eleição de foro no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 12, n. 47, p. 85-103, out./dez. 2015.

ALVES, Mariana Cattel Gomes; BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Arbitragem institucional ou *ad hoc*. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Org.). **Arbitragem nacional e internacional: Os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 11-27.

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. As instituições do Mercosul. In: Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 435-462.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e arbitragem: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). **Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53-82.

AYMONE, Priscila Knoll. **A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional**. 227f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

_____, Manuel Pereira. Princípios orientadores da nova Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) portuguesa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 37, p. 413-422, abr./jun. 2013.

_____, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. 1, n. 54, p. 35-140, jan./mar. 2014.

BASSO, Larissa de Santis. Contratos transnacionais e o fundamento da arbitragem comercial internacional: um enfoque didático. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Org.). **Arbitragem nacional e internacional: Os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 281-296.

BATISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. **V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial: intervenções**. Lisboa: Almedina, 2012.

BERG, Albert Jan Van Den. The New York Convention and its application by brazilian courts. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 5, p. 453-515.

BERNASCONI-OSTERWALDER-, Nathalie. Repensando a solução de controvérsias relacionadas a investimentos. **Pontes**. Genebra, v. 12, n. 1, p. 18-22, março 2016, p. 19.

BISMUTH, Régis. Anatomy of the law and practice of interim protective measures. **Journal of International Arbitration**, v. 26, n. 6, p. 773-821, nov./dez. 2009

BONATO, Giovanni. A arbitragem internacional na França e a arbitragem societária na Itália: algumas reflexões comparativas com o direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p.253-289, jan./jun. 2015.

_____, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 11, n. 43, p. 59-92, jul./set. 2014.

BORN, Gary. **State-to-State Arbitration at the Permanent Court of Arbitration**. 2012. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/2012/07/20/state-to-state-arbitration-at-the-permanent-court-of-arbitration/>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

BRAGHETTA, Adriana. **Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil**. 2008. 339f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Mensagem nº 1.079, de 11 de dezembro de 2002. Solicita a retirada de tramitação do texto do Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, submetido a consideração do Congresso Nacional pela Mensagem n.º 755, de 1998. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, 13 dez. 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (tradução de Ellen Gracie).

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 681-698.

_____, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 833-844.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

CARREAU, Dominique. Mondialisation et Transnationalisation du Droit International. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2006, p. 167-205.

_____, Dominique. **Droit international économique**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007.

CARVALHO, Erick Leonardo Freire; LOPES, Marcelo Leandro Pereira. **A Lei da Arbitragem e a Convenção de Nova Iorque à Luz do STJ: efeitos da Emenda Constitucional n. 45**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 6-28, maio/ago. 2013.

CARVALHO, Claudia Paiva; STORTI, Flávia Fonseca Parreira; FREITAS, Lucas Mendes Teixeira de. Corte Permanente de Arbitragem. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org.). **Manual de direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143-165.

CHASIN, Ana Carolina da Matta. **A assimilação da arbitragem no Brasil: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal**. 2015. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **A cooperação jurídica internacional em matéria penal-tributária como instrumento de repressão à criminalidade organizada transnacional: Globalização e novos espaços de juridicidade**. 2013. 375 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. Brasília: CNJ, 2015.

CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. O barão do Rio Branco no centenário de sua morte: memória, inspiração, legado. **Cadernos do CHDD**, Rio de Janeiro, número especial, p. 267-277, 2012.

CORRIE, Clint. International Commercial Arbitration in Brazil. **Comparative Law Yearbook of International Business**, Texas, vol. 35, p. 113-158, 2013.

COSTA, José Augusto Fontoura. Sobre Corvos e Ornitorrincos: arbitragem estrangeira e internacional no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 29, p. 59-73, jan./mar. 2011.

COSTA, Larissa Maria Lima. **A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI):** uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. 2006. 224f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

DALY, Brooks W. Permanent Court of Arbitration. In: GIORGETTI, Chiara (Ed.). **The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012, p. 37-73.

