



SUGESTÕES PARA AUMENTAR A EFICÁCIA INTERNACIONAL DAS SENTENÇAS ARBITRAIS

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 8 | p. 331 | Abr / 2000
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 3 | p. 793 | Set / 2014
DTR\2000\203

Philippe Fouchard

Professor da Universidade de Paris II.

Área do Direito: Bancário

Sumário:

Resumo*: Encarregado pelos organizadores do Congresso da ICCA (realizado em Paris entre os dias 03 e 06.05.1998) de sugerir os caminhos a serem percorridos para "aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais", o Autor, após examinar as conclusões a que chegaram os trabalhos do Congresso, constata, inicialmente, que esta eficácia pode, ainda, ser incrementada através da continuidade da evolução que teve início com a Convenção de Nova Iorque de 1958. As reformas legislativas e as recentes decisões judiciais contribuem para consagrar as numerosas regras que harmonizam e favorecem o regime da execução internacional das sentenças. Há, todavia, progressos a serem realizados. Para tanto, propõe-se, normalmente, a elaboração de um novo instrumento internacional. Na verdade, seria mais simples e lógico realizar uma "revolução": basta reduzir a participação da lei e do juiz da sede da arbitragem, isto é, não mais considerar como "nacionais" as sentenças cuja eficácia internacional pretendemos assegurar.

1. Sabiamente, os organizadores deste Congresso não atribuíram ao último palestrante a missão de elaborar um verdadeiro relatório de síntese.

A matéria é bastante rica, os relatórios e comunicações deveras numerosos ¹e os debates por demais abundantes para que fosse possível apanhá-los em poucos minutos. Seria empobrecê-los inutilmente.

Além disso, os relatórios apresentados pelos respectivos presidentes dos três grupos de trabalho se encarregam de expor o que de essencial resultou dos nossos trabalhos.

2. Cabe-me, a partir dos resultados obtidos, e das fortes tendências manifestadas nestes três dias, para propor direcionamentos futuros, mais precisamente, explorar os meios disponíveis para "aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais".

Neste sentido, interessantes proposições foram apresentadas pelos oradores, que me perdoarão por não mencioná-los individualmente, o que deixo de fazer no intuito de preservar a igualdade, a celeridade e o coleguismo por todos partilhado na prática da arbitragem. Por não poder citar a todos, me resigno a não citar nenhum, fazendo deste relatório o trabalho de todos.

3. Vocês já se aperceberam que tal objetivo parece mais restrito do que aquele que constituiu o tema geral do nosso Congresso, pois este deveria se preocupar - e efetivamente se preocupou - com a eficácia tanto das convenções de arbitragem quanto das sentenças. O programa dos três grupos de trabalho era ainda mais amplo, uma vez que cada um deles se dedicou a uma fase da arbitragem em particular, cabendo apenas ao terceiro grupo o exame do tema específico da eficácia das sentenças arbitrais. ²

Na verdade, as diferenças existentes entre os objetivos de cada grupo não são assim profundas. De início, a eficácia das sentenças depende, diretamente, da eficácia das convenções que dão fundamento ao poder jurisdicional dos árbitros, pois as contestações apresentadas contra a sentença são frequentemente calcadas na contestação da própria convenção de arbitragem inicial. Dessarte, melhorar a eficácia das sentenças implica em garantir que a validade e os efeitos das convenções de arbitragem já estejam convenientemente assegurados: esta a tarefa do primeiro grupo de trabalho. ³ Por outro lado, não é possível garantir a eficácia das sentenças sem que se assegure o desenvolvimento normal do procedimento arbitral, até o seu termo, para que este, aliás, não se



apresente como um motivo de contestação da sentença: este o objeto das reflexões do segundo grupo de trabalho.⁴

4. Por sua vez, minha tarefa pode parecer maior. De fato, os trabalhos do nosso Congresso focalizaram a Convenção de Nova Iorque, cujo quadragésimo aniversário celebramos. À luz da sua aplicação deveríamos avaliar se os objetivos abaixo mencionados foram alcançados ou se poderiam ter sido alcançados. Tais limites não me foram, contudo, impostos.

