



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 11

DIREITO INTERNACIONAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 11

Cláudio Finkelstein

Clarisse Laupman Ferraz Lima

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO INTERNACIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Oswaldo Duek Marques
Elizabeth Nazar Carrazza	Paulo de Barros Carvalho
Fábio Ulhoa Coelho	Raffaele De Giorgi
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
Luiz Alberto David Araújo	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Edson Fachin	Rui da Cunha Martins
Marco Antonio Marques da Silva	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Maria Helena Diniz	Teresa Celina de Arruda Alvim
Nelson Nery Júnior	Wagner Balera

TOMO DE DIREITO INTERNACIONAL | ISBN 978-85-60453-56-6

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI (recurso eletrônico)
: direito internacional / coords. Cláudio Finkelstein e Clarisse Laupman Ferraz Lima - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Cláudio Finkelstein

INTRODUÇÃO

O presente verbete traz análise de questões relativas à arbitragem internacional numa perspectiva precipuamente brasileira, explicitando, principalmente, suas peculiaridades e características relativas a(s) legislação(ões) aplicável(is) ao instituto, as conexões com os chamados contratos internacionais, as diferenciações entre as diversas sentenças internacionais e estrangeiras e, por fim, trata do importante assunto da homologabilidade de decisões estrangeiras efetuadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceito de arbitragem	3
1.1. A arbitragem no Brasil	7
2. Conceito de arbitragem internacional	10
2.1. Arbitragem internacional e a legislação aplicável.....	13
2.2. Arbitragem internacional e a homologabilidade de sentenças estrangeiras no Brasil	14
2.3. Arbitragem internacional e contratos internacionais.....	17
2.4. Diferenças entre sentença arbitral, sentença de arbitragem internacional pública e sentença comercial internacional.....	22
2.4.1. Sentença arbitral	22
2.4.2. Sentença de arbitragem internacional pública.....	26
2.4.3. Sentença arbitral comercial internacional	27
3. Conceito de arbitragem de investimentos	29

Referências 32

1. CONCEITO DE ARBITRAGEM

A arbitragem é um método de solução de disputas utilizada desde os primórdios das várias civilizações conhecidas e incrementada ao modelo hoje praticado na idade moderna, com a criação dos Estados Nacionais em sua forma contemporânea. Sua finalidade é pacificar relações sociais e comerciais conflituosas sem necessariamente haver interferência do Judiciário, por meio de um terceiro não relacionado à controvérsia e às partes.¹

Faz-se necessário afirmar que para parte da doutrina² arbitragem e arbitragem internacional são institutos diversos, afirmação que a nosso ver não se sustenta no Brasil em virtude de inexistir em nossa legislação qualquer distinção entre sua classificação. O Brasil não adotou a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (“Lei Modelo da UNCITRAL”),³ nem criou qualquer diferenciação entre ambos os procedimentos na Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 (“Lei 9.307/1996” ou “Lei de Arbitragem”), distinguindo unicamente o procedimento de internalização de sentença arbitral estrangeira.⁴ Diversas instituições⁵ reconhecem a internacionalidade de alguns procedimentos e suas características distintivas.

Há, ainda hoje, polêmicas relacionadas à natureza jurídica da arbitragem, se esta

¹ FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem internacional e legislação aplicável*, pp. 341-353.

² Emmanuel Gaillard ensina que a lei francesa distingue a arbitragem doméstica da arbitragem internacional, considerando o caráter internacional como puramente econômico. Assim, para a lei francesa a arbitragem internacional é aquela que envolve interesses de comércio internacional, ou seja, quando a transação da qual se originou a disputa possui elementos internacionais. Alan Redfern e Martin Hunter explicam que a lei suíça, também distingue arbitragem nacional de arbitragem doméstica, considerando a nacionalidade das partes como fator determinante para caracterizar a internacionalidade da arbitragem.

³ Essas questões, incluindo a definição de arbitragem internacional pela Lei Modelo da UNCITRAL, serão esclarecidas no tópico 2 “Conceito de arbitragem internacional” desse verbete.

⁴ Como será melhor explicado no tópico seguinte desse verbete: “2.2. Arbitragem internacional e a homologabilidade de sentenças estrangeiras no Brasil”.

⁵ A ICC (International Court of Arbitration da International Chamber of Commerce) segue o entendimento da lei francesa e considera que a arbitragem é internacional quando esta possui um elemento internacional, ou seja, quando o contrato produz efeitos além das fronteiras nacionais. Já as Swiss Rules for International Arbitration possuem o seu escopo de aplicação limitado às arbitragens internacionais, mas não define propriamente o critério da internacionalidade da arbitragem, de forma que a sua aplicação se valeu inicialmente do critério previsto na legislação interna da Suíça (nacionalidade das partes), mas ao decorrer dos anos foi se expandindo.

seria um instituto de direito contratual ou jurisdicional. Contratual por necessariamente se originar de um contrato, com cláusula compromissória ou mesmo de um compromisso arbitral, mas sempre com a necessidade de opção e escolha das partes exarada em um instrumento contratual escrito para ser instituída. Jurisdicional, pois esta tem um corpo de regras próprias com natureza jurisdicional e ainda que com práticas distintas daquela do processo civil os árbitros presidem um processo vinculatório e previsto em lei, com regramentos específicos e sujeito ao contraditório, com um terceiro(s) atuando na qualidade de juiz, condição esta estabelecida por ficção legal (art. 18 da Lei 9.307/1996).⁶

A corrente majoritária,⁷ a qual nos filiamos, atualmente interpreta o instituto como sendo misto ou híbrido, por conta da sua origem contratual, privada e de procedimento equiparada, por lei, à atividade jurisdicional com reconhecimento de força vinculante à sentença arbitral. Tais influências, no entanto não vinculam o intérprete a implementar decisões pautadas nos conteúdos e normas atinentes a uma ou outra natureza jurídica. O instituto empresta características de ambos os modelos, tendo alcançado, todavia, identidade e autonomia própria, seja acadêmica ou profissionalmente.

A arbitragem, para determinados casos, traz inúmeras vantagens à solução de litígios se comparada àquela levada a cabo pelos tribunais estatais, especialmente em função da amplitude da autonomia das vontades atribuída às partes na confecção do instrumento contratual, da escolha da legislação aplicável, da mecânica da condução e da velocidade do procedimento, da maior especialização e escrutínio pelo tribunal, do menor custo relativo e maior possibilidade de manutenção do sigilo sobre a controvérsia em pauta.

A autonomia da vontade, princípio orientador e característico dos procedimentos arbitrais internacionais ou domésticos pode ser definido como a faculdade outorgada às partes de uma obrigação para optar por ou criar ou alterar, nos estritos limites da lei, as regras oponíveis aos contratantes e aos árbitros, seja no objeto e na forma da contratação, seja no procedimento como um todo ou mesmo após este.⁸

⁶ Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

⁷ SCHMITTHOFF, Clive. *Export Trade. The law and practice of international trade*, pp. 539-541.

⁸ “É prestigiada a autonomia da vontade na arbitragem em seu grau máximo: começa com a liberdade das partes para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno desta opção. (...) Assim, a autonomia aqui confirma o poder das partes de modelar, em conjunto, toda a arbitragem, desde sua eleição e seu início, até a sua

Essa faculdade, no direito internacional privado, implica na autorização de eleger o direito ou as regras de direito aplicáveis a qualquer parcela do caso ou também criar, para as partes novas formas e procedimentos, modelos contratuais, cláusulas, modalidades de pagamento, garantias e, como já explicitado, a possibilidade de escolha de foro aplicável a tais contratos, assim como a escolha do órgão jurisdicional competente para dirimir controvérsias e possíveis medidas cautelares e também o procedimento para seu curso.

No entanto, essa liberdade de ação conferida às partes contratantes não é ilimitada, uma vez que não há como afastar a aplicabilidade das normas de ordem pública vigentes nos países com os quais o contrato internacional esteja relacionado.

Vale mencionar que pelo atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), contrário ao determinado para contratos submetido a jurisdição estatal previstos no art. 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiras (“LINDB”) (normas de qualificação e regência), na arbitragem a lei aplicável à forma do ato “é a lei a que as partes se submeteram ou, na falta dela, à do país onde a sentença arbitral foi proferida”.⁹

Consoante o art. 2º da Lei 9.307/1996:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

Desse modo, conforme mencionado, as partes podem livremente eleger a lei que melhor se adequa às suas necessidades, observando-se apenas os limites estabelecidos pelas normas de ordem pública do estado em que se procura executar ou reconhecer a

conclusão, passando pelo seu conteúdo. E, assim, este princípio é da essência deste instituto” (CAHALI, José. *Curso de arbitragem*, pp. 137-138). “*The ideal of arbitration is freedom reconciled with law. (...) The restrictions on arbitration are not only those intended to prevent the parties from harming the public interest, but also those which purport to save the parties from themselves*” (PAULSSON. Jan. *The idea of arbitration*, pp. 1-6).