DAVID, René. **Arbitration in International Trade**. Haia: Kluwer Law and Taxation Publications, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DERAINS, Yves; MONTANS, Ana Paula. Os Princípios da Lealdade, Celeridade e Confidencialidade Codificados pelo Novo Decreto Francês de Arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 32, p.30-47, out./dez. 2011.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Tiago. O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID). In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, v. 4, p. 544-568.

EICHIN-AMARAL, Pedro. Arbitragem Internacional em Propriedade Intelectual. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 7-23, jan./mar. 2007.

ELIAS, Thiago Luis Carballo. Natureza jurídica da arbitragem. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Org.). **Arbitragem nacional e internacional: Os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 1-10.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos arbitrais estrangeiros: reconhecimento e execução**. Curitiba: Juruá, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem sobre o dever de revelar na Lei 9.307/1996. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 28, p. 65-82, jan./mar. 2001.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (Coord.).

Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISIG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 43-50.

FRANCHINI-NETTO, Miguel. Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Nova York, 10.6.1958, e Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, Panamá 30.1.1975: Pedido de Ratificação. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty**: Volume VII (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. p. 468-472.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration.** Haia: Kluwer Law International, 1999.

_____, Emmanuel. Three Philosophies of International Arbitration. In: ROVINE, Arthur W.. **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers.** Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 305-310.

_____, Emmanuel. **Teoria jurídica da arbitragem internacional.** Tradução de Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 106, p. 189-216, abr./jun. 2002.

GAMA JÚNIOR, Lauro. Artigo V (inciso 1 "E"): Recursos fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). **Arbitragem Comercial Internacional: a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 235-273.

GASPAR, Renata Alvares. **Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2009.

GIUSTI, Gilberto. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a Convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 5, p. 1209-1242.

GODINHO, Thiago José Zanini. Arbitragens relativas a operações de investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados sob a égide do ICSID. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org.). **Manual de direito processual internacional.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233-253.

GOUVEIA, Roberta Correa. Aspectos relevantes da Convenção de Nova Iorque. In: LEMES, S. F.; LEE, J. B. **Arbitragem nacional e internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 29-38.

GRAY, Christine; KINGSBURY, Benedict. Developments in dispute settlement inter-state arbitration since 1945. **The British Year Book of International Law**, Oxford, v. 63, n. 1, p. 97-134, 1992.

GUERRERO, Luís Fernando; NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo Silva. O Brasil como sede de arbitragens internacionais: a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 32, p. 120-158, jul. 2012.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **The ICSID Caseload – Statistics**. 2016. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_ENG_CRA-highres.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Annual Report 2015**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_ENG_CRA-highres.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

JORGE, A. G. de Araujo. **Introdução às obras do Barão do Rio Branco**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2012

KALICHSZTEIN, Juliana. **Homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

KLOR, Adriana Dreyzin de. MERCOSUR. Los laudos arbitrales: una visión prospectiva. **DeCITA – derecho del comercio internacional**: temas y actualidades, Buenos Aires, n. 1, p. 92-109, 2004.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. Modernização da arbitragem: os ensinamentos da reforma francesa de 2011. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 8, v. 29, abr./jun. 2011.

LALIVE, Pierre. Un Faux Problème: Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale? In: PHILIPPIN, Edgar et al (Ed.). **Mélanges en l'honneur de François Dessemontet**. Lausanne: Cedidac, 2009. p. 255-263, p. 263

LEITE, António Pinto. A nova lei portuguesa de arbitragem voluntária. **Revista de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 8, n. 33, p. 83-100, jan./mar. 2011.

LEMES, Selma Ferreira. **O desenvolvimento da arbitragem no Brasil e no exterior**. Valor Econômico, 1º ago. de 2008. Caderno Legislação e Tributos, p. E-2.

_____, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEE, João Bosco. A aplicabilidade da Convenção do Panamá sobre arbitragem comercial internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional. **Derecho del Comercio Internacional (DeCITA)**: Arbitraje, Buenos Aires, v. 1, n. 2, p. 190-216, 2004.

