

COORDENADORES
MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS
LEONARDO PIETRO ANTONELLI
GERALDO MAGELA ALVES



REVISTA IBERO-AMERICANA DE DIREITO PÚBLICO

P
RIADP
v. 2 / n. 6 / ex. 2
2001



AMÉRICA JURÍDICA
2002

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL ENTRE ENTES PÚBLICOS

ELIANA CALMON
Ministra do STJ

INTRODUÇÃO

Na era da globalização, em que caem as fronteiras estatais, unem-se as nações em blocos econômicos para fortalecerem-se frente à perversidade do fluante e veloz capital apátrida. Surge um novo conceito de soberania estatal, estreitando-se as relações comerciais entre as nações, favorecido pela velocidade dos meios de comunicação.

Dentro deste novo contexto é natural que se refaçam os sistemas de controle, especialmente quando são contratantes, entre si ou em apenas um dos pólos, o Estado ou uma das suas empresas estatais.

Dentre os sistemas de controle está ao lado da jurisdição tradicional a jurisdição arbitral, modo pacífico de solucionar-se os litígios internacionais, mediante cláusulas estabelecidas pelos litigantes ou por juízes por eles eleitos.

Na esfera do Direito Internacional a atuação da arbitragem data de longos séculos.

Na atualidade vem a arbitragem tomando corpo, por oferecer inúmeras vantagens sobre a jurisdição estatal.

É a arbitragem uma solução de conflito rápida e especializadíssima (pela formação adequada dos árbitros, que têm formação técnica profunda em sua área de atuação).

Além desses dois destaques, é atividade sigilosa, absolutamente imparcial, ostentando ainda neutralidade ideológica e baixos custos a médio prazo.

Sem compromisso com o quantitativo, há informação de José Maria Garcez (*A Arbitragem na Era da Globalização*), que 80% (oitenta por cento) dos conflitos contratuais no hemisfério sul estão regidos por arbitragem, seja pelo exercí-

cio de metodologia própria, criada pelas partes, por isso mesmo chamada de Arbitragem Avulsa ou AD HOC, seja pelas regras preestabelecidas por uma entidade – Arbitragem Institucional.

Nos últimos anos, a Arbitragem adquiriu inigualável prestígio fora do continente europeu e da América do Norte, onde já estava consolidada desde o início do Século XX.

A mais antiga e famosa Corte de Arbitragem, com uma formidável competência geográfica e material, está em Paris. Trata-se da Corte Internacional de Arbitragem, datada de 1923, um dos braços da Câmara de Comércio Internacional – CCI, esta de 1919.

Não se pode deixar de falar da *American Arbitration Association – AAA*.

Para se ter idéia da grandeza desta Corte, conta ela com cerca de 57.000 árbitros, espalhados por 35 sedes nos diversos Estados da América.

No Brasil a arbitragem estava prevista desde a CF de 1824, mas não tínhamos tradição na utilização da Justiça Arbitral, ficando a previsão constitucional, que se repetiu em outras Cartas, como letra morta.

Contudo, com a complexidade das atividades do Estado Juiz e da burocratização do Judiciário, voltou-se a pensar na utilização da Arbitragem, concretizando o legislador a sua aplicação na Lei nº 9.307, de 23.09.1996.

O diploma, é bem verdade, ficou cinco anos sendo discutido no Supremo Tribunal Federal que, por fim, neste ano, completou o julgamento, sem atingi-lo com a pecha de inconstitucionalidade em qualquer das disposições.

Nestes últimos cinco anos multiplicaram-se no Brasil as Cortes Arbitrais

e, na atualidade, não se tem dúvida de que, ao lado da Mediação e dos Juizados Especiais, é a Arbitragem a solução alternativa de conflito por excelência.

O insucesso anterior da arbitragem no Brasil deveu-se principalmente à exigência de submeter a sentença ou laudo arbitral à homologação judicial o que, na prática, levava a dois procedimentos: um arbitral e outro judicial.

Na atual performance da Lei nº 9.307/1996 dispensa-se a homologação do laudo arbitral, para só exigir-se o *exequatur*, pelo Supremo Tribunal Federal, para as sentenças arbitrais proferidas fora do território nacional, como está explicitado no art. 35 da Lei.

Mas foram os artigos 6º e 7º do novo diploma legal que levaram a Corte Suprema a debruçar-se sobre as determinações ali contidas e que torna cogente a cláusula compromissória.