Com efeito, a Convenção de Nova Iorque cumpriu um papel essencial para o progresso da "circulação" internacional de sentenças, tanto ao impor este progresso, quanto ao permitir que, sem ela, outros avanços venham a ser conquistados.

Hoje, de fato, não me parece que os futuros progressos passem necessariamente pela Convenção de Nova Iorque. Se é oportuno assegurar, plenamente, tanto a sua aplicação quanto a afirmação de uma interpretação que harmonize e favoreça a execução das sentenças arbitrais, não é certo que as vias de progresso se limitem à revisão da Convenção de Nova Iorque ou, ainda, à adoção de novos textos. Este foi o objeto de numerosos debates durante este Congresso, cujas lições pretendo sintetizar.

Antes, porém, é preciso assinalar - e provavelmente superar - certas reservas que poderiam ser suscitadas, em relação ao objetivo mesmo deste Congresso.

5. Os maus espíritos - necessários - denunciarão o postulado no qual se fundamentam os nossos trabalhos e que ditam o meu propósito: é, ainda, neste final de século, necessário reforçar a eficácia das sentenças arbitrais?

Já não fizemos o bastante neste sentido, precisamente com a Convenção de Nova Iorque e mesmo após o seu advento? Números foram citados: mais de 90% das decisões judiciais publicadas no *Yearbook of Commercial Arbitration* são favoráveis à execução das sentenças internacionais. É preciso realizar mais? Atingir a marca de 100%?

Em verdade, algumas sentenças não merecem tal esforço e não são dignas de execução forçada em país algum, pois não condizem com aquilo que chamamos "padrões internacionalmente reconhecidos". Seriam os árbitros infalíveis enquanto os juízes estatais não o são?

Já não seria bastante proibir a revisão dos aspectos materiais das suas sentenças? É preciso aceitar tudo que venha dos árbitros, já que são juízes privados, ainda quando subtraem a uma das partes as garantias do devido processo legal? Certamente que não.

Sejamos sinceros ao menos um instante. Quem, dentre nós, um dia já não fez tudo para se opor à execução de uma sentença arbitral e, da mesma forma, já não maldisse um sistema jurídico ou judiciário por não nos deixar qualquer brecha que permita alcançar este desiderato?

6. Ademais, chega o momento no qual os esforços necessários ao aperfeiçoamento de um dado dispositivo se tornam desproporcionais em relação ao resultado provável. Poderíamos aplicar às reformas a teoria econômica da utilidade marginal: é, de fato, a margem que nos interessa aqui, quer dizer, uma minoria ínfima de sentenças às quais os tribunais deveriam ter emprestado a sua ajuda para uma execução compulsória, pois seriam "aceitáveis", e que, entretanto, não lograram obter o benefício deste apoio.

Em oposição a tudo isto, foi dito que deveríamos nos antecipar, isto é, prevenir censuras injustificadas e combater a "corrosão" das contestações dilatórias.

7. Enfim, a eficácia internacional das sentenças não depende somente do conteúdo das regras jurídicas aplicáveis e das decisões dos juízes que as controlam. Dependem, igualmente, de circunstâncias de fato sobre as quais a lei, o juiz e o operador do direito não têm qualquer ligação: um devedor insolvente ou particularmente "sábio", a existência de bens dispersos ou dissimulados, os obstáculos burocráticos ou a ausência de cooperação no momento em que se precisa penhorar os bens ou contas bancárias da parte condenada.

Diante de tantos fatores, o direito e a prática da arbitragem internacional se encontram desarmados.

É possível que tais considerações vos pareçam excessivamente pessimistas. Todavia, constituem



um aspecto do nosso problema e nos obrigam a procurar uma solução (melhoria da eficácia internacional das sentenças), com alguma distância e serenidade...