_____, João Bosco. O problema do direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO

(Coord.). **Arbitragem e Seguro, Comércio Eletrônico e Seguro**. São Paulo: Max Limonad, 2001

LEVINE, Eugenia. *Amicus curiae* in International Investment Arbitration: the implications of an increase in third-party participation. **Berkeley Journal of International Law**, Berkeley, v. 29, n. 1, p. 200-234, jan./jun. 2011.

LEVY, Daniel Andrade. Aspectos Polêmicos de Arbitragem no Mercado de Capitais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 7, n. 27, p. 7-37, jul./set. 2010.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 3, n. 9, p. 62-71, abr./jun. 2006.

MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARTINS, Sofia. A nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (parte 1). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 32, p. 111-131, jan./mar. 2012

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 2 v.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Retorno ao Brasil da ativista Ana Paula Maciel**. 2013. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2370:retorno-ao-brasil-da-ativista-ana-paula-maciel&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 18 mar. 2016.

MONTEIRO, António Pedro Pinto. Da ordem pública no processo arbitral. In: GUEDES, Armando Marques et al (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, v. 2, p. 589-673.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MOTA, Carlos Esplugues. Algunas breves reflexiones sobre el arbitraje comercial internacional en la nueva Ley española de arbitraje de 2003. **Derecho del Comercio Internacional (DeCITA)**: Arbitraje, Buenos Aires, v. 1, n. 2, p. 361-374, 2004.

MOYANO, Luis Garcia-Corrachano. El tratado americano de solución pacífica de controversias. **Revista Agenda Internacional**, Peru, Pontificia Universidad Católica, del Perú, v. 4, n. 8, p. 51-61, 1997.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. A escolha de regras de direito em arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem: temas contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NAÇÕES UNIDAS. **Treaty Collection: Commercial Arbitration**. 2016. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en> . Acesso em: 07 fev. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, v. 21, 2000.

NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Mercosul: do sistema de solução de controvérsias à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário brasileiro. **Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Révision**. Assunção, v. 2, n. 4, p. 27-47, 2014.

NUNES, Thiago Marinho. A prática das *anti-suit injunctions* no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 15-51, 2005.

OBADIA, Eloïse; NITSCHKE, Frauke. International Arbitration and the Role of the Secretariat. In: GIORGETTI, Chiara (Ed.). **Litigating International Investments Disputes: a Practitioner's Guide**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, p. 80-144.

OLIVEIRA, Fernando Henrique Fernandes de. **O Brasil na Arbitragem Comercial Internacional: Teoria, História e Instituições Contemporâneas**. 2012. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informacion General del Tratado B-35**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>>. Acesso em: 04 jan. 2016

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **General Information of the Treaty B-41**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-41.html>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informacion General del Tratado A-42: Tratado Americano de Soluciones Pacificas “Pacto de Bogota”**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html#8>>. Acesso em: 28 mar. 2016

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 249-273, jul./set. 2011.

PAULSSON, Jan. **Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin**. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, nº 2, abril de 1981, p. 358-387.

_____, Jan. Awards set aside at the place of arbitration. In: NAÇÕES UNIDAS (Org.). **Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects**. Nova Iorque: United Nations Publications, 1999, p. 24-26.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Annual Report**. 2015. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/02/PCA-annual-report-2015.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2005.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICCI, Edoardo. A Sentença Arbitral Brasileira com Nacionalidade de Outros Países. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, Curitiba, UFPR, v. 39, p. 23-34, 2003.

SACASA, Mauricio Herdocia. El resurgimiento del Pacto de Bogotá. **Revista Agenda Internacional**, Peru, Pontificia Universidad Católica, del Perú, v. 16, n. 27, p. 45-68, 2009.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A nacionalidade da sentença arbitral: critério territorialista do direito brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 8, n. 30, 271-286, jul./set. 2011

SECRETARIADO DA COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL. **UNCITRAL Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)**. 2014. Disponível em: <<http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=11&provision=281>>. Acesso em: 20 jan. 2016

SICA, Heitor Vitor Mendonça. A nova legislação espanhola em matéria de arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 132, p. 141-153, fev. 2006.