Pensou-se, em princípio, que a dispensa da jurisdição formal vulnerava o inciso XXXVI do artigo 5º da CF/1988, que assegura a todos o direito de recorrer à Justiça.

O entendimento do Supremo direcionou-se no sentido de não ver nas normas examinadas renúncia à tutela judicial. Expressam elas a consagração à liberdade de contratar livremente, garantido constitucionalmente aos cidadãos.

Com efeito, o fundamento maior da arbitragem está no prestígio que se dá à tendência crescente das modernas democracias, no sentido de fortalecer o princípio da liberdade e da vontade dos cidadãos.

ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Definida a arbitragem como a técnica que visa solucionar controvérsias ou interesses, por uma ou mais pessoas que têm poderes oriundos de acordo de vontade, fica claro que se trata de uma forma de pacificação social, sem a intermediação do Estado-Juiz.

A definição serve para a arbitragem interna e internacional, porquanto a diferença entre uma e outra está na medi-

da em que se busca solucionar interesses inseridos em contratos nacionais ou internacionais.

Na tentativa de sistematizar-se a arbitragem nacional e a internacional surgem alguns critérios que vão, ao longo do tempo, perdendo a força, pelas exceções ocorridas.

Tradicionalmente tentou-se estabelecer a diferença pela presença, no contrato, de partes de nacionalidades diversas, ou quando eleitos árbitros de nacionalidades distintas das partes contratantes, ou se eleito na convenção arbitral determinado local para a execução, distinto do local da realização da avença.

Atualmente tem-se entendido que todos esses critérios são falhos e a ênfase a ser dada, em qualquer trabalho de sistematização, é a autonomia da vontade, de forma que se tem entendido como internacional a arbitragem convencional em contrato onde há interesses do comércio internacional.

Trata-se, como visto, de critério objetivo, identificado pela natureza do litígio, ao tempo em que também abrange a natureza dos interesses da parte contratante: comércio internacional.

Este é, aliás, o critério adotado pela Câmara de Comércio Internacional, entidade que abriga um dos mais importantes tribunais de arbitragem: Corte Internacional de Arbitragem.

A arbitragem pode ser ajustada pelas partes através de metodologia própria, criada e adotada de acordo com as necessidades dos contratantes, ou submeter a solução arbitral a regras preestabelecidas por uma organização privada que administrará a arbitragem.

A precisão é chamada de Procedimento *Ad Hoc* ou *Avulso*, enquanto a transferência para outra entidade é a Arbitragem Institucional.

Existe um conjunto de regras de arbitragem, criado pela *United Nations Commission for International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para a Legislação Comercial Internacional), identificada como *Uncitral*, datada de 21 de junho de 1985.

São 41 artigos que regulamentam os procedimentos de arbitragem, desde a notificação das partes até a sentença.

Além deste conjunto de regras, outros tribunais também adotam as suas regras procedimentais sobre como agir no arbitramento, normas estas que não diferem muito umas das outras.

Esclareça-se que a entidade que administra a arbitragem não a realiza, porque esta competirá aos árbitros que alocam os seus serviços e fazem parte de uma listagem oferecida aos clientes que escolhem o profissional que lhes aprouver.

No plano internacional, dentre os inúmeros tribunais de arbitragem destacam-se como os melhores, não só pela credibilidade, como pela abrangência territorial e material:

A Corte Internacional de Arbitragem que data de 1923, com sede em Paris, mas funcionando em trinta países diferentes, abrigada na Câmara de Comércio Internacional, a famosa CCI;

A *American Arbitration Association* – AAA, o gigante americano que congrega 57.000 árbitros espalhados por todos os Estados Unidos. Esta entidade é de natureza privada, sem fins lucrativos e especializou-se em arbitragens laborais e no campo da responsabilidade civil. Na área internacional dedica-se às lides comerciais; a) *London Court of Arbitration*; b) a Câmara de Comércio de Estocolmo; c) a Câmara de Comércio de Tóquio; d) o Tribunal Arbitral da Bolsa de Comércio de Buenos Aires, dentre muitos outros.

O Brasil só agora pôde iniciar a implantação de uma Justiça Arbitral efetiva, por ausência de uma legislação adequada, redimida pela Lei nº 9.307/1996 que, malgrado seja de 1996, pela insegurança provocada pela ação direta de inconstitucionalidade, deixou sérias desconfianças no País.

Contudo, pode-se afirmar que explodiu no mercado o surgimento de entidades que, em pouco tempo, multiplicaram-se.

