

## PROCEDIMENTOS DA ARBITRAGEM: A NOVA LEI BRASILEIRA, PRAXE INTERNACIONAL E A INTEGRAÇÃO NO MERCOSUL

Paulo Borba Casella<sup>(\*)</sup>

*"Mesmo nos contratos internacionais não sujeitos ao Protocolo (de Genebra, de 1923) há que se conferir validade plena à cláusula arbitral, pelo simples fato de que deve prevalecer o princípio da boa-fé."*

*Min. Gueiros Leite, voto em julgamento no STJ do REsp 616-RJ (1990)*

*Introdução; I. Impacto da nova lei: determinação do direito aplicável; II. Arbitragem pública e privada: tradição e mecanismos operacionais em processo de integração; III. Efetividade da convenção de arbitragem e executoriedade do laudo — ou cláusula compromissória vs. compromisso arbitral; IV. Conclusão.*

### *Introdução*

1. Com o advento da nova lei pode a arbitragem, entre nós, passar da teoria para a realidade. Contudo, as mudanças decorrentes da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, tem de ser situadas em contexto mais amplo, enfocando o conjunto das conseqüências no direito pátrio, não somente como ordenamento jurídico nacional, mas igualmente pensando o Brasil atual, engajado em processo de integração, com exigências específicas, tanto operacionais como conceituais, para as quais é preciso atentar.

---

(\*) Advogado; doutor em direito e livre-docente em direito internacional (USP); professor associado da Fac. de Direito da USP, lecionando direito internacional/direito da integração econômica; doze livros publicados.

A Lei n. 9.307/96, além do marco que representa especificamente em relação à arbitragem, tópico no qual nosso direito apresentava atraso considerável e adotava regime “protecionista” que consagrava oportunismos e fraudes legais, também tem efeitos que se projetam em espectro mais amplo, colocando a possibilidade de visão mais flexível e aberta do ordenamento jurídico, bem como de seus meios e fins.

Temos de superar a curiosa dicotomia que caracteriza a abordagem da arbitragem internacional entre nós, onde se oscila entre o entusiasmo acadêmico e o ceticismo, corroborado pela visão lamentável do não-funcionamento na prática<sup>1</sup>.

2. Para que se possa situar o impacto da Lei n. 9.307/96 será preciso estudar e conhecer o instituto da arbitragem e suas conseqüências, direcionando o enfoque para a prática e aferindo a compatibilidade deste instituto com o todo do ordenamento, em sintonia com as possibilidades de projeção de desdobramentos, a partir de utilização corrente, pelos operadores, e consolidação de jurisprudência específica, pelos tribunais, nacionais como arbitrais (i.a., V. *Marotta Rangel, Yearbook of Commercial Arbitration* 14 (1989); *Samtleben*, 1982, 1994 e neste volume; *Casella*, 1987, 1991, 1994, 1994 *bis in Strenger*, 1996, 1997), operando com base no novo direito brasileiro.

Nova possibilidade fica colocada, pela Lei n. 9.307/96, não só em relação à arbitragem, mas abrindo portas, para direito mais moderno e mais flexível, onde nós, profissionais da área jurídica, temos de estar habilitados para perceber essa dimensão que se abre e operar de modo efetivo dentro de contexto pautado pela internacionalização crescente das atividades econômicas e da prestação transnacional de serviços, enquanto os sistemas jurídicos nacionais, em sua grande maioria, permanecem excessivamente apegados a modelos e soluções clássicas e estritamente nacionais (*Casella*, 1994 *bis*; 1996, *UNIDROIT*).

O uso corrente da arbitragem pode vir a instaurar-se entre nós, a partir da efetividade do instituto conferida pela regulação da nova Lei, como passo rumo a direito flexível (na linha de *Jean Carbonnier*, 1995), mais aberto e mais apto a enfrentar as necessidades operacionais atuais, menos preso a modelos teóricos abstratos.

3. Encerrando esta jornada de trabalho, totalmente dedicada ao estudo da nova lei de arbitragem no contexto do direito nacional, proporia considerarmos três tópicos, enfocando, sucessivamente: o impacto da nova lei e a questão da determinação do direito aplicável (I), formulação tanto conceitual como operacionalmente mais amplo que a “lei” aplicável, antes de passar à confrontação entre arbitragem pública e privada, contrapondo tradição e mecanismos operacionais em processo de integração (II), e a seguir é considerada a efetividade da convenção de arbitragem e executoriedade do laudo, sendo digno de nota o fim da distinção que comportava o regime legal anterior, consagrando a ineficácia da cláusula compromissória, uma vez que somente ao compromisso arbitral se conferia executoriedade.

Exatamente a ocorrência do processo de integração, no qual estamos engajados, no contexto do Mercosul, com as suas necessidades específicas para operadores

econômicos privados, pode ser quadro que simultaneamente estimule e se coadune com a arbitragem.

### 1. *Impacto da nova lei: determinação do direito aplicável*

4. O advento da Lei n. 9.307/96 pode ensejar a superação da relação conflituosa que vinculava, ao direito positivo pátrio, a arbitragem comercial, quer interna como internacional, permitindo alcançar patamar de efetividade institucional e operacional do instituto.

De um lado, digno de louvor o esforço feito pelo legislador, no sentido de alinhar o ordenamento pátrio pela praxe predominante, dotando nosso ordenamento de possibilidade real de utilizar mecanismo de uso internacional corrente, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, entre agentes econômicos privados, sem necessidade de recorrer aos judiciários nacionais.

De outro lado, contudo, adiantou-se excessivamente o novo diploma legal, instaurando diversidade de regência legal, conforme se trate de cláusula arbitral ou de eleição de foro judicial, mesmo em contratos regidos pelo direito interno, o que se afigura excessivo e descabido. Senão, vejamos.

5. Às partes se faculta, na arbitragem, a livre escolha das regras que serão aplicadas, sejam estas de direito, como de equidade, *desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*, podendo, também, as partes *convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio*, nos termos da Lei n. 9.307, através de seu art. 2º, em ambos os parágrafos.

Desse modo, se confere à autonomia da vontade das partes, em matéria arbitral, extensão irrestrita, com abrangência muito maior e regulação diversa do aplicável às contratações nas quais se opte por cláusula judicial de eleição de foro. E isso se dá independentemente da ocorrência de elementos internacionais, tecnicamente denominados, elementos de estraneidade ou elementos de conexão (com diferentes ordenamentos nacionais).

Embora tal abrangência maior e ausência de restrições seja compreensível como útil em se tratando de contratação de caráter internacional, onde se dá a concomitância possível de distintas leis nacionais, eliminando a possibilidade real e as dificuldades decorrentes de conflitos de leis, quer positivos (duas ou mais leis nacionais teoricamente aplicáveis) como negativos (nenhuma lei teoricamente aplicável), parece descabido instaurar diversidade relevante de regência legal e extensão operacional da expressão da autonomia da vontade das partes em contratos regidos pelo direito interno, conforme se opte pela eleição de foro judicial ou convenção de arbitragem.