⁹ STJ, Corte Especial. Sentença Estrangeira Contestada 8.421 - EX (2013/0029635-5), rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.08.2017, DJe 11.10.2017.

sentença arbitral, assim como consoante as regras da legislação da lei escolhida pelas partes [ou da lei determinada pelo tribunal] para reger seus direitos e deveres, assim como das normas imperativas vigentes na sede da arbitragem.

A Lei de Arbitragem estabelece, em seu artigo 4º, que a cláusula compromissória é a “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato”.

O compromisso arbitral, por sua vez, é definido como a “convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (art. 9º). Dessa forma, a partir do momento em que as partes firmam o compromisso, determina-se quem será(ão) o(s) árbitro(s) e qual o procedimento e prazos a serem seguidos.

Assim, apesar de facultativo, o uso do juízo arbitral, uma vez adotado por cláusula compromissória, torna-se obrigatório para as partes, podendo, qualquer uma delas, exigir a instalação do juízo arbitral para dirimir eventual conflito.¹⁰

Cumprido notar que eventual controvérsia relativa à nulidade do contrato não impede que a questão seja decidida pelo juízo arbitral, em razão do princípio da autonomia da cláusula compromissória (“*separability principle*”).¹¹ De acordo com essa regra, constante do artigo 8º da Lei 9.307/1996, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, sendo que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Na cláusula compromissória, a escolha do local para a realização de diligências e/ou expedição da decisão da arbitragem também influi no processo de execução, uma vez que, quando proferida no Brasil, a sentença poderá ser imediatamente executada, diferentemente do que ocorre quando for proferida fora do território nacional, ficando dependente de homologação pelo STJ.

A condução dos procedimentos arbitrais podem ser *ad hoc* ou institucionais. Os primeiros não necessariamente são conduzidos sob as diretrizes e normas de nenhuma instituição regularmente constituída ou corpo de regras pré-existentes, de forma que as partes convencionam livremente as regras procedimentais e a seleção dos árbitros,

¹⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei 9.307/96*, p. 158.

¹¹ BORN, G. *International commercial arbitration*, p. 376.

podendo, inclusive, sujeitá-las a normas institucionais, se assim preferirem. Já quando manejados sob a égide de uma instituição arbitral, as partes concordam em solucionar a disputa por esta instituição especializada, que administrará os procedimentos nos moldes de suas próprias regras, previamente conhecidas e aceitas pelas partes.

A arbitragem *ad hoc* permite que as partes escolham ou criem seus próprios procedimentos e ritos em local neutro e de forma a satisfazer seus interesses e necessidades, reduzindo, por vezes, o custo e a duração do litígio. As partes devem convencionar todos os aspectos da arbitragem, inclusive a lei aplicável, o número de árbitros (sempre ímpar) e seu método de seleção, idioma em que serão conduzidos os procedimentos e, por fim, o local da arbitragem, outorgando ao tribunal poderes para decidir todo o restante não determinado ou acordado pelas partes.

Frequentemente, as regras arbitrais *ad hoc* ou institucionais derivam ou das regras-modelo estabelecidas pela UNCITRAL, ou das regras de alguma notória instituição arbitral.¹²

Feita a introdução no tema da arbitragem, é necessário observar como na atualidade essa se aplica no Brasil.

1.1. A arbitragem no Brasil

A arbitragem, até o início do século XXI não havia se firmado como uma opção viável em contratos celebrados em território brasileiro, mesmo sendo um instituto já bastante conhecido e até legislado. Essa situação ocorria por dois fatores diversos: pela cultura nacional avessa à intervenção privada em um domínio tido como exclusivo do Judiciário e das forças constituídas do Estado, e também pelo desprestígio ao instituto atribuído pela lei vigente anteriormente à edição da Lei 9.307/1996, a qual demandava um procedimento gravoso¹³ às partes para a aplicação das decisões arbitrais.

¹² FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem internacional e legislação aplicável*, pp. 341-353.

¹³ Carmona explica que os principais problemas do procedimento arbitral antes da promulgação da Lei Brasileira de Arbitragem eram que (i.) o CPC/1973 e o CC/1916 não possuíam qualquer disposição sobre a cláusula compromissória e (ii.) era exigida a homologação judicial de qualquer laudo arbitral. A ausência de qualquer disposição legal acerca da cláusula compromissória fazia com que a arbitragem só pudesse ser iniciada depois que o conflito já houvesse se instaurado, por meio de compromisso arbitral. A necessidade de homologação judicial do laudo arbitral prejudicava a confidencialidade e celebridade do procedimento arbitral, uma vez que ao ser submetido ao Judiciário, o laudo arbitral estava sujeito à morosidade do sistema recursal brasileiro (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*,

No entanto, com a edição da Lei de Arbitragem, o cenário alterou-se, fazendo com que a arbitragem fosse novamente trazida à pauta de discussões acadêmicas e negociações comerciais, tendo hoje alçado um indiscutível sucesso.

No Brasil, a arbitragem é instituto presente desde as Ordenações Filipinas de 1603, porém, somente com a Constituição Brasileira de 1825 é que foi expressamente legislada e, nas Constituições de 1891 e 1969, foi considerada como uma forma privada de prevenir litígios.¹⁴

A Constituição Brasileira de 1934 estabelecia que o Poder Legislativo Federal seria o verdadeiro responsável por disciplinar a adoção da arbitragem comercial. No entanto, é apenas na Constituição de 1988, mais precisamente no artigo 114, §1º, que o instituto da arbitragem aparece de forma expressa e nos moldes atuais. Com o Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção de Genebra de 1927 internacionalizam-se os critérios de utilização do instituto.¹⁵ Essa internacionalização se deu porque a Convenção de Genebra permitia a instauração do procedimento arbitral por meio da cláusula compromissória inserida em contratos comerciais internacionais celebrados pelos particulares dos Estados signatários da Convenção, possibilidade esta que até então não estava prevista na legislação brasileira, vez que o procedimento arbitral só poderia ser iniciado por meio da celebração de compromisso arbitral.¹⁶

A Lei 9.307/1996, na esfera comercial destaca-se como uma das mais importantes legislações domésticas, reconhecendo e validando a arbitragem como um método alternativo de solução de disputas. Todavia, uma das características inerentes à arbitragem no Brasil é a classificação legal de estraneidade imposta à sentença arbitral emitida fora do país, de modo a classificá-la como decisão estrangeira, que leva o país a impor um procedimento homologatório no STJ prévio à execução da sentença e posterior curso desta na Justiça Federal, conforme será explicitado oportunamente no tópico 2.2. do presente verbete.

Assim, o estrangeiro informado que busca executar ou reconhecer eventual sentença positiva no Brasil sabe que é mais conveniente fixar a sede de sua arbitragem no

pp. 4-5).

¹⁴ FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem internacional e legislação aplicável*, pp. 341-353.

¹⁵ A Convenção de Genebra foi recepcionada no Brasil por meio do Decreto 21.187 de 22.03.1932.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, pp. 96-97.

território brasileiro, pois pode executar diretamente a sentença sem precisar se sujeitar a outros procedimentos. Ainda que não houvesse tal razão, a infraestrutura do país melhora a ponto de haver possibilidade de oferecer aos estrangeiros uma mão de obra especializada e bilíngue, aeroportos e instalações convenientes e funcionais, com diversas cidades cosmopolitas, além de São Paulo, reconhecida como a principal *sede* brasileira. Ademais, cabe ressaltar a existência de uma gama cada vez maior de profissionais qualificados (tanto árbitros quanto advogados, tradutores e *experts*) formados nas grandes universidades nacionais e estrangeiras.¹⁷

É importante mencionar ainda que o Judiciário está cada vez mais afeto ao marco legal da arbitragem e - salvo cada vez mais raras exceções - as decisões são pró arbitragem, encontrando o equilíbrio entre as jurisdições arbitral/estatal, sempre que instada. O custo está cada vez mais atrativo, em comparação com as instituições estrangeiras e, por fim, hoje o Brasil volta a ter mais estabilidade e confiabilidade, condições essenciais à atração de investimentos e de procedimentos arbitrais.

No Brasil, a Lei de Arbitragem não determina sigilo à arbitragem, mas prevê, expressamente, em seu art. 13, §6º,¹⁸ que o árbitro deve proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no desempenho de sua função, critérios estes até certo ponto distintos dos critérios internacionais.