A primeira delas foi a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil – Canadá, a primeira entidade tipi-

camente do gênero, criada na cidade de São Paulo em 1978, para arbitragens internas e internacionais.

Não se pode esquecer da chamada Corte Permanente de Arbitragem. Na verdade, não se trata de uma Corte, pois se constitui de um conjunto de pessoas qualificadas para funcionarem como árbitros, e não é permanente.

Dispõem estes profissionais de uma secretaria na cidade de Haia e dispõem de um processo sumário de arbitragem para os litígios de pequena monta.

Um ponto de importância capital, em matéria de arbitragem internacional, é saber qual a legislação a ser aplicada.

Deve-se seguir uma gradação de opção, o que, aliás, foi muito bem posto na Lei Modelo da Uncitral de 1985. Vejamos:

a) seguem-se as regras indicadas, pelas partes;

b) na falta de designação, o Tribunal aplicará a lei designada pela regra de conflito aplicável à espécie;

c) o Tribunal decidirá livremente se assim estiver previsto pelas partes.

Verifica-se, portanto, que não há sistema preestabelecido, o que dispensa o questionamento quanto à lei competente a ser aplicada, o que difere os tribunais arbitrais dos tribunais nacionais.

Registre-se, para finalizar este tópico, que se nota uma tendência de maior liberalidade em relação às partes de países da *common law* na medida em que os nacionais de países da *civil law* tendem a exigir um procedimento bem mais formal, quase como um procedimento judicial.

ORDEM PÚBLICA E ARBITRAGEM

Os Estados, por vezes, vinculam-se a relações jurídicas de Direito Privado e quando isto acontece pode recorrer ele à prática da arbitragem.

Esta vinculação do Estado ou de uma das suas empresas estatais traz uma série de restrições. Afinal, enquanto a empresa privada está sujeita a um direito na-

cional, o Estado soberano, perante o Direito Internacional, possui o poder de legislar em seu território, dificultando assim a prática da arbitragem privada internacional.

A primeira questão surge quanto à capacidade do estado de firmar uma convenção de arbitragem.

Nem todos os países aceitam esta capacidade. Por exemplo, o Estado de Luxemburgo veda a utilização da arbitragem por empresas estatais.

A Bélgica admite, mas exige lei autorizadora para cada caso.

A França só admite a utilização pelo Estado da Justiça Arbitral quando se tratar de contrato internacional, enquanto a Alemanha exige licença prévia do governo para o desiderato.

As dificuldades enfrentadas na adoção da arbitragem pelos Estados soberanos fez nascer tribunais arbitrais com características especiais para estas controvérsias específicas, dedicados ao chamado direito transnacional.

A segunda observação sobre o tema está em saber se para celebrar um compromisso arbitral internacional, o Estado necessita renunciar à sua imunidade de jurisdição.

A doutrina mais autorizada responde afirmativamente, entendendo que houve renúncia tácita. Contudo, é bom que se ressalte que não há renúncia à imunidade à jurisdição brasileira em relação à execução dos bens.

Naturalmente que inexistente renúncia, se não houve imunidade.

O terceiro ponto a destacar vem a ser a qualificação jurídica dos contratos entre Estados e particulares.

Se as partes podem, em questão de arbitramento, determinar o direito a ser aplicado, controverte-se quando presente em um dos pólos o Estado a extensão desta determinação. E isto porque existem regras jurídicas não passíveis de exclusão ou afastamento, por serem normas de ordem pública.

A dificuldade está na identificação das normas de ordem pública, porque

não obedecem elas a uma sistematização, sendo impossível o conhecimento do conteúdo normativo de cada Estado.

Em primeiro plano vamos ao conceito de ordem pública: conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico, refletem os valores essenciais de um Estado.

É preciso que não se perca de vista a fluidez das normas de ordem pública, mutáveis em decorrência do tempo e das alterações políticas.

A ordem pública se contrapõe ao princípio da autonomia da vontade, restringindo a liberdade das partes.

Ora, se a justiça arbitral está asentada no princípio da autonomia da vontade, a ordem pública importa na negativa do juízo arbitral?

Na arbitragem comercial internacional o instituto da arbitragem enfrenta grandes desafios, quando em confronto com os sistemas e ordenamentos divergentes.

Há, ainda, de identificar-se, no plano das normas de ordem pública as regras de ordem pública interna e internacional.

Advirta-se, ainda, que ao confronto de princípios de ordem pública responde-se com a conciliação de políticas estatais, preceito básico do direito internacional.