6. Está instaurada situação curiosa em nosso ordenamento pátrio, onde se passou da restrição à autonomia da vontade das partes contratantes na escolha da

lei aplicável (dentre outros, *Strenger*, 1968 etc.; *Dolinger*, 1996; Araújo, 1997; Fontoura Costa *et alii*, 1997; Cunha, 1997)<sup>2</sup>, para quadro onde, no regime da nova lei, se combinam a liberdade total e a diversidade de regime, conforme se trate, em cada configuração contratual, de cláusula de eleição judicial de foro — onde estarão as partes adstritas à observância do regime do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro<sup>3</sup> — enquanto a opção pela cláusula arbitral comporta a opção de escolha de lei estrangeira, de equidade, ou com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

As mesmas partes, em equivalente relação contratual, optando por cláusula (judicial) de eleição de foro, ficarão vinculadas à observância do regime estipulado pela Lei de Introdução.

7. Ora, longe de ser cabível diversidade essencial de regência legal em se tratando de contratação relativa a direitos patrimoniais disponíveis, de caráter estritamente interno, passa a fazer falta, em nosso ordenamento, dispositivo comportando a distinção entre arbitragem de caráter interno e internacional, onde se regeria a primeira pelo direito interno e a segunda podendo optar pela regência do direito interno, por sistema alienígena, bem como pela solução de controvérsias por equidade, segundo os princípios gerais do direito, ou ainda segundo usos e costumes e regras internacionais do comércio.

Exemplificativamente poder-se-ia referir a distinção feita pelo *Code de Procédure Civile* francês, em relação à arbitragem internacional, onde esta se regula pela matéria: “*est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”. A partir do objeto da arbitragem, faz-se o enquadramento da arbitragem como sujeita ao direito interno francês, em se tratando de arbitragem *interna* ou internacional, quando concorrem elementos de estranheza, conectando o caso concreto a distintos ordenamentos e direitos diversos, excluindo a tutela automática do direito francês. Algo semelhante poderia ser pensado em relação à nova regulação da arbitragem pelo direito nacional.

8. Pode-se igualmente argumentar que tenha o legislador deliberadamente decidido dar abrangência muito ampla ao regime legal da arbitragem entre nós, estipulando possam estas ser “internas ou internacionais”. Sendo pouco provável a adoção de direito estrangeiro em arbitragens nacionais, a solução e melhor possibilidade são normas neutras, de caráter internacional, desvinculadas de ordenamentos nacionais, tais como os princípios *Unidroit* (a respeito, *Casella*, 1994 *in Strenger*, b/c *Casella* 1996, *Unidroit*). Logicamente para serem utilizadas, têm estas antes de ser conhecidas, integrando-se à praxe contratual.

## II — Arbitragem pública e privada: tradição e mecanismos operacionais em processos de integração

9. A arbitragem comercial, de caráter privado, seja interna ou internacional, doravante, *brevitatis causae* referida simplesmente, a *arbitragem*, tem de ser

distinguida da arbitragem (pública) internacional, uma das formas de solução pacífica de controvérsias entre Estados — ao lado das negociações diretas, mediação, bons ofícios, solução judiciária internacional de conflitos, comissões mistas —, antes de se chegar a soluções de controvérsias de caráter coercitivo (tais como retorsão, represálias, embargo, bloqueio pacífico, boicotagem) e ruptura de relações diplomáticas.

A arbitragem pública, na linha de Accioly & Nascimento e Silva (1980, 1996), pode ser definida como “o meio de solução pacífica de controvérsias entre Estados por uma ou mais pessoas livremente escolhidas pelas partes, geralmente através de um compromisso arbitral que estabelece as normas a serem seguidas e onde as partes contratantes aceitam, de antemão, a decisão a ser adotada”<sup>4</sup>.

Para a solução de grandes controvérsias entre Estados, no tocante a matérias tais como determinação de titularidade sobre território como de responsabilidade internacional do Estado, para fins de indenização, mostrou ser a arbitragem mecanismo válido e útil.

Em matéria de arbitragem de direito internacional público, tem o Brasil a sua boa e histórica tradição a apontar<sup>5</sup>. Esta permanece intocada pelo regime da nova lei, cujo objeto é regular arbitragem privada relativa a direitos patrimoniais disponíveis. A distinção é relevante e diverso o regime, que não pode ser confundido<sup>6</sup>.

Não obstante possa parecer óbvia a distinção e supérflua a precisão aqui aportada, faz-se esta oportuna como relevante, na medida em que desliza parte da doutrina no tocante a essa diversidade essencial do instituto, conforme se trate de arbitragem entre Estados e arbitragem entre particulares.

10. Concretamente se põe presente a matéria, no âmbito do Mercosul, o Mercado Comum do Sul, regulado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991 e Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, onde a matéria da solução de controvérsias tem regulamentação contida no Protocolo de Brasília, este de 17 de dezembro de 1991. Este Protocolo estipula a utilização combinada de mecanismos bilaterais e multilaterais de caráter administrativo, precedendo a solução de controvérsias, mediante a atuação de painéis arbitrais *ad hoc*, o que se afigura tão válido para a solução de controvérsias entre Estados como institucionalmente insuficiente e operacionalmente inadequado em contexto de processo de integração econômica (Casella 1996, 1996 *bis*, 1996 *ter*).

11. Sem prejuízo da limitação quanto aos operadores privados, pode a arbitragem ser mecanismo válido para a solução de controvérsias entre Estados, desde que melhor aparelhado o sistema, eliminando as atuais deficiências de sistema, tal como o do Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias entre Estados (v., e.g., V. Marotta Rangel, 1996; E. Grebler, 1996; G. Burdeau, 1995; Casella, 1996 *ter*)<sup>7</sup>, onde o estudo de mecanismos recentes, de solução de controvérsias em processos de integração, de um lado, evidencia a vitalidade da arbitragem, em matéria de contencioso econômico, envolvendo interesses estatais, sobretudo em matérias tais como comércio e investimentos, e de outro lado, ressaltando a função nova que

se coloca em relação a essas modalidades de arbitragem onde, ao lado da solução de litígios de base contratual, tende a arbitragem a cumprir, igualmente, função de controle por iniciativa de operadores privados, do respeito e observância, pelos Estados, de direitos e obrigações destes, decorrentes de direito internacional convencional ou direito internacional geral, *jus cogens*<sup>8</sup>.

12. Em processo de integração como o ora em curso no âmbito do Mercosul, tal como se acha regulado pelo Protocolo de Brasília, de 1991, não se trata de condenar a arbitragem enquanto instituto e mecanismo de solução pacífica de controvérsias entre Estados, mas sim a inadequação de sua regulação por esse protocolo, mais apto a produzir impasses do que soluções, como se vem frisando (*Marotta Rangel*, 1996; *E. Grebler*, 1996; *Casella*, 1993, 1996, 1996 *ter*, 1997). Assim, a colocação de regras claras se faz indispensável para assegurar a eficiência do sistema, como se viu na transição do GATT para o mecanismo institucionalmente melhor concatenado da solução de controvérsias no seio da OMC (*Trebilcock & Howse*, 1995; *C. Lafer*, 1997).