Diante da existência de diversos critérios estrangeiros e internacionais para delimitar a imparcialidade dos árbitros [que podem ser adotados em arbitragens realizadas em território brasileiro], a *International Bar Association* (IBA) desempenhou um papel fundamental para uniformizá-las ao editar diversas diretrizes (ou “*guidelines*”) orientando o comportamento dos árbitros e dos representantes das partes no procedimento arbitral. Essas diretrizes da IBA operam como mecanismos de *soft law* que podem ou não ser utilizados no procedimento arbitral, ficando a critério da vontade das partes ou determinação do Tribunal por adotá-los.¹⁹ Contudo, a simples existência dessas diretrizes influencia os procedimentos arbitrais como um todo, servindo como um instrumento de apoio para que as partes examinem assuntos como a conduta e a responsabilidade dos

¹⁷ FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem na Administração Pública*, pp. 7-15.

¹⁸ Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

¹⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and hunter on international arbitration*, pp. 225-228.

árbitros.²⁰ Acerca desse tema em específico as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional de 2014 são de intrínseca importância, uma vez que oferecem orientações quanto ao âmbito dos deveres de revelação dos árbitros.²¹

2. CONCEITO DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL

O Brasil não adota qualquer critério para definir internacionalidade de procedimentos arbitrais. Em realidade, convencionou-se denominar arbitragens com vínculo de estraneidade de arbitragem internacional, independente de onde seja sediada, o que para nós deveria ser denominada arbitragem estrangeira quando sediada no exterior, em virtude de inexistir uma categorização legalmente fixada para determinar a internacionalidade da arbitragem comercial entre entes de direito privado.

Reiterada a ressalva inicial de que, para o Brasil, em função da inexistência de qualificação ou regência normativa distintiva, o procedimento arbitral doméstico em si não se distingue do estrangeiro, independente da nacionalidade, sede principal dos negócios ou domicílio das partes, da lei aplicável a obrigação, da sede do procedimento, moeda ou idioma da obrigação principal ou da jurisdição para a performance da totalidade ou parte das obrigações comerciais, vez que o Brasil não adotou a lei modelo da UNCITRAL nem criou em sua normativa interna qualquer critério distintivo. Tais modelos são denominados ‘dualista’ quando há uma lei interna para arbitragens doméstica e outra legislação (normalmente baseadas no modelo UNCITRAL) para definir e reger arbitragens internacionais. *Contrariu sensu* o modelo ‘monista’ é composto por jurisdições que edificam toda sua estrutura numa única lei, que estabelece no mesmo diploma legal as distinções entre arbitragem doméstica e internacional.

O Brasil adota um modelo monista atípico e uniforme, pois ele não distingue e ao contrário equipara ambas as formas de procedimentos (doméstico ou internacional). Assim, prazos, requisitos mínimos, definições dos institutos, foro judicial para apoio e

²⁰ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International, pp. 178-179.

²¹ O artigo 1º da primeira parte das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional de 2014 dispõe: “(1) Princípio Geral. Todo o árbitro deve ser imparcial e independente em relação às partes no momento da aceitação da sua nomeação, e assim deve permanecer durante todo o processo arbitral até que seja proferida a sentença arbitral final ou o processo termine definitivamente de outra forma”.

procedimentos ancilares são os mesmos quando a arbitragem for conduzida e concluída em território nacional.

Todavia, ainda assim podemos afirmar que um procedimento interno pode ter diversas características de internacionalidade instadas pelas partes ou reconhecida pelo próprio tribunal ou então pela instituição que administra o mesmo. Os institutos jurídicos que integram e definem o procedimento são os mesmos da arbitragem puramente interna, mas a adoção de critérios internacionais quando cabível pode [e deve] ser implementada pela vontade das partes ou por determinação do tribunal, trazendo características distintivas a tais procedimentos, que podem incluir condução dos trabalhos em outro idioma e sob outra lei de regência, práticas e/ou critérios baseados em *guidelines* internacionais ou mesmo sujeição a regras de processo alienígenas.

Com relação à ‘arbitragem internacional’, ou seja, aquela cursada fora do Brasil e que ao final edita uma *sentença arbitral estrangeira*, esta sim reconhecida pela nossa Lei de Arbitragem, existem diversos diplomas de direito internacional que regulam seu curso, seja ativo ou passivo. O tratado mais importante que regula internamente alguns aspectos do procedimento em si é a Convenção de Nova Iorque Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (Convenção de Nova Iorque), ratificada pelo Brasil, mas somente incorporado à ordem jurídica nacional em 2002, através do Decreto 4.311/02.

A citada Convenção suplantou a também mencionada Convenção de Genebra de 1927, relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção do Panamá de 1975). O Brasil é signatário desses dois Tratados,²² mas eles foram praticamente substituídos pela Convenção de Nova Iorque, vez que poucos Estados incluíram cláusulas compromissórias em seus contratos internacionais nos termos desses tratados, até porque a Convenção de Nova Iorque dispõe de provisões muito mais atuais e melhor elaboradas, distinguindo a cláusula compromissória do compromisso arbitral, e afirmando que ambos possuem o efeito de retirar a competência do Poder Judiciário para

²² O Brasil recepcionou no seu ordenamento jurídico interno a Convenção de Genebra em 1932 e a Convenção do Panamá em 1995.

dirimir a controvérsia.²³ À propósito, tais regras foram incorporadas pela Lei de Arbitragem, pelo CPC e pelo Regimento Interno do STJ.

No tocante à legislação aplicável ao mérito de tais procedimentos, no silêncio das partes, para os Estados Europeus que são signatários da Convenção de Roma Sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais de 1980, nos termos do artigo 4º da Convenção, aplicar-se-á a lei do país que estiver mais proximamente conectada à obrigação (*most closely connected*). Já para os demais Estados Parte, nos termos da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de 1980 (“CISG”), exatamente pela liberdade outorgada pela Convenção às partes, inclusive no tocante a escolha da lei a ser aplicada aos contratos internacionais, estes estarão automaticamente vinculados a esta (modelo *opt-out*) ou poderão eleger qualquer outro sistema legal não atentatório à respectiva ordem pública.²⁴

Feitas tais considerações iniciais sobre a arbitragem internacional, é importante tecer a relação desta com a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional amplamente reconhecida e adotada no exterior²⁵ (ou domesticamente, em conjunto com as Regras de Arbitragem da UNCITRAL, quando as partes de um contrato optam por tais normativas), a qual define que uma arbitragem comercial internacional é aquela em que (a) as partes de uma convenção de arbitragem têm, no momento da celebração do referido acordo, os seus locais de negócios em diferentes Estados; ou (b)

²³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, pp. 97-99.

²⁴ Paulo Nalin e Renata Steiner explicam que o Brasil é signatário da CISG, e que esta Convenção foi recepcionada como lei federal ordinária no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Presidencial de n. 8.327/2014. A CISG, norteada pelo princípio da autonomia da vontade das partes, possui a sua aplicação automática a todos os contratos de compra e venda internacionais de bem, de acordo com o seu artigo 1, quando este contrato for celebrado por diferentes países signatários da Convenção, desde que esses não tenham realizado uma reserva expressa no contrato derogando a aplicação da Convenção como um todo ou apenas parte desta, nos termos do artigo 6 (NALIN, Paulo; STEINER, Renata C. *Compra e venda internacional de mercadorias: a Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG)*, 2016, pp. 44-68. SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, pp. 82-92).

²⁵ Até o presente momento, 85 Estados em um total de 118 jurisdições adotaram uma legislação de arbitragem baseada na Lei Modelo da UNCITRAL, dentre os quais se destacam: Austrália, Federação Russa, Singapura, alguns estados dos Estados Unidos (como Califórnia, Texas e Illinois), e alguns estados do Canadá (como Ontário e Quebec). A lista com todos os Estados e jurisdições que adotaram a Lei Modelo está presente no seguinte site: UNCITRAL. Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>. Acesso em 02.07.2021.

um dos seguintes lugares está situado fora do Estado em que as partes têm os seus locais de atividade: (i) o local da arbitragem, se determinado em, ou de acordo com, a convenção de arbitragem; (ii) qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ou (iii) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

Em síntese, pode-se depreender que, respeitados os limites das barreiras impostas por normas de ordem pública (interna ou internacional), é lícito às partes submeterem suas transações a toda e qualquer lei ou princípios nacionais, sem que, com isso, se viole a ordem instituída e aceita por elas.

Feita a necessária introdução e respectivas ressalvas ao conceito de arbitragem internacional, é importante reafirmar que o legislador brasileiro não inseriu nos textos legais que definem o instituto distinções entre a arbitragem nacional e internacional, estabelecendo, apenas, um processo diferenciado para a homologação de laudos arbitrais que foram emitidos fora do território nacional.

Nesse sentido, para o direito brasileiro, o critério para a determinação da internacionalidade da sentença arbitral é o geográfico, pois qualquer que seja a decisão emitida fora do território brasileiro, esta será estrangeira, independente da nacionalidade ou domicílio das partes, local do cumprimento ou assinatura da obrigação, natureza do contrato, relevância ao comércio internacional, idioma, valor ou moeda do negócio jurídico.