8. Sugestões não faltaram, em todos os grupos de trabalho, para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais. Muitas idéias foram avançadas, no mais das vezes contraditas com igual veemência e, por vezes, ao contrário, apoiadas com notável convergência. Não elaborarei um inventário exaustivo destas idéias, mas me parece útil classificá-las, identificar-lhes as justificativas, a filosofia e os impactos.

9. Em que pese a diversidade, é possível constatar que algumas destas sugestões se inserem na esteira de um movimento que se desenvolve faz anos e que, de maneira progressiva e consensual, tende a favorecer a execução das sentenças arbitrais e a harmonizar as suas condições.

Mas este movimento reformista, estas sugestões de evolução já mostraram, ao que parece, os seus limites, e esbarram, hoje, em obstáculos consideráveis.

Para superar estes novos obstáculos é, sem dúvida, necessário - ao menos alguns consideram - concretizar algumas sugestões mais radicais questionadoras de certos hábitos - adquiridos ou preestabelecidos, conforme o caso - fortemente enraizados.

Trata-se, então, de uma via revolucionária - ao menos aparentemente e por despertar muitas paixões - que se propõe. Consiste simplesmente em sugerir que, para assegurar uma "eficácia internacional" à sentença, talvez fosse preciso, finalmente, reconhecer sua natureza de sentença internacional.

10. Em definitivo, duas séries de sugestões, duas vias: I. A evolução; II. A revolução.

I. A evolução

11. Neste sentido, constatamos a existência de um consenso quanto aos *objetivos* (A), bem como de divergências ou hesitações quanto a escolha dos meios, as quais são superáveis (B).

A) Os objetivos

12. O Congresso revelou a posição quase unânime a respeito dos objetivos a serem perseguidos: de início, favorecer a eficácia e, por aí mesmo, o reconhecimento e execução das sentenças nos diferentes Estados onde ela possa ser invocada. Ao mesmo tempo, é preciso harmonizar as condições desta eficácia, de maneira que, se possível for, uma mesma sentença seja acolhida da mesma forma (em princípio favorável) em todos os países onde possa vir a ser executada.

13. A via esboçada pela Convenção de Genebra de 1927 recebeu contornos mais claros que lhe foram conferidos pela Convenção de Nova Iorque de 1958. Pretenderam os redatores da Convenção:

- limitar os motivos que possam levar à rejeição do pedido de execução das sentenças;
- proibir a revisão judiciária do mérito das decisões;
- deixar às partes a liberdade de constituir o tribunal arbitral e de estabelecer as regras do procedimento arbitral.

14. Assim, harmonizado e favorável à execução das sentenças, esse regime tem, contudo, demonstrado limitações, em que pese tenha continuado a sua evolução, após 1958, com o advento da Convenção de Genebra de 21.04.1961 e, em seguida, com a ocorrência de diversas reformas legislativas durante os anos 80 e 90, reformas encorajadas e harmonizadas pela Lei-Tipo da Uncitral, de 21.06.1985. Em alguns países, coube à jurisprudência permitir uma liberalização mais significativa. Por fim, também os centros de arbitragem modernizaram seus regulamentos, reafirmando suas autonomias e harmonizando suas regras.

15. Esse movimento não chegou ao seu termo; as convergências são, ainda, insuficientes. A evolução deve continuar em relação aos três aspectos que retiveram a atenção dos grupos de trabalho.

a) A validade e os efeitos da convenção de arbitragem



16. Subsistem, a propósito, numerosas e importantes dificuldades: as exigências de forma necessárias à validade dessa convenção; os efeitos de sua autonomia em relação ao contrato principal, a amplitude da competência-competência dos árbitros, a extensão da arbitrabilidade dos litígios.

17. Em relação a todas essas questões, o método conflitualista proposto pela convenção de Nova Iorque (art. V-1, a e V-II, a) tem demonstrado seus limites.