Além e ao lado desta, não se esqueça a indispensável ocorrência e papel de instância neutra, de caráter judicial, dotada de estabilidade institucional e caráter permanente, ao qual possam recorrer também operadores privados, inclusive em decorrência de omissões de implementação de normas comuns da integração, mesmo contra seus governos nacionais.

### III — *Efetividade da convenção de arbitragem e executoriedade do laudo — ou cláusula compromissória vs. compromisso arbitral*

13. A arbitragem, simultaneamente, contém elementos de natureza contratual e configura exercício de caráter jurisdicional. Assim, somente cabe cogitar de arbitragem, observados eventuais limites legais no tocante à arbitrabilidade de determinado conflito — normalmente adstritos, como no caso do ordenamento brasileiro, a direitos patrimoniais disponíveis — quando as partes nesse sentido se manifestarem mediante convenção de arbitragem.

Nesse sentido, não pode a opção pela arbitragem como modo de solução de controvérsias ser objeto de inferência ou dedução a partir de indícios, mas tem de estar expressa, seja no momento da celebração do contrato (por meio da inserção, no contrato, de cláusula compromissória), seja posteriormente, após a ocorrência de litígio mediante a celebração de instrumento específico (compromisso arbitral).

O dispositivo mais apto a suscitar controvérsias na nova lei parece-me ser o § 2º do art. 4º, na tentativa de regular a utilização da arbitragem em contratos de adesão. Maior detalhamento operacional e proporcional precisão conceitual seriam necessários; resta ver o que há de evidenciar a prática nesse tópico.

14. A inserção de cláusula arbitral em contratos internacionais, envolvendo partes brasileiras e estrangeiras, habitualmente suscitava problemas entre nós, onde

a prática negocial internacional consagra a via arbitral como modalidade de solução de controvérsias entre operadores do comércio internacional, partindo do pressuposto da efetividade e exequibilidade do mecanismo, bem como da boa-fé das partes contratantes. Infelizmente muitas vezes tal não ocorria entre nós, comprometendo o funcionamento, após a expressão de concordância inicial, quanto à adoção da arbitragem.

15. Entre nós, durante muito tempo, tem sido a arbitragem objeto de curiosa combinação de corrente pequena, porém, estável, de legítimo estudo e interesse acadêmico e doutrinário, com pouca expressão prática e alguns casos ensejando fraudes operacionais, em razão do regime esquizofrênico que consagrava o direito positivo pátrio na matéria: o formalismo excessivo, não obstante boas intenções, sob a forma de garantias do sistema, acabava dando guarida a oportunismos e fraudes legais, demonstrando perda de contato vital com a realidade.

Porquanto, sob o regime da nova Lei n. 9.307/96, confere-se executividade à convenção de arbitragem, abrangida sob tal genérica denominação da lei, tanto a cláusula compromissória como o compromisso, temos nova configuração positiva do instituto arbitral, conferindo-lhe efetividade, que se há de refletir na prática.

Contudo, a efetivação dessa realidade decorrerá da prática e esta, a partir do advento da nova lei, poderá vir a se consolidar entre nós.

16. Sem adentrar falsas controvérsias quanto à origem e as razões da falta de uso corrente da arbitragem entre nós, vale referir, na linha de análise do ilustre comparatista francês René David (1982) — não obstante certa generalização excessiva, não esconde boa dose de verdade —, seria decorrente tanto de razões históricas, falando de “tradição, espanhola ou portuguesa, pouco favorável à arbitragem”, como da condição periférica, no comércio internacional, e subdesenvolvimento relativo dessa região, onde “exportadores ou importadores ingleses ou americanos estão, na maioria das vezes, em posição de força em relação a seus co-contratantes argentinos, brasileiros, da Costa Rica e do Peru”, que, somada à ausência de instituições sólidas e bem organizadas, fazem com que “se arbitragem for convencionalizada, excluída a competência das jurisdições nacionais, será quase sempre uma arbitragem ‘estrangeira’”<sup>9</sup>.

A busca de nova inserção competitiva no comércio internacional, a integração no Mercosul e a consolidação de uso corrente da arbitragem, podem ser elementos aparentemente díspares que se combinariam na cristalização de nova posição, podendo mudar o quadro referido por René David.

17. Em razão da ausência quase total de precedentes jurisdicionais bem como da reduzida ocorrência de casos, quer internos, quer de caráter internacional (detalhadamente resenhados por Samtleben, 1982, 1994, 1997), a inserção do instituto com nova regulamentação que lhe confere, entre nós, efetividade consentânea com a prática internacional, há de colocar-se, ao menos em primeiro momento, compreensível perplexidade quanto aos seus contornos e elementos operacionais mor-

mente em sua vertente internacional, justamente pela escassez de experiência predominante entre nós em relação à arbitragem. De que modo tal aparelhamento se refletirá sobre a prática, ainda é prematuro dizer.

18. Precedente judicial ilustre, referido em epígrafe, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 616 (1990), pelo voto do Min. Gueiros Leite, coloca o marco inicial de radical e extremamente benéfica mudança de orientação da jurisprudência, visando evitar inaceitáveis distorções que decorriam de interpretação excessivamente formalista da lei, atentando contra os fins, em nome de duvidosa observância dos meios<sup>10</sup>.

Providencialmente, invoca o Min. Gueiros Leite a especificidade do contrato internacional (desenvolvendo formulação iniciada pelo relator), não somente em razão de “fatores genéricos ou relativos ao domicílio das partes”, caracterizando-o como tal, mas “principalmente aos contratos de compra e venda entre pessoas (jurídicas) de nacionalidades diversas, sujeitas a sistemas jurídicos diferentes, que acabam por vincular-se pela vontade das partes”. E prossegue:

“Sendo esse contrato de índole internacional, a ele se aplicam, em matéria de arbitragem, as regras do Protocolo de Genebra, de 1923, do qual é signatário o Brasil que o incorporou à sua ordem jurídica, pelo Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932. No Protocolo está previsto que os Estados reconhecem a validade, quando as partes estão submetidas a jurisdições diversas, de compromissos ou de cláusulas compromissórias, pelos quais as partes se obrigam, contratualmente, em matéria comercial, ou qualquer outra, suscetível de ser resolvida mediante arbitragem, a submeter suas divergências ao juízo de árbitros, ainda que a arbitragem se verifique num país de jurisdição diferente.

Assim, nas arbitragens internacionais e por força mesmo do Protocolo de Genebra, de 1923, não há distinção de ordem prática entre os institutos da cláusula compromissória e do compromisso, aos quais são atribuídos os mesmos efeitos legais ....

Nos contratos internacionais, submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta para instituir o juízo arbitral ...

A distinção entre compromisso e cláusula compromissória opera, sem dúvida, no nosso Direito interno, mas carece de interesse em face da arbitragem internacional.”

19. O dado mais importante é que se faça da arbitragem, desde o primeiro momento e consistentemente, bom uso, de modo a assegurar que o instituto, passando da teoria à prática, sob o regime da nova lei, e à luz do ilustre precedente judicial lembrado, seja, entre nós, conhecido e avaliado em sua correta dimensão

de efetividade e lhe sejam reconhecidas as vantagens normalmente atribuídas, tais como a segurança e previsibilidade.