Dessa maneira, o presente descritivo irá permear o assunto da arbitragem internacional e a legislação aplicável no Brasil, para que, depois, seja possível adentrar no assunto da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.1. Arbitragem internacional e a legislação aplicável

O legislador brasileiro optou por somente caracterizar a internacionalidade da sentença arbitral (denominado por alguns de laudo arbitral), e não do procedimento arbitral. Contrário sensu, consoante a Convenção Europeia de Genebra, de 1961, a arbitragem comercial internacional é aquela responsável por “dirimir litígios nascidos ou

suscetíveis de nascer de operações de comércio internacional” (art. 1); em Portugal, “entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional” (Lei 31/86, art. 32).

O Brasil, diferentemente dos países citados, optou por não realizar distinção entre os procedimentos, utilizando, no entanto, o procedimento de execução com uma metodologia diferenciada, a qual reconhece como válido e eficaz o procedimento estrangeiro, fazendo com que esse possa ser homologado em território nacional, conforme será demonstrado no próximo tópico do presente verbete.

A Lei da Arbitragem no Brasil dispõe, no artigo 1º, que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

Ao substantivar a limitação do objeto da arbitragem, o legislador reservou as demais matérias à jurisdição estatal, especialmente àquelas que pertencem exclusivamente ao Estado e seus órgãos de controle, por conta da ausência de patrimonialidade ou indisponibilidade dos direitos em pauta.

Frequentemente, quando o contrato é silente e há controvérsia entre as partes, compete aos árbitros depreender do contrato a lei aplicável à solução do conflito, aplicando-se, assim, as regras de solução de conflitos. O árbitro, diferentemente do juiz estatal, não está limitado a aplicar as regras do art. 9º LINDB. Este deve inferir do texto ou do contexto do contrato (e demais documentos constantes dos autos) se há uma escolha implícita, devendo ainda, na eventualidade de não se aferir tal vontade, determinar a lei mais apropriada a solução da controvérsia.

Com relação às sentenças arbitrais estrangeiras cuja execução ou reconhecimento se busca no território brasileiro, deve-se atentar como essas serão internalizadas a fim de produzir seus regulares efeitos, conforme será explicitado no tópico a seguir.

2.2. Arbitragem internacional e a homologabilidade de sentenças estrangeiras no Brasil

Primeiramente, é importante afirmar que as sentenças judiciais ou arbitrais estrangeiras possuem o mesmo tratamento no Brasil: para que possam surtir efeitos,

deverão ser homologados pelo STJ. A inovação trazida pela Lei da Arbitragem em seu artigo 23, contudo, está na dispensa da dupla homologação da sentença arbitral estrangeira, tendo em vista sua natureza de decisão estrangeira. Anteriormente a tal Lei, os laudos arbitrais estrangeiros, para ganharem a natureza de sentença estrangeira, tinham de ser homologados pelo Judiciário do país de origem da decisão antes de serem homologados no Brasil. O que se homologava era o provimento judicial estrangeiro. Todavia, exatamente por equiparar a sentença arbitral a sentença judicial [e outorgar a esta força executória] diversas jurisdições não dispunham de procedimento de homologação de sentença arbitral, impedindo sua internalização.

O procedimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras segue o mesmo rito da homologação da sentença judicial estrangeira empreendido pelo STJ.

Inicialmente, a questão do novo tratamento a ser dado ao instituto da arbitragem acendeu uma discussão que se tornou um verdadeiro *leading case* no Brasil, no processo de contestação da Sentença Judicial Estrangeira SE-5206, cuja sentença foi proferida em 12 de dezembro de 2001, perante o Supremo Tribunal Federal. O processo argumentava a respeito do reconhecimento e execução de uma decisão arbitral estrangeira proferida na Espanha, por solicitação de uma parte estrangeira.²⁶

O Tribunal analisou os requisitos aplicáveis ao reconhecimento e execução das decisões estrangeiras de acordo com a legislação brasileira e também uma questão incidental, de aferir se a lei de arbitragem brasileira foi promulgada em conformidade com a CF/88.

Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) decidiu que a legislação não era inconstitucional, uma vez que não impedia as partes de levarem suas disputas para os tribunais, um direito constitucional fundamental. Como o STF afirmou, a lei permitia a utilização de uma outra opção para a resolução das disputas através de meios privados de decisão, por meio da escolha expressa das partes em assim proceder, uma eleição de via por assim dizer. O conflito só seria arbitrável se tivesse por objeto um direito patrimonial disponível, não interferindo, portanto, com a competência exclusiva do Judiciário, expressa na Constituição, para processar e julgar conflitos de monopólio

²⁶ FINKELSTEIN, Cláudio. *Temas de mediação e arbitragem*, pp. 77-93.

do Estado para fins de manutenção do interesse público, tais quais os de natureza criminal, previdenciário e familiar e outros, indisponíveis por determinação do legislador.

A crescente discussão sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras entre juristas culminou com a promulgação da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (“Convenção de Nova Iorque”) pelo Governo do Brasil em 2002, através do Decreto 4.311/2002.

A Lei de Arbitragem, ainda que fortemente baseada na Lei Modelo da UNCITRAL, não a adotou substancialmente, estabelecendo apenas procedimentos diferentes para a execução das sentenças arbitrais proferidas dentro ou fora do território nacional brasileiro. O critério para determinar a internacionalidade da sentença arbitral é apenas geográfico, conforme já explicitado.

Nesse sentido, um laudo proferido fora do território brasileiro é considerado estrangeiro, independentemente da nacionalidade, domicílio das partes, local da execução do contrato, de determinação contida nos termos de arbitragem (compromisso arbitral), lugar de cumprimento, à lei aplicável, idioma, natureza do contrato em que se baseia o conflito ou da moeda pactuada.

Em uma decisão acertada, e sem precedentes, a Min^a. Nancy Andrighi do STJ afirmou que a Convenção de Nova Iorque permite aos tribunais nacionais determinar seus próprios critérios de internacionalidade da arbitragem, pois indiscutivelmente o Brasil adotou o critério geográfico, não para o procedimento em si, mas para o provimento final deste, a sentença arbitral. Usando os precedentes da SEC-894 UY (2008); SEC 611-US (2006) e SE 1.305-FR (2008), o Tribunal afirmou que embora uma arbitragem tenha sido realizada perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI) no âmbito das suas regras, sua sede foi no Brasil, e, portanto, aqueles critérios “não podem alterar a nacionalidade brasileira do laudo arbitral.”

Assim como a Lei Modelo da UNCITRAL e a Convenção de Nova Iorque, a Lei de Arbitragem indica ainda que só pode ser negado reconhecimento a uma sentença arbitral quando: (i) as partes do acordo arbitral não são legalmente capazes de celebrar contratos; (ii) a convenção de arbitragem não for válida segundo a lei à qual as partes se submeteram, ou na ausência de qualquer indicação, à luz da lei do Estado em que a sentença arbitral foi proferida; (iii) falta de notificação da nomeação de um árbitro ou o estabelecimento de um processo arbitral, ou outra violação do princípio do devido

processo legal; (iv) o estabelecimento da arbitragem não está de acordo com a convenção de arbitragem; (v) a decisão arbitral abranger questões fora do escopo da convenção de arbitragem e não for possível separar a parte excedente da sentença da parte em acordo com o submetido a arbitragem pelo contrato; (vi) a sentença arbitral ainda não se tornou obrigatória para as partes, tenha sido anulada ou suspensa por uma instituição judicial do país em que foi proferida; (vii) se, de acordo com a lei brasileira, o objeto do litígio não puder ser decidido por meio de arbitragem; (viii) a sentença arbitral viola a ordem pública nacional.

2.3. Arbitragem internacional e contratos internacionais

O contrato internacional é o elemento essencial do comércio internacional, devendo, portanto, ser extremamente minucioso e detalhado, pois, ao implicar em trânsito transfronteiriço de bens e/ou serviços, a área exige um formalismo exacerbado. A internacionalidade do contrato pode ser aferida por diversos critérios, como o domicílio das partes, o local da sede, a principal localidade de trabalho, por critérios econômicos e financeiros ou até mesmo em alguns casos, pela vontade das partes.

Consoante o que se estabelece no art. 9º do Decreto-Lei 4.657/42,²⁷ a LINDB, no tocante ao direito aplicável, ainda que sujeito a críticas e opiniões em contrário,²⁸ o Brasil optou por qualificar e reger as obrigações de acordo com a lei do país em que essas se constituíram.

Para muitos doutrinadores,²⁹ a obrigatoriedade da utilização, para os contratos entre presentes, da regra mencionada, inviabiliza a adoção, por particulares, de qualquer

²⁷ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

“Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

²⁸ Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio apontam que para a doutrina majoritária brasileira o direito aplicável à execução das obrigações do contrato internacional deve ser o direito do Estado no qual as obrigações serão executadas, uma vez que o cumprimento das obrigações contratuais consiste na essência do contrato (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*, p. 679).