Por um lado, a conexão da convenção de arbitragem a uma lei estatal que as regeria são discutíveis: a lei escolhida pelas partes seria a mais lógica, mas raramente estas chegam a designar uma lei própria à convenção de arbitragem. A lei do local da sede da arbitragem - supondo que este tenha sido designado - quase não apresenta motivos para ser aplicada à uma matéria que é, aqui, de natureza contratual e, não, procedimental. Quanto às leis do país onde a sentença será invocada ou contestada, cuja aplicação pelo juiz do foro não podemos excluir, estas são, em hipótese, tão diversas quanto indeterminadas.

Por outro lado, as regras de conflito podem conduzir a uma solução infeliz, caso sejam retiradas de uma lei arcaica ou que não leve em conta as necessidades do comércio internacional.

18. Daí as sugestões favoráveis à elaboração de regras materiais.

O modelo que deveria ser seguido é bem conhecido: aquele retido pela Lei federal de Direito Internacional Privado suíça, de 18.12.1987. Seus arts. 177 e 178 fixam, diretamente, para todas as convenções de arbitragem invocadas na Suíça, suas condições de validade, de forma e de fundo. As soluções adotadas são, ademais, bem oportunas: são arbitráveis os litígios versando sobre direitos patrimoniais; as pessoas jurídicas de direito público não podem se prevalecer do seu próprio direito para contestar a validade da convenção de arbitragem; a validade e a autonomia da convenção de arbitragem são afirmadas de forma evidente. No que diz respeito aos requisitos de forma, estes se limitam à sua prova por texto escrito.

Para resolver os novos tipos de problemas que surgiram com o comércio eletrônico, o método das regras materiais é o único operacionalizável. Os trabalhos da Uncitral e nossos próprios debates nos permitem esboçar a sua formulação. A convenção de arbitragem eletrônica é válida se a prova do consentimento das partes for estabelecida através de um processo seguro e insuscetível de falsificações.

Por fim, na falta de regras materiais internacionais específicas, seria conveniente que a regra de conflito adquirisse uma função convalidante. Neste ponto, mais uma vez a lei suíça nos mostra o caminho, ao fazer prevalecer, no que tange aos aspectos materiais da convenção de arbitragem, a lei mais favorável à sua validade.

b) A constituição do tribunal arbitral e o procedimento arbitral

20. Quanto a esse aspecto, a Convenção de Nova Iorque revelou suas insuficiências e ambigüidades: o art. V-1, *d*, os submete, com efeito, às estipulações contidas na convenção de arbitragem e, na falta de previsões, à lei do país sede da arbitragem.

21. Todavia, aqui, mais uma vez, originou-se um consenso para ir mais longe, reduzindo, destarte, as posteriores contestações contra a sentença.

Desta forma, a competência de um juiz nacional de apoio é, ou deveria ser, universalmente reconhecida para tornar eficaz e incontestável as cláusulas patológicas e para auxiliar as partes na constituição de um tribunal arbitral independente e imparcial.

Outros princípios fundamentais são hoje afirmados que deveriam sê-lo universalmente:

- o procedimento arbitral é determinado pela convenção das partes e pelos regulamentos de arbitragem institucional ou *ad hoc*;
- na ausência destes, amplos poderes foram atribuídos aos árbitros tanto para adotar as medidas processuais necessárias quanto para determinar o direito aplicável aos aspectos materiais do litígio.

A liberdade e a autonomia de que gozam as partes, as instituições de arbitragem e os árbitros



constituem um fator essencial à eficácia da sentença, já que permitem afastar os particularismos processuais de cada lei estatal.

Sob este aspecto, igualmente, a evolução se caracteriza por um recuo do método conflitualista e da influência dos agentes estatais, aos quais substituem regras materiais ainda pouco numerosas.