O principal problema, do qual padecia a arbitragem, decorria da falta de adequada regulamentação da matéria, de modo onde ocorriam fraudes sob o amparo da lei, na medida em que à parte brasileira era materialmente possível — embora eticamente condenável — recorrer à arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias e depois de ter consentido e participado, poderia fraudar o instituto, suscitando objeções contra o laudo e a própria adoção do mecanismo arbitral, em fase de execução do laudo, caso este lhe tivesse sido desfavorável (Casella, 1987, 1997; Samtleben, 1982, 1994, 1997)<sup>11</sup>.

20. A execução forçada em matéria arbitral pode ser a exceção, enquanto para considerável maioria dos casos a execução se dá voluntariamente; mas, caso seja necessário chegar a isso, é indispensável que o ordenamento assegure efetividade à arbitragem como instituto e ao laudo como título executivo judicial, sob pena de desconfiguração deste, tanto na teoria como na prática, além do estímulo implícito aos oportunistas, com prejuízo de todos.

A boa-fé é o valor maior a ser preservado nas relações contratuais, como nas relações humanas em geral. Isso muitas vezes era esquecido ou derogado, em razão de tecnicismos da regulamentação, com efeitos distorsivos e deletérios.

Não pode corresponder à intenção do legislador acobertar sob o manto da lei manobras escusas, como facilmente ocorria em matéria de arbitragem, em decorrência de inadequação da regulamentação, na medida em que a parte brasileira perdedora poderia suscitar numerosos embaraços de caráter processual que, de certo modo, encontravam acolhida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde se negava a *homologação de laudo arbitral, enquanto laudo arbitral*, só se fazendo esta depois de recorrer ao expediente de *homologação judicial do laudo arbitral no exterior*, precedendo o que se tornava, depois, *homologação de sentença estrangeira no Brasil*, a qual, na verdade, trazia em seu bojo o laudo arbitral, cuja execução se pleiteava<sup>12</sup>.

A arbitragem exige e pressupõe boa-fé; na ausência de verificação destes por uma das partes o papel do ordenamento será o de suprir tal lacuna, mediante a possibilidade de se promover a execução forçada.

Ora, este é o lado patológico e a exceção, em matéria contratual como arbitral, onde a situação normal é o adimplemento e o inadimplemento a exceção. A formulação da lei ensinava que somente as violações e descaminhos viessem à tona, de modo que à falta de frequência da adoção do mecanismo, se agregava a publicidade em torno dos casos de violação.

21. Embora estudo sistemático de nossa jurisprudência, em matérias atinentes ao direito internacional, ainda esteja para ser feito, em sua plena extensão (Araújo, Vargas & Gama e Souza, 1996), a exigência de prévia homologação judicial no país de origem faz com que o exame da jurisprudência brasileira relativa à homologação

de laudos arbitrais estrangeiros padecesse distorção incompatível com a natureza e os fins da arbitragem.

A partir de agora, no regime da nova lei, é o laudo arbitral estrangeiro, considerado como tal o que tenha sido *proferido fora do território nacional*, do mesmo modo que a sentença judicial estrangeira, passível de homologação perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 34 a 40 da Lei n. 9.307, *reconhecida e executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno*, aí abrangidos os que, pela República Federativa do Brasil, não somente tenham sido assinados e ratificados, mas igualmente tendo seu texto sido aprovado e promulgado no ordenamento interno (i.a., v., J. F. REZEK, 1984; A. Mercadante, 1996).

Deu-se cabo de distinção legal, que ensejava casuísmos espúrios e longas digressões jurisprudenciais como doutrinárias, entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, doravante englobados na denominação *convenção de arbitragem*, à qual adequadamente se confere executoriedade, nos termos dos arts. 3º e seguintes da Lei n. 9307, inclusive com possibilidade de suprimento judicial.

#### IV — Conclusão

22. A arbitragem existe, é conhecida e extensamente praticada internacionalmente; até aqui, pouco uso desta se fazia entre nós por deficiência de regulamentação e concomitante falta de uso corrente.

Pode-se esperar que, não obstante a novidade da regulamentação da arbitragem, como direito positivo, após o advento da Lei n. 9.307/96, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, não terá de esperar muito para ver aflorar a combinação necessária de reflexão sobre a matéria — na medida em que esta preexistiu — preparando o caminho e combinada com a atuação na prática.

A partir do advento da lei, pode-se avaliar que o aparelhamento do ordenamento nesse tópico supre uma das lacunas, preparando o caminho para que, a partir daqui, se complete a evolução com a adoção pela prática. Para tanto, será necessário que se reconheça a necessidade, utilidade e vantagens da adoção da arbitragem como mecanismo contratual visando não somente a solução, mas em boa medida, igualmente, a prevenção de controvérsias entre partes contratantes.

23. Aparelhado o ordenamento legal, a partir de agora pode aparelhar-se a prática. Encerraria esta intervenção, invocando o relevante ensinamento de Friedrich Müller, *Discurso do método jurídico* (1993, 1996)<sup>13</sup>:

“As questões de método são questões concretas. São considerações estruturais impostas pela prática, com base em teoria que satisfaça a essa prática, considerações relativas ao tratamento científico dos problemas e a uma racionalidade transparente, que permita o controle e a discussão. (... )

A busca de critérios 'absolutos' é cientificamente desprovida de sentido. A ciência exige captar o mais exatamente possível as diferenças e distinções graduais."

Creio que todos nós aqui presentes hoje, esperamos que a arbitragem comercial possa fazer, no Brasil de hoje e futuro próximo, a passagem da teoria para a realidade, deslocando-se do mundo do *dever ser* para o mundo do *ser*.

A lição relevante de *Friedrich Müller* pode ser aplicada perfeitamente em matéria de caráter e conteúdo pragmático e operacional como a arbitragem, ainda mais que em outros setores do direito, as "questões de método são questões concretas", onde a reflexão tem de ser exercida diante e à luz das exigências colocadas pela prática, sabendo conciliar o "tratamento científico dos problemas" com "racionalidade transparente, que permita o controle e a discussão".

24. A arbitragem não pode perder-se na busca de critérios "absolutos", ademais, cientificamente desprovida de sentido, somente se justificando por permitir captar o mais exatamente possível as diferenças e distinções graduais.

Concretamente, isso se coloca, neste momento e no contexto atual do Brasil no mundo, no esforço coletivo de absorção e implementação da arbitragem em nosso meio, em nosso ordenamento positivo e em nossa cultura jurídica, jurisprudencial como doutrinária.

25. Muito ainda está por ser feito, mas um grande passo foi dado, com o advento da Lei n. 9.307/96. Esta pode representar mudança radical no Brasil, não somente em relação à efetividade operacional que, doravante, se confere ao instituto da arbitragem comercial, mas também como peça significativa para a consolidação de visão internacionalizada e flexível do direito, mais consentânea com a realidade atual.