²⁹ Valério Mazzuoli aponta que a disposição do artigo 9º de estabelecer a aplicação exclusiva da lei nacional não é a melhor maneira de indicar a lei aplicável ao mérito da disputa. A melhor maneira, seria, ao contrário, que a norma não discriminasse se a lei nacional ou estrangeira deveria reger a referida situação jurídica – caracterizando-se como norma bilateral perfeita – porque assim, a norma estará mais voltada para o exame das peculiaridades das obrigações do caso concreto, o que admite uma maior flexibilidade e coerência ao

outra regra de conexão, ainda que melhor adequada ao caso concreto. No entanto, deve-se observar que *contrariu sensu* a Lei de Arbitragem³⁰ outorga às partes do contrato a liberdade para definir, inclusive, os critérios para a adoção de legislação aplicável diversa.

Aos operadores do comércio internacional, a arbitragem se afigura como o meio mais propício para solucionar as demandas. Embora alguns deles posicionem-se contrariamente ao seu uso, o juízo arbitral firmou-se como o principal meio de solução de controvérsias internacionais, em operações comerciais ou de investimentos transnacionais,³¹ isso porque a arbitragem regulamenta a obrigação como se estivesse situada fora do sistema nacional das partes, mesmo que haja interação entre o sistema legal nacional do foro arbitral e as regras da instituição encarregada de conduzir a arbitragem.

A real importância da arbitragem para contratos internacionais se dá por ser esta, na prática, a jurisdição mais indicada, que a despeito de ser um foro de eleição é quase que um foro natural, seja por ter uma neutralidade inerente, capacidade ou especialidade do julgador ou da instituição eleita, com competência para analisar todo e qualquer pleito independente de nacionalidade ou condição das partes ou da obrigação, quase que uma jurisdição universal, para evitar a sujeição a jurisdição de uma das partes de um determinado contrato ou mesmo a uma terceira jurisdição, amarrada a normas emanadas por um Estado e sujeita a rígidos controles de legalidade e validade. Ao contrário dos diversos juízos estatais locais, a arbitragem não está sujeita a condições de jurisdição dos

determinar a lei aplicável (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, p. 96).

³⁰ Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. (...)”.

³¹ A pesquisa “*2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*” realizada pela Queen Mary University of London e pelo escritório White & Case LLP indica que a arbitragem internacional é o método favorito de 90% dos entrevistados (mais de 1.200) para solucionar disputas transfronteiriças. Além disso, os entrevistados apontaram os seguintes fatores que os influenciam na escolha da sede da arbitragem: maior apoio à arbitragem e maior neutralidade do sistema judiciário local, e melhor sistema para executar convenções de arbitragem e sentenças arbitrais. Dados extraídos de: QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. School of International Arbitration. *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>>. Acesso em 04.07.2021.

árbitros ou dos tribunais ou à critérios processuais, até por não serem os árbitros servidores de ou vinculados a um determinado Estado. Qualquer que seja o caso, desde que arbitrável, o juízo arbitral será competente.

Isso não ocorre se a controvérsia oriunda de um contrato internacional for submetida ao poder Judiciário de um determinado Estado, porque o aplicador do direito terá que fazer uma análise em duas etapas: (i) análise do foro competente para apreciar a disputa (em razão de matéria, valor ou território) e (ii) a análise da legislação aplicável ao mérito da controvérsia.³² Na primeira etapa, o aplicador do direito deverá valer-se da lei processual do poder Judiciário pátrio³³ para determinar o foro competente, o que é um assunto sensível, uma vez que essas normas que dispõem sobre os limites da jurisdição nacional são de ordem pública.³⁴ Ou seja, caso haja alguma violação à ordem pública nessa primeira etapa, a sentença futuramente encontrará empecilhos para a sua execução.

Por outro lado, ao decidir submeter os seus conflitos à arbitragem, as partes “pulam” essa primeira etapa de análise do foro competente, porque o princípio do *kompetenz-kompetenz*³⁵ determina que o árbitro é responsável para determinar a sua própria competência e, portanto, não há a necessidade de analisar as normas sobre os limites de jurisdição nacional para tanto. Sendo assim, na arbitragem, uma vez constituído o tribunal arbitral, se passará automaticamente à segunda etapa, e será determinada a legislação aplicável ao mérito da disputa com base na autonomia das partes e dos princípios de direito internacional privado.³⁶

Por fim, cabe aprofundar o estudo dos institutos da ordem pública interna e ordem pública internacional, uma vez que estes podem constituir um empecilho para a execução das sentenças arbitrais,³⁷ como já mencionado.

Consoante lição de Clóvis Beviláqua:³⁸

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, pp. 183-190.

³³ Na legislação brasileira se aplicam os arts. 21 a 22 do CPC para determinar a competência concorrente da Justiça Brasileira, e os arts. 23 a 25 do CPC para determinar a sua competência absoluta.

³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*, pp. 183-190.

³⁵ A Lei Brasileira de Arbitragem dispõe sobre o princípio *kompetenz-kompetenz* no seu art. 8º, parágrafo único: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

³⁶ No direito brasileiro, os princípios de direito internacional privado que determinam a lei aplicável ao mérito da disputa estão elencados na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

³⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. *A ordem pública na arbitragem*, p. 5.

³⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito internacional privado*, p. 77.

“[...] A lei estrangeira não será aplicável, quando ofender a ordem pública internacional e os bons costumes. É este um princípio de fácil compreensão, mas que tem dado lugar a debates intermináveis pela inconsistência da noção de ordem pública. [...] Não será aplicada no Brasil lei estrangeira contrária à soberania nacional, ofensiva aos bons costumes ou diretamente incompatível com uma lei federal brasileira fundada em motivo de ordem pública”.

A ordem pública, apesar de não ser definida na lei brasileira, pode ser interpretada como um conceito jurídico, político, social e axiológico, que evolui juntamente com a sociedade e seus integrantes. Não se trata de uma noção estática no tempo ou no espaço. Assim, o sistema jurídico impõe uma limitação ao princípio da autonomia da vontade e agir de forma contrária seria negar vigência à legislação pátria, afetando, diretamente, a ordem pública.

Nesse sentido, conforme explicitado, sendo a ordem pública um critério axiológico, cabe ao julgador, de acordo com o caso concreto, definir se essa está sendo ofendida ou não, isto é, reserva-se ao julgador a árdua tarefa de definir o que vem a ser ordem pública, pois seria impossível que o legislador previsse e elencasse todas as formas de ofendê-la.

A ordem pública apresenta diversas características como: a relatividade, pois varia de tempos em tempos e de sociedade para sociedade; contemporaneidade, porque está sempre sendo aplicada na época em que a questão é analisada; por fim, a ordem pública possui um fator exógeno, ou seja, a norma jurídica territorial não é uma manifestação de ordem pública, sendo passível de substituição por norma estrangeira, desde que não fira a regras estruturantes do foro.

Para que o entendimento do conceito de ordem pública seja o mais preciso possível, é necessário distinguir ordem pública interna de ordem pública internacional: a primeira é o conjunto de normas imperativas adotada por determinado Estado, estruturantes do respectivo sistema, o seu ‘núcleo duro’ por assim dizer, inderrogáveis por vontade das partes; já a ordem pública internacional, diferentemente, limita-se à aplicabilidade das leis estrangeiras.³⁹

³⁹ SANTOS, António Marques dos. *Direito internacional privado*, p. 183.

Sob essa ótica, a ordem pública internacional num procedimento arbitral não é nada mais que a ordem pública interna de um Estado estrangeiro, na qual um nacional de outro Estado deseja executar uma sentença estrangeira. Nesse sentido, a ordem pública internacional do Estado estrangeiro em que a sentença será executada consiste nas normas e princípios internos que protegem os valores fundamentais da sociedade daquele Estado.⁴⁰

Também poderia se falar em ordem pública transnacional, que seria composta por relevantes princípios do direito comuns a diversas jurisdições. Esses princípios, em matéria de direito contratual, foram uniformizados de certa forma por meio dos Princípios do UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais. Contudo, ao executar uma sentença arbitral em um território estrangeiro, o operador do direito provavelmente se deparará com maiores conflitos relativos a ordem pública internacional do Estado receptor desta sentença, porque geralmente os princípios de ordem pública transnacional são suplementados pela legislação interna de um determinado Estado para reger um contrato internacional, e também porque os princípios de ordem pública transnacional compõe a ordem pública internacional do Estado em que a sentença será executada.⁴¹

Assim, ainda que para alguns o processo de homologação de sentença estrangeira seja de jurisdição voluntária, sem o cunho de contenciosidade que permitiria o embate no mérito da questão, torna-se imperativo afastar tais antiquados princípios definidores do juízo de delibação, e para tanto é necessário acompanhar a evolução doutrinária e jurisprudencial em matéria de homologação de decisões estrangeiras do STF, agora empreendida pelo STJ.