22. Precisamente, estas regras materiais determinam os limites desta autonomia, cuja origem encontramos em alguns princípios fundamentais da boa justiça. A denominação destes princípios varia segundo as tradições e as fontes: princípios de justiça natural, segundo o *common law*; princípio do contraditório, de acordo com a fórmula francesa; respeito ao direito de ser ouvido ou direitos da defesa, segundo outros sistemas; direito das partes à igualdade de tratamento, de acordo com o regulamento de arbitragem da Uncitral: trata-se, na verdade, da necessidade de um devido processo legal, expressa no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Ninguém acharia que tais princípios poderiam ser sacrificados em relação à arbitragem. Todavia, não são poucos os que sugerem que tais princípios constituem, na verdade, a medida e os limites das exigências processuais cujo respeito deve ser universalmente assegurado.

Para complementá-los, e ao mesmo tempo para limitar os riscos de manobras dilatórias, uma outra regra se encontra a caminho de ser universalmente consagrada. Nos termos do art. 4.º da Lei-Tipo Uncitral, trata-se da "renúncia ao direito de apresentar objeções": se uma das partes, conhecendo a existência de irregularidades no processo arbitral, não apresenta reação imediata, presume-se que tenha renunciado ao direito de invocá-las, posteriormente, contra a sentença que não for do seu agrado. Manifestação do princípio da boa-fé em relação aos atos praticados no processo arbitral é, hoje, consagrada por inúmeros sistemas jurídicos e pela totalidade dos modernos regulamentos de arbitragem.

23. Evidentemente, todas essas regras reforçam a eficácia das sentenças arbitrais, uma vez que restringem a incidência de particularismos processuais nacionais, assim como a amplitude dos argumentos suscetíveis de serem recebidos pelo juiz estatal por ocasião de um processo de execução de uma sentença.

c) O controle da sentença

24. É pacífico - já que a Convenção de Nova Iorque, em vigor aproximadamente em 120 Estados, constitui, hoje, o fundo comum do direito internacional em matéria de execução de sentenças arbitrais - que os vícios suscetíveis de serem invocados por ocasião de um processo de execução se encontram limitados: a lista contida em seu art. V é, com efeito, exaustiva.

25. Entretanto, esta lista é ainda bastante ampla. Ademais, sua formulação pode conduzir o juiz da homologação a investigar qual a lei aplicável à convenção de arbitragem, à capacidade das partes para concluir a convenção, à constituição do tribunal arbitral e ao processo arbitral (art. V-1, a e b), isso tudo para não mencionar a conformidade da sentença em relação à ordem pública e às regras de arbitrabilidade do Estado receptor da sentença (art. V-2, a e b).

A Convenção de Nova Iorque faz da anulação da sentença no país sede da arbitragem (ou cuja lei era aplicável à arbitragem) uma causa suscetível de engendrar a recusa de *exequatur* em todos os outros países.

26. Nestes diversos aspectos, a Convenção de Nova Iorque de 1958 começa a mostrar suas rugas. Em 40 anos, fatalmente envelheceu. Coloca-se a questão: o que fazer com ela?

B) Os meios

27. Estou consciente de ter proferido algumas palavras ímpias: para muitos a Convenção de Nova Iorque é um texto sagrado; tem seus grandes pregadores que a honorificam, e suas vestais, que a querem intacta, perfeita...

"Não toquem na Convenção de Nova Iorque", já disseram. Nos esforçamos para melhor divulgá-la e torná-la compreensível. Para melhorar as condições concretas de sua aplicação nos países aderentes,⁵ possibilitando o desenvolvimento de uma interpretação, uniforme e liberal.



28. Por outro lado, há quem proponha a elaboração:

- de um protocolo adicional aberto aos Estados vinculados à Convenção de Nova Iorque, desejosos de, juntos, irem mais longe; ou
- de uma nova lei-tipo, logo, facultativa, que completaria "suavemente" as regras de Nova Iorque; ou
- uma outra convenção universal.

Em favor deste novo instrumento, seria reescrita a lista dos vícios acatáveis pelos tribunais, de forma que estes correspondam e se limitem às condições de regularidade internacional da arbitragem (competência do árbitro, devido processo legal, conformidade com a ordem pública no sentido do direito internacional privado), sendo suprimido o vício a que se refere o art. V-1, (anulação das sentenças nos seus países de origem) e a regra correlativa contida no art. VI.