SILBERMAN, Linda; SCHERER, Maxi. Forum Shopping and Post-Award Judgments. **Peking University Transnational Law Review**. Shenzhen, v. 2, n. 1, p. 115-156, 2014.

SPADANO, Lucas Eduardo F. A. Arbitragem internacional. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (Org.). **Manual de Direito processual internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 187-210.

STOCO, Rui. MERCOSUL e internalização de suas normas. In: Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 2, p. 1229-1259.

TAQUELA, María Blanca Noodt. Comentarios de jurisprudencia uruguaya. **Derecho del Comercio Internacional (DeCITA)**: Solución de controversias, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p.371-374, 2004.

TIBURCIO, Carmen. Cláusula compromissória em contrato internacional: interpretação, validade, alcance objetivo e subjetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241, p. 521-566, mar 2015.

_____, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, mai./ago. 2014.

_____, Carmen. A Arbitragem de Investimento no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

VECINO, Magdalena Pereira. Solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). **Revista de Derecho**. Montevideú, n. 18, p. 123-147, 2010.

VERÇOSA, Fabiane. A liberdade das partes na escolha e indicação de árbitros em arbitragens internacionais: limites e possibilidade. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais – arbitragem e mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 711-732.

VERDUZCO, Alonso Gómez-Robledo. El "Pacto de Bogotá" sobre solución de controversias, a luz del caso relativo a las acciones armadas, fronterizas y transfronterizas, entre Nicaragua y Honduras (CIJ). In: VERDUZCO, Alonso Gómez-robledo. **Derecho Internacional: Temas selectos**. 5. ed. Nezahualcóyotl: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. p. 59-86

VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de investimento: a Convenção ICSID e os tratados bilaterais. **Revista da Ordem dos Advogado**, Lisboa, v. 3, n. 71, p. 751-770, jul./set. 2011.

VIEGAS, Juliana L. B.; ANDRADE, Thiago Pedroso de. Arbitragem internacional: definição, metodologia e lei aplicável. Teorias e questões práticas. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 401-444, mai./jun. 2014.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Global Investment Trends Monitor: The rise of BRICS FDI and Africa**. 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2013d6_en.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

WALD, Arnaldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais – direito internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 5, p. 1173-1191.

LEIS, REGULAMENTOS E ATOS INTERNACIONAIS

ASSOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. **Normas Institucionais:** resoluções do Comitê de Representantes. Disponível em: <[http://www.aladi.org/nsfaladi/Juridica.nsf/vresolucionescomitep/FE99DF5BEB1927BC03257D0A004CE0C8/\\$FILE/114_pt.PDF](http://www.aladi.org/nsfaladi/Juridica.nsf/vresolucionescomitep/FE99DF5BEB1927BC03257D0A004CE0C8/$FILE/114_pt.PDF)>. Acesso em: 31 mar. 2016.

BRASIL. Decreto nº. 10.719, de 4 de fevereiro de 1914. Promulga as Convenções, firmadas pelos Plenipotenciários do Brasil na Segunda Conferencia da Paz em 1907 na Haya. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1914.

BRASIL. Decreto nº. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 fev. 1952.

BRASIL. Decreto nº. 57.785, de 11 de fevereiro de 1966. Promulga o Tratado Americano de soluções pacíficas (Pacto de Bogotá). **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 fev. 1966.

BRASIL. Decreto nº. 57.943, de 10 de março de 1966. Promulga o Acôrdo de Garantia de Investimentos com os Estados Unidos da América. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 mar. 1966.

BRASIL. Decreto nº. 87.054, de 23 de março de 1982. Promulga o Tratado de Montevideu 1980. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 mar. de 1982.

BRASIL. Decreto nº. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. de 2002.

BRASIL. Decreto nº. 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 fev. 2004.

BRASIL. Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº. 8.567, de 12 de novembro de 2015. Dispõe sobre a execução do Primeiro Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica nº 58, firmado entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai, a República Oriental do Uruguai e a República do Peru, em Montevideu, em 30 de novembro de 2005. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 nov. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emenda Regimental nº 48, de 3 de abril de 2012. Acrescenta o inciso VIII ao art. 7º e os artigos 354-H a 354-M ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e acrescenta outros dispositivos. **Diário da Justiça**. Brasília, 13 abr. 2012.

BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor 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, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 mai. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. **Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje**: texto consolidado. 2015. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

FRANÇA. Le Service Public de La Diffusion Du Droit. Secrétariat Général Du Gouvernement. **Code de procédure civile**. Disponível em: <http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Convention, Regulations And Rules**. 2016. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration in several languages**. 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-de-mocambique/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado**: atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola). Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-governo-da-republica-federativa-do-brasil-e-o-governo-da-republica-de-angola/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado:** atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos). Disponível em <<http://daimre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-os-estados-unidos-mexicanos/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado:** atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Maláui). Disponível em <<http://daimre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-malauui/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado:** atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia). Disponível em <<http://daimre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-da-colombia-e-a-republica-federativa-do-brasil/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Sistema Consular Integrado:** atos bilaterais (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile). Disponível em <<http://daimre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-chile/>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. **Treaty collection:** The Energy Charter Treaty. 2016. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202080/v2080.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

NEW YORK ARBITRATION CONVENTION. **Texts.** Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org/Texts>>. Acesso em: 27 dez. 2015

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration Rules 2012.** 2016. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016).

PORTUGAL. Direção-geral da Política da Justiça. Ministério da Justiça do Governo de Portugal. **Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro:** Aprova a lei de arbitragem voluntária. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre-arbitragem-e-exercicio/arbitragem-voluntaria>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

REPRESENTAÇÕES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA NO BRASIL. **Acordos bilaterais.** Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/2700970/Daten/780338/1953_investitionen_pt.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2016.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. **Normativa jurídica:** Regulamento. Disponível em: <http://tprmercosur.org/pt/docum/DEC_37_03_pt_ResolucaoControversias.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Arbitration Rules.** 2015. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>. Acesso em: 15 dez. 2015.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration**. 2015. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

DECISÕES JUDICIAIS E ARBITRAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5206. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 12 de dez. De 2001. Diário da Justiça de 30 de abril de 2004, pp. 29, EMENT vol. 02149-06, pp. 958.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória n.º 7613. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 03 de abr. de 1997. Diário da Justiça de 09 de maio de 1997, pp. 18154, EMENT vol. 01868-02, pp. 223.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1231554/RJ. Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, 24 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico de 01 de jun. de 2011.

CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL (CEDIN). **Corte Internacional de Justiça:** Caso Contenciosos. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/casos-conteciosos_1958.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case n.º ARB/97/7). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Siemens A. G. V. Argentine Republic (ICSID Case n.º ARB/02/8). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/8&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Ceskoslovenska Obchodni Banka A. S. (CSOB) v. The Slovak Republic (ICSID Case n.º ARB/97/4). Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/4&tab=DOC>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case n.º ARB/10/7). Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case n.º ARB/03/19). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/19&tab=DOC>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2). Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/94/2&tab=DOC>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Case details:** SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/02/6). Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/6&tab=DOC>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colômbia):** Preliminary objections. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14305.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

ITALAW. **ICSID Case No. ARB/00/4:** Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/958>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

ITALAW. **ICSID Case No. ARB/72/1:** Holiday Inn and others v. Morocco. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/3391>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Case Repository:** Ireland v. United Kingdom (MOX Plant Case). Disponível em: <<http://pcacases.com/web/view/100>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Case Repository:** Radio Corporation of America v. China. Disponível em: <<http://pcacases.com/web/view/16>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Case Repository:** The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia). Disponível em: < <http://pcacases.com/web/view/16>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Past cases:** Abyei Arbitration. Disponível em: <http://archive.pca-cpa.org/Abyei%20Final%20Award2e06.pdf?fil_id=1240>. Acesso em: 18 mar. 2016.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. **Laudos dos Tribunais *Ad Hoc* conforme ao Protocolo de Brasília:** Laudo 04. Disponível em: <http://tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_04_pt_Antidumping_expor_pollos.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Dispute settlement:** Dispute DS241 (Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds241_e.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.