O sistema brasileiro de incorporação de decisões estrangeiras à ordem interna é denominado de delibação moderada, uma vez que, para se aferir suposta ofensa à ordem pública, muitas vezes torna-se necessária uma verificação do mérito da questão para possibilitar tal decretação. Efetivamente, a ofensa à ordem pública raramente se encontra na forma do ato, mas sim em seu conteúdo.

Nesse sentido, não está entre as prerrogativas do julgador pátrio reanalisar o mérito da questão para decidi-la novamente, mas sim verificar que, nessa, o juízo

⁴⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. *A ordem pública na arbitragem*, pp. 6-8.

⁴¹ *Idem*, pp. 6-8.

estrangeiro não tenha violado princípios objetivos do direito brasileiro, que possa ser interpretado como ofensivo à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes.

O Direito Internacional Privado tem a finalidade de indicar o direito objetivo que deve ser aplicado numa relação jurídica multiconectada a mais de um sistema jurídico. Tal indicação é feita de maneira abstrata, sendo que ordem pública poderá ser invocada pelo juiz quando o direito estrangeiro não for aplicado num caso concreto ocorrido no próprio foro; ou quando não se atribuem efeitos a atos jurídicos praticados fora de sua jurisdição. Assim, a o juiz só poderá rejeitar a aplicação do direito estrangeiro se esse for contrário à ordem pública do foro.

É importante mencionar que o Direito Internacional Público é fruto da universalização das relações internacionais, assim como a intensificação das relações interestatais. Com tais relações, surge a mentalidade de uma comunidade internacional, a qual possui normas e princípios tomadas como valores essenciais que são resguardadas pelos Estados.

Toda a discussão em torno da ordem pública demonstra ser sua definição praticamente impossível, visto a sua constante alteração com as transformações sociais, econômicas e políticas do mundo. Assim, a identificação da ordem pública liga-se à atividade jurisprudencial, a qual realiza adaptações necessárias à sua aplicação.

Em conclusão, para a solução de conflitos de leis, o julgador, ao utilizar as regras de conexão, antes de aplicar a exceção de ordem pública, deve considerar os princípios constitucionais e os valores que refletem na sociedade da época.

2.4. Diferenças entre sentença arbitral, sentença de arbitragem internacional pública e sentença comercial internacional

2.4.1. Sentença arbitral

Com o advento da Lei 9.307/1996, a denominação do ato decisório arbitral foi alterado de “laudo” para “sentença”, conforme preleciona o art. 23 desse diploma normativo.⁴²

⁴² Lei de Arbitragem: “Art. 23. **A sentença arbitral** será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada

Existem duas motivações para que tal mudança na denominação fosse realizada: primeiramente, por ficção legal a decisão proferida por tribunal arbitral possui a mesma eficácia da decisão do juiz togado, não havendo que se falar em diferenciação; segundo, o legislador, com essa alteração, do mesmo modo que com a equiparação do árbitro ao juiz⁴³, possuía a intenção de concretizar e dar maior força aos resultados arbitrais.

Assim, a decisão arbitral, independentemente de homologação do Poder Judiciário, passa a produzir os mesmos efeitos que a sentença proferida pelo juiz togado,⁴⁴ valendo, inclusive, como título executivo,⁴⁵ como previsto na Lei Brasileira de Arbitragem e no artigo 515, VII do Código de Processo Civil (“CPC”)/2015.

Nesse sentido, destaca-se que o CPC de 2015 estipulou no seu artigo 960, §3^o⁴⁶ que o referido código se aplica apenas subsidiariamente às sentenças arbitrais estrangeiras, sendo em primeiro lugar aplicáveis as disposições dos tratados e de lei específica. As disposições do CPC que a sentença arbitral estrangeira deve seguir para ser homologada no Brasil estão dispostas nos artigos 961 e seguintes. Devido a essas previsões do CPC/2015, interpreta-se que o artigo 105, I, (i) da Constituição Federal equipara a homologação de sentenças estrangeiras à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

No mais, é importante a ressalva de que, na hipótese de as partes voluntariamente dirimirem os conflitos durante o decurso da arbitragem, tal solução poderá ser formalizada através de uma sentença arbitral homologatória do acordo, revestida da força de coisa julgada (*res judicata*).

tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

⁴³ A Lei Brasileira de Arbitragem equipara o árbitro ao juiz togado no seu artigo 18: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

⁴⁴ Conforme dispõe o art. 31 da Lei Brasileira de Arbitragem: “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”.

⁴⁵ Esclarecem Ana Flávia Messa e Armando Luiz Rovai: “Impõe-se reconhecer, em termos legais, que a sentença arbitral constitui título executivo judicial, documento que pode ser diretamente executado na justiça, caso uma das partes envolvidas não o faça de forma espontânea” (MESSA, Ana Flavia; ROVAI, Armando Luiz. *Manual de arbitragem*, p. 134).

⁴⁶ “Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado. (...)

(...)

§ 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo”.

As sentenças arbitrais podem ainda ser classificadas quanto ao seu conteúdo e quanto ao seu resultado. Com relação às primeiras, tem-se as sentenças de terminativas, cujo conteúdo é meramente processual, pondo fim ao processo sem julgamento do mérito; e as sentenças definitivas, as quais julgam o mérito aplicando-se o direito material no caso em questão.

Com relação às sentenças de acordo com seu resultado, estas por sua vez podem ser divididas em sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias: as primeiras se limitam a afirmar a existência ou inexistência de determinada relação jurídica entre os litigantes; as segundas possuem a função de declarar o direito pretendido por uma das partes; as terceiras, por fim, impõem o cumprimento de determinada obrigação a uma das partes.

Feita a introdução acerca do conceito e aplicação das sentenças arbitrais, é importante trazer à baila a questão dos prazos, requisitos e situações de nulidade.

Assim, consoante o art. 23 da Lei de Arbitragem,⁴⁷ o prazo para que seja proferida a sentença arbitral deve ser estabelecido entre as partes. Na hipótese das regras da instituição escolhida para administrar o procedimento, do termo de arbitragem e do contrato ser silente a esse respeito, o árbitro deverá proferir a sentença no prazo de seis meses, contados a partir da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

As sentenças arbitrais devem seguir certos requisitos, consoante o que estabelece o art. 24 da Lei de Arbitragem:⁴⁸ as sentenças devem ser escritas e expressas, uma vez que, no caso de não ser cumprida, essa poderá ser executada pelo Judiciário; a decisão deverá ser proferida por vários árbitros, sempre em número ímpar, por maioria de votos; no caso de não existir acordo majoritário, prevalecerá o voto do Presidente do Tribunal Arbitral; e, por fim, esse mesmo artigo ainda estabelece que o árbitro que discordar da maioria poderá declarar seu voto em apartado.

⁴⁷ Lei de Arbitragem: “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

⁴⁸ Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º. O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado”.

A sentença arbitral ainda deverá conter certas formalidades para não ser considerada nula, conforme estabelece o art. 26 do mesmo diploma normativo,⁴⁹ o qual possui três requisitos essenciais à validade da sentença arbitral: o relatório, apresentação de fundamentos e datação da sentença.

O primeiro requisito estabelece que a sentença deverá conter um relatório, o qual possibilita a identificação das partes, o objeto litigioso em apreço e a decisão tomada. O segundo requisito trata da apresentação de fundamentos nos quais é baseada a decisão, englobando as questões de fato e direito. Por fim, a sentença deverá ter a data e o lugar em que foi proferida, além de necessitar da assinatura de todos os árbitros participantes da decisão.

Logo após a sentença ser proferida, os árbitros deverão encaminhar uma cópia às partes por qualquer meio de comunicação, mediante comprovação de recebimento, sendo tal comprovação bastante importante, uma vez que é a partir dela que os prazos começaram a correr para as medidas cabíveis que serão apresentadas posteriormente.

A sentença arbitral será considerada nula nos casos elencados no art. 32 da Lei de Arbitragem:

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

⁴⁹ Lei de Arbitragem:

“Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato”.

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art.21, § 2º, desta Lei.”

De acordo com o art. 33 desse mesmo diploma normativo,⁵⁰ a sentença arbitral poderá anulada por requerimento das partes, através do órgão Judiciário competente, no caso de haver algum vício previsto no art. 32 da Lei. Ademais, é importante ressaltar que o órgão Judiciário competente só poderá decretar a nulidade da sentença nos casos previstos nos incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 32, ficando os demais casos dependentes do tribunal arbitral, o qual deverá proferir um novo laudo.⁵¹

Por fim, ressalta-se que as referidas formalidades e quesitos de nulidade da sentença arbitral estão em conformidade com a legislação brasileira, no âmbito da arbitragem internacional essas formalidades variam de acordo com a legislação de cada país, mas possuem uma tendência a seguir os requisitos listados no artigo 31 da Lei Modelo da UNICITRAL.⁵² Em seguida, as peculiaridades das sentenças arbitrais internacionais serão mais bem analisadas.