As mudanças em curso no contexto internacional, tornam obsoletos conceitos e métodos excessivamente nacionais e nacionalistas; mais e mais vai se tornando prática corrente a desnacionalização das relações contratuais, como dos ciclos produtivos, a informação do mesmo modo que os capitais, a poluição como o crime organizado circulam livremente pelo mundo.

Diante dos fatos podem os sistemas jurídicos nacionais reagir como a percepção da necessidade de reorientação e *aggiornamento* ou podem pretender enclausurar-se na proteção fictícia de conceitos e valores de outros tempos, tais como a velha concepção de soberania estatal, intocável e absoluta, como da vigência territorial da lei.

26. Nosso Brasil de hoje acha-se diante de tais dilemas, com significativos descompassos entre setores (os mais variados) públicos e privados, alternando tendências de renovação e outras de fechamento, enquanto, com prejuízo da coerência do todo, nosso ordenamento reflete, com nuances e idiossincrasias, a transição que está sendo vivida: até pouco, a arbitragem, embora regulada pelo direito positivo,

era pouco mais do que excrecência de nosso ordenamento, com pequeno número de casos e ainda menos expressivos resultados. A abertura econômica fez-se, e foi grande passo, mas careceu de planejamento como de visão institucional que pudessem amortizar alguns dos choques daí resultantes, com conseqüentes e custosos ajustes posteriores; visões nacionalistas e retrógradas do Estado e do direito vão cedendo — e ganhando em virulência no discurso, à medida que seus defensores vão perdendo terreno —, sob o duplo impacto da globalização econômica, sob a égide da normativa GATT/OMC, combinada com o impulso da integração regional, entre nós nunca antes experimentada em grau equivalente ao que já se vive no Mercosul; a absoluta circulabilidade quase mundial da informação, dos capitais e das telecomunicações, queiramos ou não, nos obrigam a olhar com novos olhos o mundo e as tentativas de regular a realidade através do direito.

Muito ainda se hesita entre nós, quanto aos rumos e caminhos a serem tomados, na busca de inserção internacional consentânea com a dimensão e importância do Brasil, seja como sujeito de direito internacional, seja como parceiro econômico em relações bilaterais, regionais ou de vocação universal. Alguns gritam que não estamos avançando suficientemente rápido; outros se lamentam dos excessos de velocidade — talvez se esteja rumando para adequado meio termo ....

27. Se se tratasse de escolher um tópico jurídico-negocial, como paradigma, podemos dizer que, com a nova lei de arbitragem, estamos dando um grande passo: inaugura-se, com a regulamentação da Lei n. 9.307/96, norma que alinha o País em relação ao *estado da arte* na matéria; mas a lei nada é sem a hermenêutica e a aplicação — estas terão de ser feitas, a partir do texto da lei e situando-a em relação ao contexto internacional, no qual se inscreve a temática da arbitragem<sup>14</sup>, como mecanismo de solução de controvérsias entre operadores privados versando direitos patrimoniais disponíveis.

A arbitragem se efetiva pela qualidade de seu funcionamento e tem de ser situada em contexto histórico, geográfico e cultural, sob pena de desprender-se da realidade e ater-se somente a dados técnicos, que falseiam a compreensão do todo.

#### *Bibliografia:*

ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de direito internacional público*, S. Paulo: Editora Saraiva, 12<sup>a</sup> ed., 1996; oitava parte “solução pacífica de conflitos internacionais”, pp. 411/442.

\_\_\_\_\_. *G.E. do.*, S. Paulo: Editora Saraiva, 11<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> reimpr., 1980, pp. 253/254. “a arbitragem e o Brasil”.

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*, Rio, 2<sup>a</sup> ed., 1956-57.

ARAÚJO, Nádia de. *Contratos internacionais: novas tendências, Mercosul e Convenções internacionais*, Rio: Renovar, 1997.

ARAÚJO, Nádia de, VARGAS, Daniela Trejos e GAMA E SOUZA JR., Lauro da, (coords.). *Resumos de jurisprudência de DIPR no STF e STJ*, série Cadernos / Direito internacional privado, Rio: PUC — Departamento de Direito, ano II, n. 3, 1996.

BERG, A. J. Van Den. *L'arbitrage commercial en Amérique latine*, Rev. de l'arb., 1979, pp. 123/203.

BUDIN, Roger Ph.. *Les clauses arbitrales internationales bipartites, multipartites et spéciales de l'arbitrage "ad hoc" et institutionnel*, Lausanne: Eds. Payot, 1993.

BURDEAU, Geneviève, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États*, Rev. de l'arb., 1995, pp. 09/37.

CASELLA, Paulo B. (coord.) et alii. *Arbitragem: a nova lei brasileira (9307/96) e a praxe internacional* (pref. Fábio Nusdeo, S. Paulo, LTr Ed., 1997.)

\_\_\_\_\_. with CUNHA, Ricardo T. da. *Brazil: enforcement against judgment debtors*, in *International execution against judgment debtors*, ed. by L. Garb, J. Lew & Dennis Campbell; London/Vienna: The House Ed./ Centre for International Legal Studies, relesse 5, revised & updated version, 1997.

\_\_\_\_\_. *Mercosul: exigências e perspectivas integração e consolidação de espaço econômico (1995 2001 -2006)* (pref. de Celso D. de Albuquerque Mello, S. Paulo, LTr Ed., 1996.

\_\_\_\_\_. (coord.) et alii. *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul — após o término do período de transição*, pref. de J. Dolinger; S. Paulo: LTr Ed., 1996; reunindo contribuições de 39 autores.

\_\_\_\_\_. "From dispute settlement to jurisdiction? — perspectives for the Mercosur (in *International Trade Law and the GATT/WTO dispute settlement system*, ed. by E. -U. Petersmann; Deventer/Boston: Kluwer Ac. Publ., 1996.

\_\_\_\_\_. *Utilização no Brasil dos Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais*, in Casella et alii. "Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul", 1996, pp. 95/105.

\_\_\_\_\_. "O advogado brasileiro e o desafio da internacionalização na prestação de serviços", in *Direito e comércio internacional*, 1994, pp. 99/112.

\_\_\_\_\_. *A comparative approach to competition law in the E.C. and the Mercosul*, Saarbrücken: Europa-Institut, v. 301, 1993.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes*, RT 668, ano 80, junho de 1991, pp. 239/241; republicado, 1994, pp. 127/130.

\_\_\_\_\_. *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères au Brésil* (Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, Paris, CFCE, 1987, n. 3, pp. 699/722.

CRAIG, W. Laurence, William W. PARK & Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*, prefs. Sir M. KERR & P. BELLET; New York/Paris: Occana/ICC Publ., 1990.

DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris: Economica, 1982.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* (parte geral), Rio: Ed. Renovar, 4ª ed., atualizada, 1996.

ETCHEVERRY, Raul Aníbal. *Settlement of disputes in the South American Common Market (Mercosur)*, in Petersmann, 1996.

FREIRE, J. Renato C. , em co-autoria com Paulo B. Casella. *Contratos financeiros internacionais*, S. Paulo: Ed. RT, 1994.