A ordem pública interna restringe a liberdade individual, enquanto a internacional limita a eficácia extraterritorial das leis estrangeiras.

Registre-se que há quem sustente a unicidade da ordem pública, negando haver a divisão em interna e internacional.

Modernamente sustenta-se existir uma ordem pública transnacional, identificada como o conjunto de normas e princípios que disciplinam o comércio internacional.

A *Lex Mercatoria*, ou lei de mercado é um exemplo dessa ordem pública transnacional.

Enfim, existe como questão processual preliminar a arbitrabilidade ou não de uma relação jurídica conflituosa,

de âmbito internacional, concluindo-se que há relações jurídicas que não podem ser objeto da arbitragem.

As limitações da arbitrabilidade, impostas pela ordem pública, ensejam efeitos de importância fundamental, porque, na execução da sentença arbitral, os tribunais nacionais podem negar reconhecimento à decisão do árbitro.

A jurisprudência internacional, entretanto, ao balizar o proceder dos diversos países, constata que não há tendência restritiva, muito embora existam restrições previstas em tratados e convenções.

Como exemplo, o Professor Irineu Strenger, em preciosa monografia intitulada "Arbitragem Comercial Internacional", cita o Pacto Andino, firmado entre Bolívia, Colômbia, Peru, Equador e Venezuela, em que há restrição à utilização da arbitragem internacional em relação aos contratos de investimentos e transferência de tecnologia.

Encontram-se restrições consideráveis previstas na própria legislação interna de cada país, coincidindo existir uma preocupação repetida e generalizada em alguns setores.

Um desses é a limitação de arbitrabilidade nas disputas sobre a validade da propriedade industrial e intelectual (marcas e patentes).

Idêntica restrição existe em relação ao comércio exterior, câmbio e transações securitárias.

Atualmente discute-se, no plano internacional, a respeito da arbitrabilidade de conflitos conectados com suborno e corrupção.

Em torno deste item travou-se acirrado debate, ao argumento de que é de interesse à ordem pública internacional e à comunidade das nações a política de extirpação da corrupção, em nível mundial.

Entretanto, tais argumentos encontram a oposição dos que entendem que cabe ao Estado decidir perante os seus tribunais as suas contendas em matéria de corrupção.

Um ponto que merece ser objeto de referência diz respeito à conduta imparcial dos árbitros, mesmo estando a escolha dos mesmos na esfera de vontade dos contratantes.

É importante zelar pela imparcialidade, para dar credibilidade ao sistema, sendo de absoluta vulnerabilidade para a justiça arbitral como um todo a recusa de um *exequatur* de sentença arbitral estrangeira por acusação de parcialidade.

O Regulamento de Arbitragem da Uncitral, a Lei Modelo, estabelece no artigo 10 que qualquer árbitro pode ser denunciado.

A questão é vista com rigor nos Estados Unidos.

Registre-se, por oportuno, que são raríssimos os casos de denúncia de parcialidade.

Enfim, apesar das exceções contidas nos tratados e convenções, ou no direito interno de cada Estado, não se pode negar, na atualidade, a existência de uma Ordem Pública Transnacional, regendo as ações não só dos árbitros como das partes.

Avança a arbitragem derrubando fronteiras nacionalistas, pois as Cortes modernas estão reconhecendo serem impróprias para a Justiça Arbitral, as estreitas bases nacionalistas, incompatíveis com o conceito de ordem pública transnacional.

ARBITRAGEM ENTRE ENTES PÚBLICOS

Os Estados e suas empresas não estão impedidos de utilizarem a justiça arbitral, quando despidos da imunidade de jurisdição.

A opção voluntária do Estado na área do comércio internacional muitas vezes esbarra quando da execução, com uma restrição quanto ao uso da arbitragem, restrição até então ignorada, porque uma avaliação definitiva só pode ser feita caso a caso.

Contudo, registre-se, na atualidade a maioria dos Estados, como partes, submetem-se e cumprem o contrato de arbitragem, quando assinam os mesmos.

Advirta-se que aqui se trata de contratos de conteúdo econômico, sem abranger as relações transnacionais de natureza política, ou sem conotação comercial.

A questão vem sendo, nos últimos anos, discutida com frequência, sendo considerável o número de questionamentos.

Contudo, as contratações internacionais pelos Estados ou suas empresas estatais, por não admitirem a prevalência de determinada ordem jurídica nacional sobre outra, levou a um notável desenvolvimento da chamada Ordem Pública Transnacional.