2.4.2. Sentença de arbitragem internacional pública

A sentença internacional propriamente dita é aquela proferida por um tribunal internacional,⁵³ cujos sujeitos são pessoas jurídicas de direito internacional e cuja matéria

⁵⁰ Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

⁵¹ Lei Brasileira de Arbitragem: “Art. 33. (...)”

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral”.

⁵² Lei Modelo da UNICITRAL. Artigo 31.º “Forma e conteúdo da sentença arbitral (1) A sentença arbitral será feita por escrito e assinada por um ou mais árbitros. Em um procedimento arbitral com mais de um árbitro, serão suficientes as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral, desde que seja mencionada a razão da omissão das restantes. (2) A sentença será fundamentada exceto se as partes acordarem que não haverá fundamentação ou se se tratar de uma sentença proferida com base em um acordo entre as partes nos termos do artigo 30.º. (3) Da sentença constará a data e o local da arbitragem, em conformidade com o artigo 20.º, parágrafo 1.º. Considerar-se-á que a sentença foi proferida nesse local. (4) Proferida a sentença, será enviada a cada uma das partes uma cópia assinada pelo árbitro ou árbitros, nos termos do parágrafo 1.º do presente artigo”.

⁵³ A Corte Permanente de Arbitragem (CPA) foi o primeiro tribunal internacional a ser estruturado para solucionar conflitos de arbitragem internacional pública. Ela foi instituída pela Conferência Internacional de Haia de 1899, e consistiu em um marco histórico para a arbitragem internacional, ao institucionalizar a arbitragem entre Estados e ao contribuir para o desenvolvimento do procedimento arbitral moderno. Atualmente, a CPA atua na administração de arbitragens entre Estados soberanos, mas também entre Estados soberanos/Organismos Internacionais e particulares, além de possuir uma lista de árbitros cadastrados, e elaborar diversas leis procedimentais que servem de base e fundamento para diversas instituições arbitrais ao redor do mundo.

seja regida por normas de direito internacional público, seja de tratados, costumes ou mesmo por equidade, mas sempre regidas pelo direito internacional público. Ao discorrermos sobre sentença internacional, estamos nos referindo àquela proferida em sede de arbitragem internacional pública, que por sua vez tem como objetivo solucionar disputas entre Estados soberanos⁵⁴ ou organismos internacionais com natureza de pessoa jurídica de direito internacional público.

Nesse sentido, a sentença internacional é bastante semelhante à sentença proferida na arbitragem comercial internacional em termos de forma, se diferenciando sobretudo em relação aos efeitos produzidos. Assim como na arbitragem comercial, a sentença também é final e produz efeitos vinculantes entre as partes na arbitragem internacional pública.⁵⁵

Contudo, na arbitragem comercial internacional as partes devem homologar e executar a sentença no Poder Judiciário específico da jurisdição pretendida, se valendo da Convenção de Nova Iorque para tanto.⁵⁶ Isso não ocorre na arbitragem internacional pública, porque a sentença possui execução automática e imediata pela via diplomática, e dispensa a homologação no Poder Judiciário de determinado Estado. Dessa forma, a execução da sentença internacional depende exclusivamente das leis de direito internacional, e os seus efeitos irradiam-se diretamente a todos os Estados que estão submetidos à jurisdição de tal tribunal internacional. Seu cumprimento normalmente é voluntário.

Portanto, a via eleita para a execução da sentença internacional pública é a diplomática, posto que a execução depende exclusivamente da boa-fé e da cooperação do Estado soberano perdedor da arbitragem para implementá-la em seu próprio território.⁵⁷

2.4.3. *Sentença arbitral comercial internacional*

⁵⁴ Esta definição foi extraída do artigo 15 da Convenção de Haia de 1899: “A arbitragem internacional tem por fim a solução dos litígios entre os Estados por juízes escolhidos pelos mesmos, e sobre a base do respeito do direito”.

⁵⁵ Regulamento opcional de arbitragem da Corte Permanente de Arbitragem para disputas entre dois Estados. 1992. Artigo 32: “2. The award shall be made in writing and shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out the award without delay”.

⁵⁶ INDLEKOFER, Manuel. *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, pp. 142-144.

⁵⁷ *Ibidem*.

A sentença arbitral comercial internacional, como mencionado anteriormente, é semelhante a sentença da arbitragem internacional pública em termos de forma e dos seus efeitos produzidos *prima facie*. Desse modo, a sentença comercial internacional possui efeito vinculante entre as partes, produz coisa julgada, e apresenta uma decisão final em relação às questões de fato e de direito nela discutidas. Caso se trate de sentença final, os seus efeitos também consistem em encerrar a jurisdição do tribunal arbitral.⁵⁸

No entanto, diferentemente da sentença proferida na arbitragem internacional pública, a sentença da arbitragem internacional comercial em regra é protegida pela confidencialidade, de forma que a sentença não poderá ser publicada se apenas uma das partes assim o quiser. Por isso, a confidencialidade é tida por significativa parte de seus usuários como uma das principais vantagens da arbitragem comercial internacional.⁵⁹

Contudo, como já mencionado anteriormente, a principal peculiaridade da sentença comercial internacional é que ela depende do Poder Judiciário da jurisdição pretendida para ser reconhecida ou executada. Ou seja, a sua execução e aplicação não é automática. Nesse sentido, um mecanismo de suma importância para a execução das sentenças comerciais arbitrais internacionais é a Convenção de Nova York.

A Convenção de Nova York é um tratado internacional elaborado pela ONU que visa garantir a execução das convenções de arbitragem e das sentenças comerciais internacionais de arbitragem⁶⁰ no território de todos os seus países signatários.⁶¹ A Convenção não possui o objetivo de regulamentar o procedimento de execução do laudo arbitral, deixando esse papel a critério da legislação interna de cada Estado signatário, mas se compromete apenas a assegurar que a sentença será executada se esta estiver em conformidade com os requisitos da própria Convenção e da legislação interna do local pretendido.⁶² Por esses motivos, a Convenção desempenha um papel intrínseco para

⁵⁸ MISTELIS, Loukas A; LEW, Julian David Mathew; KROLL, Stefan Michael. *Arbitration award*, pp. 627-631.

⁵⁹ *Idem*, pp. 660-661.

⁶⁰ PAULSSON, Marike R. P. *The 1958 New York Convention in Action*, pp. 1-30.

⁶¹ Atualmente 168 Estados são signatários da Convenção de Nova York. A lista de Estados contratantes pode ser verificada no seguinte link: NEW YORK CONVENTION. *Contracting states*. Disponível em: <<https://www.newyorkconvention.org/countries>>. Acesso em 01.07.2021.

⁶² Convenção de Nova York. Artigo III “Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento

fomentar o comércio internacional, ao certificar que as sentenças arbitrais transcendam fronteiras e sejam reconhecidas e executadas nos seus países signatários.⁶³

O Brasil é signatário da Convenção de Nova Iorque. Logo, para uma sentença comercial internacional ser homologada no seu território, ela precisa estar em conformidade com os requisitos do artigo V da Convenção.⁶⁴ Além disso, a sentença também precisa ser executada em conformidade com a legislação brasileira⁶⁵ e precisa ser reconhecida pelo STJ, nos termos do artigo 105, I, (i) da Constituição Federal.⁶⁶

3. CONCEITO DE ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS

Por fim, cabe realizar breves considerações ao instituto da arbitragem de investimentos, que se difere da arbitragem comercial, até então estudada. A arbitragem de investimentos possui natureza híbrida, porque pode ocorrer entre um particular investidor estrangeiro – sendo esta pessoa física ou jurídica – e o Estado que recebeu o investimento, na sua capacidade de *jus imperi*, em decorrência de um tratado bilateral ou

ou a execução de sentenças arbitrais domésticas”.

⁶³ PAULSSON, Marike R. P. *The 1958 New York Convention in action*, pp. 1-30.

⁶⁴ Convenção de Nova York. Artigo V: “Artigo V. 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

⁶⁵ MESSA, Ana Flavia; ROVAI, Armando Luiz. *Manual de arbitragem*, p. 215.

⁶⁶ MELO, Leonardo de Campos. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil: a practitioner's guide*, p. 5. LEMES, Selma. *A aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo58.pdf>>. Acesso em 13.07.2021.

multilateral firmado entre o Estado ao qual pertence o particular investidor e o Estado receptor de investimentos.