GLOSSNER, Ottoarndt. *Código de ética para o juízo arbitral*, trad. do original alemão de Ricardo T. da Cunha, com rev. de P. B. Casella; in *Direito e comércio internacional ...*, 1994, pp. 139/145.

GREBLER, Eduardo. *A solução de controvérsias no Tratado do Mercosul*, in Casella et alii, *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*, 1996, pp. 348/362.

GREIF, J. *El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el Protocolo de Brasilia*, Riv. dell'arbitrato, 1994-2, p. 403.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*, S. Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

LAFER, Celso. *O sistema de solução de controvérsias da organização Mundial do Comércio*, in Casella & Mercadante (coords.), "Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio", 1997, no prelo.

LEE, João Bosco. *La reconnaissance de la clause compromissoire en droit brésilien*. Rev. de l'arb., 1995, pp. 137/146.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na arbitragem privada*, S. Paulo: Max Limonad, 1988.

MERCADANTE, Araminta de A. & Paulo B. Casella (coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: o Brasil e a OMC*, S. Paulo: LTr Ed., 1997, no prelo.

\_\_\_\_\_. *A processualística dos atos internacionais: a Constituição de 1988 e o Mercosul* (in Casella et alii, *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*), 1996, pp. 458/505.

MOLINIER, Joël. *Droit du contentieux européen*, Paris: LGDJ, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*, trad. do alemão de O. Jouanjan, Paris: PUF, 1996; ed. original *Jusristische Methodik*, Berlim, Duncker & Humboldt, 1993.

NEHMÉ, Claude. *Le GATT l'OMC et les grands accords commerciaux mondiaux — vers l'Organisation mondiale du commerce: OMC* (Paris, Les Éditions d'organisation, 1993; reimpr. 1994).

PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.). *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute settlement system* (Deventer/Boston: Kluwer Acad. Publ., 1996).

POLIN, Raymond (coord.). *L'ordre public*, Paris: PUF, 1996.

RANGEL, Vicente Marotta. *Solução de controvérsias após Ouro Preto*, in Casella et alii, "Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul", 1996, pp. 692/701.

RANGEL, Vicente Marotta e ZANINI, Gustavo. *Diritto internazionale e diritto dell'integrazione in America Latina*, Rev. Fac. Direito, S. Paulo, LXXIX, 1984, pp. 320/329.

RANGEL, Vicente Marotta. *Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais*, Bol. SBDI, XXIII, 1967, ns. 45/46, pp. 29/64.

\_\_\_\_\_. *La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil*, Rev. Fac. Direito, S. Paulo, v. LV, 1960, pp. 253/271.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*, pref. Bilac Pinto; Rio: Forense, 1984.

ROBERT, Jean (avec la collab. de B. Morcau). *L'arbitrage: droit interne / droit international privé*, (Paris: Dalloz, 5e. éd., 1983).

SAMTLEBEN, Jürgen. *Histórico da arbitragem no Brasil — até o advento da nova lei*, in Casella (coord.) et alii, *Arbitragem*, 1997, pp. 29/86; parte I, orig. publ. *Arbitragem no Brasil*, na Rev. da Fac. de Direito, S. Paulo, v. LXXVII, 1982, pp. 185/210; trad. I. Strenger, e parte II *Questões atuais da arbitragem comercial internacional no Brasil*, tb. na Rev. da Fac. de Direito, S. Paulo, v. 89, 1994, pp. 101/128; trad. R. T. da Cunha & rev. P. B. Casella.

SOARES, Guido F. S.. *As instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito — sugestões de lege ferenda*, in Baptista, Mercadante & Casella (orgs.), "Mercosul: das negociações à implantação", S. Paulo: LTr Ed., 1994, pp. 262/319.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional* (apres. L.O. Baptista, pref. Gilda M. C. M. Russomano); S. Paulo: LTr Ed., 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas — estudos em homenagem a ...*, coord. L. O. Baptista, H. M. Huck e P. B. Casella; S. Paulo: LTr Ed., 1994.

\_\_\_\_\_. *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international* (RCADI, 1991-II, t. 227, pp. 207/356).

\_\_\_\_\_. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*, S. Paulo: Ed. RT, 1968.

TREBILCOCK, M. J. & R. HOWSE. *The regulation of international trade*, London, Routledge, 1st publ., 1995; ch. 15: *Dispute resolution in international trade*, p. 383 ff.; *dispute resolution mechanisms in the GATT*, p. 399.

Notas:

1 — Cfr. nota de jurisprudência (Casella, 1991, 1994) analisando o acórdão do STJ, referido em epígrafe.

Min. Gueiros Leite, voto em julgamento no STJ do REsp 616-RJ (1990).

V. tb., P. B. Casella, *Arbitragem: entre a praxe internacional, a integração no MERCOSUL e o direito brasileiro*, b/c a introdução *Efetividade da arbitragem na nova lei* (in Casella — coord. et alii, *Arbitragem*, 1997, pp. 13/19 e 169/186).

2 — A configuração e os limites da autonomia da vontade no ordenamento brasileiro constituem questão controvertida, comportando extensos exames específicos e conclusões discordantes em diferentes autores.

Pessoalmente entendo haver restrição, decorrente da formulação do art. 9º, *caput* e §§, da LICC. Não sendo cabível retomada *in extenso*, remeteria, i.a., ao exame feito por I. Strenger (1968) e J. Dolinger (1996).

Nádia de Araújo, *Contratos internacionais* (1997) faz análise exaustiva da questão da autonomia da vontade das partes no direito brasileiro, também à luz das novas tendências em convenções internacionais nessa temática.

Especificamente a respeito da autonomia da vontade em relação à nova lei de arbitragem, v.: de Nádia de Araújo, *"A nova lei de arbitragem brasileira e os 'princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais', elaborados pelo Unidroit"*; b/c, de J. A. Fontoura Costa e Gabriele Tusa, *Expectativas e âmbito de aplicabilidade da nova lei de arbitragem* e de J. A. Fontoura Costa e Rafaella L. V. Pimenta, *Ordem pública na Lei n. 9.307/96*; ilustrativo enfoque em campo específico, o estudo de Ricardo T. da Cunha, versando *A arbitragem como método de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros* (in *Arbitragem*, 1997, respectivamente pp. 87/116, 187/196, 197/214, 215/226).

3 — LICC, art. 9º: "Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem."

Combinada a redação do *caput* com os dois parágrafos do mesmo dispositivo, estipulando, estes, por sua vez, os requisitos de forma essencial, devendo, quanto a esta, ser observada a lei brasileira, caso se destine a obrigação a ser executada no Brasil, "admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato", e reputando-se constituída, nos termos do § 2º, a obrigação resultante de contrato, (pela lei do) "lugar em que residir o proponente".

Optando, mesmo em contratação de caráter interno, por convenção de arbitragem, fica a escolha das partes totalmente desvinculada dos parâmetros colocados pelo Decreto-Lei 4.657/42, facultando-se-lhes livre escolha das regras que serão aplicadas, sejam estas de direito, como de equidade, "desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública", podendo, também, as partes "convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio".