Quando os Estados e as empresas nacionalizadas celebram contrato de outros países, a submissão de um deles à jurisdição do outro põe em perigo a neutralidade.

Observe-se que não se fala aqui de imparcialidade, atributo indispensável a qualquer juiz.

A neutralidade, segundo o Professor José Alexandre Tavares Guerreiro, em *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*” apóia-se em dois princípios:

- a) inexistência de vínculos políticos da instituição arbitral;
- b) liberdade das partes quando da celebração do contrato com a cláusula arbitral, com o intuito de acatar a decisão do árbitro.

Diversos países vedam em sua legislação a presença de empresas estatais, em contratos com cláusula arbitral, enquanto outros impõe algumas restrições apenas.

Anote-se, em repetição, uma tendência de cada vez mais despirem-se os Estados do seu *jus imperii*, submetendo-se, nos atos de comércio, à justiça arbitral.

As pendências submetidas à arbitragem, com a presença do Estado tendem a ser solucionadas por tribunais arbitrais que se especializam no processamento destes contratos, como sói acontecer com a Corte Permanente de Arbitragem

em Haia que, em 1981, abalizou-se para dirimir pendência ente o Irã e os Estados Unidos da América, quando foi adotado francamente o direito transnacional.

Pode-se afirmar que esta é hoje uma Corte especializada para arbitragens entre estados, suas empresas e sociedades comerciais, tendo sido traçadas regras de arbitragem próprias para a arbitragem e a conciliação em contratos com a presença de ente estatal.

A nova economia, ávida de meios velozes na solução dos conflitos, envolvendo na realização de vultosos contratos comerciais dinheiro público, oriundo do próprio Estado, ou de suas empresas, tem ensejado a adoção da arbitragem.

Neste contexto, não mais se contesta a adoção da arbitragem no âmbito internacional.

Contudo, internamente não são poucos os focos de resistência, ao argumento de que a administração pública não pode optar pela arbitragem pois, se assim fizerem, estarão negociando bens públicos.

Ora, não procede a crítica, porque se assim for, também teríamos negociação quando os órgãos públicos fossem à Justiça.

É o árbitro, pela lei, juiz de fato e de direito.

CONCLUSÕES

1º) A arbitragem, usada há séculos como solução dos conflitos de natureza internacional, vem sendo incrementada em utilização atual pela rapidez, especialização dos árbitros, imparcialidade, neutralidade e sigilo.

2º) A arbitragem pode ser: avulsa ou *ad hoc* (quando as regras são estabelecidas pelas partes) e Institucional (regras estabelecidas por uma entidade especializada em arbitramento).

3º) O Brasil ingressou na tendência de utilizar-se da Justiça Arbitral, principalmente depois de ter a sua Lei de Arbitragem, de nº 9.307/96, examinada

pelo STF, que a isentou de inconstitucionalidades.

4º) A arbitragem é forma alternativa de solução de conflito, ficando o termo “alternativa” para dizer que não há a intermediação do Estado, o tradicional compositor dos litígios.

5º) Não são rígidos os critérios de identificação da arbitragem nacional e internacional e ao longo do tempo consolidou-se o entendimento de que é internacional o contrato que versa sobre interesses comerciais internacionais, critério adotado pela Câmara de Comércio Internacional, entidade que abriga a monumental Corte Internacional de Arbitragem.

6º) Dentre a legislação própria da arbitragem internacional temos a Lei Modelo, constituída de um conjunto de 41 (quarenta e um) artigos reunidos pela Comissão das Nações Unidas para a Legislação Comercial Internacional – Uncitral.

7º) Dentre os inúmeros Tribunais Arbitrais Internacionais destacam-se: a

Corte Internacional de Arbitragem; a Associação de Arbitragem Americana; a Corte de Arbitragem de Londres; a Câmara de Comércio de Estocolmo; a Câmara de Comércio de Tóquio e o Tribunal Arbitral da Bolsa de Comércio de Buenos Aires.

8º) No Brasil ainda são modestos os tribunais arbitrais, mas a partir da Lei nº 9.307/96 multiplicaram-se e vêm sendo fortalecidos.

A primeira entidade a trabalhar com arbitragem no Brasil foi a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

9º) Qual a legislação que se aplica na arbitragem dos contratos internacionais?

Segue-se uma gradação: primeiro as regras indicadas pelas partes e na falta a lei aplicável pela regra tradicional traçada para os conflitos e, por último, as regras que entender pertinente o tribunal ou o árbitro.