Para esse caso, aplicam-se as regras da Convenção ICSID, que é a única instituição global dedicada a equacionar arbitragens internacionais de investimento.⁶⁷ O Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID, em inglês) foi criado pela Convenção ICSID (ou Convenção de Washington) em 1966, por meio de uma iniciativa do Banco Mundial visando promover o investimento internacional ao oferecer um fórum neutro de resolução de disputas para investidores particulares e Estados soberanos. A maior parte dos casos de arbitragem de investimentos submetidos ao ICSID são oriundas de uma cláusula inserida em um BIT⁶⁸ entre o Estado investidor e o Estado receptor do investimento.⁶⁹

A arbitragem internacional de investimentos, por ser entre um particular e um Estado na sua condição de *ius imperii* (exercendo atos de soberania) e não de *ius gestionis* (praticando atos de natureza particular) se difere em muitos quesitos da arbitragem comercial internacional. Diante disso, se procurará explanar essas diferenças, em um rol não exaustivo.

Uma das principais diferenças entre a arbitragem comercial e a arbitragem de investimentos é a fonte de consentimento para arbitrar. Na arbitragem comercial a fonte de consentimento é a convenção de arbitragem celebrada pelas partes, sendo ela uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, relativa a um contrato (ou relação jurídica) específico. Por outro lado, na arbitragem de investimentos o consentimento do Estado para arbitrar se dá por meio de uma oferta pública de arbitragem.

Esta consiste em uma cláusula inserida no tratado celebrado entre o Estado receptor do investimento e o Estado investidor, em que o primeiro declara o seu consentimento em se submeter a qualquer arbitragem relacionada à espécie de investimentos delimitada naquele tratado, com uma particular investidor do outro Estado. Ou seja, não há a necessidade da existência de uma relação direta entre o Estado e o

⁶⁷ ICSID 2020 Annual Report. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf. Acesso em 29.06.2021.

⁶⁸ BIT é um “Bilateral Investment Treaty”, ou seja, um Tratado de Investimentos Bilateral celebrado entre dois Estados soberanos que visa estabelecer proteções aos investimentos sob o direito internacional.

⁶⁹ REED, Lucy Ferguson; PAULSSON, Jan; et.al. *Guide to ICSID arbitration*, pp 1-13.

investidor privado. Desse modo, o investidor privado que deseja se submeter à arbitragem, deve expressar o seu consentimento após o surgimento da disputa, por meio da submissão de um requerimento de arbitragem para solucionar essa controvérsia específica direcionado ao ICSID.⁷⁰

Outra importante diferença é a natureza da disputa e a lei aplicável. Na arbitragem comercial, o centro da disputa é o contrato celebrado entre as partes, sendo a principal fonte de suas obrigações, e apenas complementado pela utilização da lei que governa o contrato para interpretá-lo, bem como definir os limites de ordem pública. Por outro lado, nas arbitragens de investimento, o enfoque da disputa é na aplicação da lei internacional, objetivando verificar se um Estado, por meio das ações de seus vários ramos do governo, violou seus compromissos de direito internacional, com relação aos tratados de investimentos estrangeiros.⁷¹

É importante destacar, que uma das já conhecidas vantagens da arbitragem comercial é a confidencialidade do procedimento, o que não acontece nas arbitragens de investimento, em que, até pela natureza dos direitos envolvidos e da necessidade de preservação de um interesse público local a regra é a publicidade das sentenças arbitrais, tendo em vista as questões discutidas.⁷²

Por último, resta mencionar que o Brasil não participa e nunca participou de arbitragens de investimentos, porque este não ratificou a Convenção ICSID e tampouco ratificou e executou nenhum BIT.⁷³ Essa informação pode gerar certa surpresa, vez que o Brasil é um dos principais destinos do investimento direto estrangeiro, mas o referido Estado expressa essa recusa ao ratificar a Convenção ICSID.

Contudo, mesmo que tenha optado por não ratificar BITs, o Brasil vem celebrando, a partir de 2015, vários Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs),⁷⁴ que também são acordos bilaterais de investimentos, mas que

⁷⁰ BLACKABY, Nigel. *Pervasive problems in international arbitration*, pp. 218-219.

⁷¹ *Idem*, pp. 222-223.

⁷² *Idem*, pp. 226-227.

⁷³ O Brasil negociou 14 BITs nos anos 1990, mas nenhum deles foi aprovado pelo Congresso Nacional e tampouco entrou em vigor.

⁷⁴ O Brasil celebrou até momento os seguintes ACFIs: México (26.05.2015), Moçambique (30.03.2015), Malauí (25.06.2015), Angola (01.04.2015), Colômbia (09.10.2015), Etiópia (01.04.2018), Suriname (02.05.2018), Chile (21.11.2018), Guiana (13.12.2018), Emirados Árabes Unidos (15.03.2019), Equador (25.09.2019), Índia (25.01.2020).

Dados extraídos de: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Concórdia. Disponível em:

não possuem uma cláusula que permita a arbitragem entre o investidor particular estrangeiro e o Estado, mas apenas provisões que permitem a arbitragem entre Estados, sem consistir em uma oferta pública de arbitragem, que é um instituto distinto,⁷⁵ como visto, e não aplica a Convenção ICSID.

REFERÊNCIAS

BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, v. 2015, n. 22. Espanha: Wolters Kluwer, 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Rio, série Edições Históricas. s.d.

BLACKABY, Nigel. MISTELIS, Loukas; LEW, Julian D.M. (coord). *Pervasive problems in international arbitration*. Kluwer Law International, 2006.

BORN, G. *International commercial arbitration*. 3. ed. Kluwer Law International, 2021.

CAHALI, José. *Curso de Arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FINKELSTEIN, Cláudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 1, 2015, pp. 341-353.

_____. Arbitragem na Administração Pública. *Revista Comercialista*. São Paulo, out., 2017, pp. 7-15.

<<https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?TipoAcordo=BL&TituloAcordo=Acordo%20de%20Cooperacao%20Facilita%20Investimentos&page=1&tipoPesquisa=2>> Acesso em 29.06.2021.

⁷⁵ A arbitragem pública, como visto anteriormente no tópico “sentença internacional”.

_____. Contratos internacionais e arbitragem. *Revista Jurídica Consulex*. São Paulo, dez., 2011, pp. 38-39.

_____. Decisão arbitral estrangeira e a exceção de ofensa à ordem pública. *Revista Jurídica Consulex*, v. 17, São Paulo.

_____. A homologabilidade da decisão arbitral e a exceção de ofensa a ordem pública frente ao direito internacional privado brasileiro. *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. Josyler Arana; Rozane da Rosa Cachapuz. (Org.). Curitiba: Juruá Editora, 2007. Volume 2.

_____. Limitações à confidencialidade na arbitragem comercial: publicidade e transparência. *Temas de mediação e arbitragem II*. Asdrubal Franco Nascimbeni, Maria Odete Duque Bertasi e Ricardo Borges Ranzolin (coord.). 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2018.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International, 1999.

ICSID 2020 Annual Report. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf>. Acesso em 29.06.2021.

INDLEKOFER, Manuel. International arbitration and the permanent court of arbitration. *International arbitration law library*, v. 27. Kluwer Law International, 2013.

LEMES, Selma. *A aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo58.pdf>>. Acesso em 13.07.2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MELO, Leonardo de Campos. Chapter 6: Enforcement of foreign arbitral awards. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil: a practitioner's guide*. Kluwer Law International, 2015.

MESSA, Ana Flavia; ROVAI, Armando Luiz. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2021.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Concórdia. Disponível em: <<https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?TipoAcordo=BL&TituloAcordo=Acordo%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20Facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Investimentos&page=1&tipoPesquisa=2>>. Acesso em 29.06.2021.

MISTELIS, Loukas A; LEW, Julian David Mathew; KROLL, Stefan Michael. Chapter 24 Arbitration Award. *Comparative international commercial arbitration*. Kluwer Law International, 2003.

NALIN, Paulo; STEINER, Renata C. *Compra e venda internacional de mercadorias: a Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

NETO, Paulo Macedo Garcia. LEVY, Daniel de Andrade; MERCEREAU, Ana Gerda de Borja (coord). *Investment protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013.

NEW YORK CONVENTION. *Contracting states*. Disponível em: <<https://www.newyorkconvention.org/countries>>. Acesso em 01.07.2021.

PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PAULSSON, Marike R. P. *The 1958 New York Convention in Action*. Kluwer Law International, 2016.

QUEEN MARY UNIVERISTY OF LONDON. School of International Arbitration. *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*. Disponível em: < <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>>. Acesso em 04.07.2021.

REED, Lucy Ferguson; PAULSSON, Jan; et.al. *Guide to ICSID arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. In: BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, et al. *Redfern and hunter on international arbitration*. 6. ed. Kluwer Law International: Oxford University Press, 2015.

SANTOS, António Marques dos. *Direito internacional privado*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1987.

SCHMITTHOFF, Clive. Export Trade. *The law and practice of international trade*. 11. ed. London: Sweet and Maxell, 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2 ed., Oxford 2005.

UNICITRAL. *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. Disponível em:

<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>.

Acesso em 02.07.2021.