4 — Accioly & Nascimento e Silva (1996, p. 426).

5 — Casella, art. citado (1996 ter, in *Petersmann*):

"Arbitration as a device for settlement of disputes between States is extremely relevant and has been tested historically as an effective peaceful mechanism — it may be worth stressing that no criticism is implied or intended against arbitration *qua* arbitration. Brazilian experience evidences to the effectiveness of arbitration, both having Brazil or Brazilians as arbitrators or Brazil as part to arbitral procedures. Border issues with Argentina, as well as with France and the United Kingdom, concerning the respective Guyanas, as well as other matters, at the end of XIXth and beginning of the XXth century, were smoothly and successfully regulated through international law arbitration".

Oportuno referir os casos mais relevantes:

(I) controvérsias entre o Brasil e o Reino Unido, a propósito da prisão, no Rio de Janeiro, de oficiais da fragata inglesa *Forte* (onde o único árbitro, Rei Leopoldo da Bélgica prolatou seu laudo em 18 de julho de 1863, favoravelmente ao Brasil);

(II) questão entre o Brasil e os Estados Unidos, concernente ao naufrágio da galera americana *Canadá*, nos recifes das Garças, nas costas do Estado do Rio Grande do Norte (onde o árbitro inglês, Sir Edward Thornton, prolatou seu laudo em 11 de julho de 1870, desfavorável ao Brasil);

(III) controvérsia suscitada pela Suécia e Noruega, por motivo do abaloamento do navio norueguês *Queen*, pelo monitor brasileiro *Pará*, no porto de Assunção (onde o árbitro português, o Cons. Mathias de Carvalho e Vasconcelos, em seu laudo, prolatado em 26 de março de 1872, rejeitou a reclamação);

(IV) controvérsia suscitada pelo Reino Unido, em nome de Lord Cochrane, *Earl of Dundonald*, pleiteando pagamento por serviços prestados por seu pai, Almirante Cochrane, durante a guerra de independência do Brasil (onde os árbitros foram o americano James R. Partridge e o italiano A. Cavalcini Garofoli, os quais, no laudo prolatado em 6 de outubro de 1873, determinaram que o Governo brasileiro deveria efetuar o pagamento de determinadas quantias ao reclamante);

(V) questão de limites entre o Brasil e a Argentina, referente ao território de Palmas (onde figuraram, respectivamente, Estanislau Zeballos e o Barão do Rio Branco, indicados pelos governos nacionais, e o árbitro foi o Presidente Cleveland, dos Estados Unidos, que em seu laudo, prolatado em 5 de fevereiro de 1895, decidiu integralmente a favor do Brasil);

(VI) questão de limites entre o Brasil e a França, referente à fronteira entre o Amapá e a Guiana francesa (onde figurou pelo Brasil, o Barão do Rio Branco, tendo como árbitro o Conselho Federal Suíço, cujo Presidente prolatou o laudo, em 1º de dezembro de 1900, decidindo a matéria em favor do Brasil);

(VII) questão de limites entre o Brasil e o Reino Unido, referente à fronteira entre a Guiana e o Brasil (Joaquim Nabuco atuou em nome do Brasil; o árbitro foi o Rei Vittorio Emanuele III; o laudo, prolatado em 6 de junho de 1904, decide a questão desfavoravelmente ao Brasil — tendo esse laudo sido criticado fortemente, não somente pela decisão alcançada, como também sob vários aspectos técnicos — v., a respeito, i.a., Accioly, *Tratado de direito internacional público*, 2ª ed., Rio, 1956-57. v. II, §§ 1.705-1.706);

(VIII) reclamações brasileiro-bolivianas, relativas à questão do Acre (onde as questões foram solucionadas por tribunal arbitral, sediado no Rio de Janeiro, de maio de 1905 até novembro de 1909, incluindo representantes dos governos da Bolívia e do Brasil e do Núncio Apostólico, junto ao Governo brasileiro — ocorrendo a subsequente aquisição da área pelo Brasil);

(IX) reclamações brasileiro-peruanas, resultantes de fatos ocorridos nas áreas do Alto Juruá e Alto Purus (as questões foram decididas por tribunal arbitral, sediado de janeiro de 1906 até junho de 1910, incluindo representantes dos Governos do Peru e do Brasil, bem como o Núncio Apostólico).

(Cfr. H. Accioly — G. E. do Nascimento e Silva, *Manual ...*, 11ª ed., 1980, pp. 253/254, *a arbitragem e o Brasil*).

- 6 — Nesse sentido, poderia merecer detalhamento adicional, enfatizando a distinção, na formulação de Guido F. S. Soares, in *As instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito — sugestões “de lege ferenda”* (1994), onde o leitor desavisado poderia se confundir quanto à diversidade essencial de mecanismos e objeto.
- 7 — A respeito, v., i. a., Vicente Marotta Rangel *Solução de controvérsias após Ouro Preto* e Eduardo Grebler, *Solução de controvérsias no Mercosul*. (in Casella — coord. et alii, *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*, 1996 bis); J. Greif, *El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el Protocolo de Brasilia* (*Riv. dell'arbitrato*, 1994-2, p. 403).

Casella, artigo citado (1996 ter, in *Petersmann*):

"The Brasilia Protocol may have had its role during the transition period. Regardless of the circumstance that it has — at least so far — never been used, does not reduce its relevance as a guideline for dispute resolution should such a case come true. Nevertheless it is arguable whether and how far this device could be enough for managing disputes within a common market framework.

The main point of concern, however, should be the specific feasibility of interstate arbitration as the channel for dispute settlement in an economic integration project. My point is that it may and should be questioned as being too loose to enable the emergence of consistent caselaw and legal rules to emerge. To that should be added the 'political' costs and risks of such a mechanism, whereby before any settlement is reached it is necessary to acknowledge that a 'dispute' has arisen and that same has to be 'settled'."

- 8 — Como bem observa Geneviève Burdeau, em seu *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États* (*Rev. de l'arb.*, 1995, pp. 09/37, especialmente a conclusão):

"l'étude de tous ces mécanismes récents suggère deux remarques: l'une porte sur la très grande vitalité du procédé arbitral à l'heure actuelle dans le contentieux économique intéressant les États, notamment dans le domaine du commerce et des investissements, la seconde tient à la fonction nouvelle qui s'affirme pour ces types d'arbitrage qui, à côté de la résolution de litiges d'origine contractuelle, tend à remplir également une fonction de contrôle, à la demande des particuliers, du respect par les États de leurs obligations selon le droit international conventionnel ou général".

depois de ter mencionado tanto o Nafta e Mercosul, em matéria de mecanismos de solução de controvérsias, frisa:

"on ne retrouve pas de véritable procédure d'arbitrage entre États à propos de l'application des dispositions de l'Alena. Pourtant ce genre de procédure serait concevable, comme en témoigne l'exemple, également récent, du Mercosur (...) dans le cadre duquel un mécanisme d'arbitrage interétatique a été institué par le Protocole de Brasília du 29 novembre 1991, en vue du règlement des différends entre États parties au Traité d'Asunción"

muito embora, a respeito do Tratado Mercosul, de 1991, observa G. Burdeau, não sem certo grau de surpresa:

"Le Traité d'Asunción du 26 mars 1991 entre le Brésil, l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay vise à instituer, après une période transitoire, un marché commun régional, mais sans institutions supranationales."

- 9 — René David fala de misto de "appearance et réalité" (em seu *L'arbitrage dans le commerce international*; Paris, Economica, 1982; ch. IV, §§ 139, 140).

- 10 — Casella, id. (1991, 1994).

- 11 — Casella, *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères au Brésil* (1987), b/c *Brazil: enforcement against judgment debtors* (1997; with R. T. da Cunha);

Jürgen Samtleben, *Histórico da arbitragem no Brasil — até o advento da nova lei* (no volume Casella — coord. et alii, *Arbitragem*, 1997, pp. 29/86).

Não obstante o caráter pioneiro do grupo de trabalho, integrado pelos Professores Nádia de Araújo, Daniela Trejos Vargas e Lauro da Gama e Souza Jr., coordenando o trabalho de bolsistas PIBIC/CNPq, do qual resultou, em 1996, o vol. I dos *Resumos de jurisprudência de DIPR no STF e STJ* (série Cadernos PUC/RJ).

- 12 — A respeito do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras v. capítulo de Lauro da Gama e Souza Jr., bem como o melhor exame feito até hoje da matéria no estudo específico de Jürgen Samtleben, *Histórico da arbitragem no Brasil — até o advento da nova lei* (ambos in Casella, *Arbitragem*, 1997, respectivamente pp. 29/86 e 309/324).

- 13 — Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique* (1996; cit., pp. 39/40).
- 14 — Contribuição para o estudo e debate da temática da arbitragem e de sua inserção no ordenamento nacional, v. *Arbitragem: a nova lei brasileira (9307/96) e a praxe internacional* (coord. Paulo B. Casella; pref. Fábio Nusdeo; S. Paulo, LTr Ed., 1997), coletânea reunindo estudos de dezessete autores, da Argentina, Alemanha, Brasil e França, abrangendo a arbitragem sob diferentes ângulos do direito e da prática, posicionando a nova lei brasileira em relação à praxe internacional.

A organização do volume procurou privilegiar os tópicos regulados pela Lei n. 9.307/96, seja refletindo-os sob a forma de capítulos, seja contrapondo regulações internas e internacionais.

Yves Derains e Carlos Nehring Neto colocam, em *A prática de uma arbitragem CCI*, análise concreta do funcionamento da entidade de maior destaque e impacto na operação internacional da arbitragem privada internacional.

O enfoque de Jürgen Samtleben, em seu *histórico da arbitragem no Brasil — até o advento da nova lei* firmou-se como o melhor estudo feito até hoje, sobre a arbitragem no Brasil, pela precisão e abrangência da resenha jurisprudencial, normativa e bibliográfica, como pela dificuldade de acesso aos originais.

Nádia de Araújo suscita a *nova lei de arbitragem brasileira e os "Princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais"*, elaborados pelo *Unidroit*, confrontando a difícil, porém, crucial matéria da autonomia da vontade das partes contratantes em relação à arbitragem e à crescente desnacionalização das relações contratuais.

As *flutuações processuais da arbitragem* são a temática do estudo de Jean-Baptiste Racine e Alain Goulene, enfocando os efeitos da flexibilidade, conceitual e operacionalmente ligada à arbitragem, mostrando, por vezes, seu lado menos positivo, onde graus mínimos de previsibilidade conceitual e configuração operacional podem ser auxiliares eficazes, contra excessivas *flutuações* em matéria de arbitragem. Colocando a perspectiva processual brasileira, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, debruça-se sobre a vertente da operacionalização da arbitragem, com o enfoque dos *Aspectos processuais da nova lei de arbitragem*, enfrentando dimensões e desdobramentos até aqui inexplorados.

Irineu Strenger, se dedicou à questão da *Formação da prova no litígio arbitral*, mostrando que, não obstante o grande progresso feito, faz falta, na nova lei arbitral brasileira, tópico regulador relativo à convenção de arbitragem e medidas provisórias.

Paulo B. Casella enfoca a *Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro*, projetando as conseqüências da Lei 9.307/96 em contexto mais amplo, não somente sobre o ordenamento jurídico nacional, mas igualmente pensando o Brasil atual, engajado em processo de integração, com exigências específicas, tanto operacionais como conceituais, para as quais é preciso atentar.

J. A. Fontoura Costa e Gabriele Tusa nos põem diante das *Expectativas e âmbito de aplicabilidade da nova lei de arbitragem*, suscitando perplexidades e possíveis soluções, a partir do que se poderia chamar *parte geral* da doutrina em matéria de arbitragem, seguindo-se-lhe *Ordem pública na Lei 9.307/96*, de J. A. Fontoura Costa e Rafaela L. V. Pimenta, um dos conceitos de base, para assegurar a coerência e consistência do todo.

Ricardo Thomazinho da Cunha, direcionando o enfoque da arbitragem para matéria específica, estuda *A arbitragem como método de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros*.

Selma Maria Ferreira Lemes, trabalhando pela utilização da arbitragem, faz dois estudos, versando, respectivamente, o *Mercosul: proposta de regulamentação quanto à solução de controvérsias privadas — conciliação e arbitragem* seguido de incursão entre nós ainda tão pouco trilhado mundo da deontologia e ética profissional, colocando os parâmetros para o *árbiter: o padrão de conduta ideal*.

André de Carvalho Ramos, faz reflexão a respeito do *Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e a cooperação jurisdicional no Mercosul*, com discernimento quanto aos riscos e efeitos colaterais da excessiva e por vezes impensada multiplicação de mecanismos convencionais, quer bilaterais, como regionais ou de vocação universal, na interação destes, muitas vezes conflituosa, quer entre si, como em relação à arbitragem, que, em lugar de soluções, algumas vezes podem simplesmente nos estar levando a substituir conflitos de leis por *conflitos de convenções*. A internacionalidade da atuação e funcionamento da arbitragem tem o seu calcanhar de Aquiles e simultaneamente teste de efetividade na questão do *reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, como mostra proficientemente Lauro da Gama e Souza Jr.

Em seu estudo versando *Solución de controversias comerciales en el Mercosur: papel del Tribunal Internacional de conciliación y de arbitraje del Mercosur*, M. Marcos Vera, nos faz a proposta concreta do *papel del Ticamer*, no contexto da integração, tal como ora se enceta e se ensaia entre nós. São iniciativas concretas que poderão levar a avanços efetivos.

Logicamente sem poder nem pretender esgotar todas as vertentes e desdobramentos possíveis, o volume aborda os principais e pode representar subsídio para o conhecimento e discussão da matéria arbitral entre nós, na perspectiva do advento e operação da nova Lei n. 9.307/96 no contexto do direito brasileiro anterior como o vigente, com algumas projeções para o futuro, confrontando a praxe internacional e o contexto específico da integração regional, com crescimento das atividades econômicas transnacionais, de caráter privado.