29. Foi igualmente proposto o relançamento da Convenção Europeia de Genebra de 1961. A revisão dos dispositivos referentes à organização da arbitragem (art. IV e anexos) se tornou necessária graças ao desaparecimento do bloco socialista na Europa do Leste. Contudo, é preciso procurar apresentar novas disposições liberais na esperança de que venham a ser assimiladas de forma mais rápida e fácil, num contexto regional mais homogêneo? Ou será que, ao contrário, melhor seria não modificar-lhe o conteúdo que, de maneira útil, completa a Convenção de Nova Iorque (por exemplo o seu art. IX sobre a anulação das sentenças), esforçando-se, da mesma forma, para atribuir-lhe um caráter universal, encorajando a adesão de um maior número de Estados?

30. Após muita hesitação, me coloco entre os grandes pregadores e vestais..., mas por razões bem diferentes daquelas já apresentadas.

Sim, é melhor não tocar na Convenção de Nova Iorque. Não porque suas soluções continuem satisfatórias. Ao contrário, estas e a própria Convenção envelheceram bastante... Mas por comportar duas qualidades essenciais e por abrigar um pequeno tesouro.

31. Suas duas qualidades: de início, ela é breve. Vai diretamente ao essencial, sendo fácil compreender o seu objeto e objetivos. Em todos os Estados nos quais são raros os especialistas em arbitragem internacional, onde juizes e advogados não estão preparados para a recepção de sentenças internacionais, o fato de ser relativamente simples a sua aplicação constitui um grande mérito para o texto.

Em seguida, a Convenção de Nova Iorque é ambígua. Permite, então, uma interpretação evolutiva e teleológica. Neste sentido, o melhor exemplo acaba de ser dado por um julgamento americano proferido no caso *Chromalloy*, no qual o tribunal americano concluiu que o juiz não está obrigado a recusar a execução sempre que presentes um dos motivos contidos no art. V da Convenção. Somente agora, ao que nos parece, descobriu-se que a aplicação dos motivos de recusa de exequatur seria facultativo ao juiz... Por que não, se tal interpretação permite que o juiz afaste motivos habilmente formulados, embora pouco consistentes? O essencial em matéria de controle de sentenças, não é, de fato, o conteúdo das disposições de um texto, mas a maneira como o juiz o aplicará, sua atitude concreta em relação à sentença, que não poderá ser nem laxista, nem minuciosa demais.

32. O tesouro, idéia genial da Convenção, assecuratória de sua perenidade (ainda que esta perenidade seja inútil...), está contido no seu art. VII, item 1, segundo o qual "as disposições da presente convenção... não privam à qualquer das partes interessadas o direito que elas poderiam ter de se prevalecerem da sentença arbitral, de acordo com as formas e na medida admitida pela legislação ou pelos tratados do país onde a sentença é invocada".

A Convenção de Nova Iorque evoluiu de forma modesta e realista. Seus autores não só tentaram harmonizar a circulação internacional das sentenças, mas, mais ainda, tentaram favorecer esta harmonização. Como a harmonização realizada em 1958 lhes parecia insuficiente à consecução deste objetivo, não impediram aos Estados e aos juizes de fazerem mais e melhor em favor da execução das sentenças. A Convenção de Nova Iorque se apresenta como uma etapa, um instrumento ao serviço de um objetivo maior: a melhoria da recepção das sentenças arbitrais ditas estrangeiras. Todas as reformas legislativas ocorridas nos anos 80 e 90 são compatíveis com este verdadeiro tratado fundador; todas as suas interpretações que favoreçam a melhor



internacional das sentenças são legítimas. São estes os motivos que tornaram a evolução possível desde 1958, e pelos quais é possível, hoje, a sua continuidade, sem que se toque o texto da Convenção de Nova Iorque.

33. Os progressos aparecem pontualmente, ao sabor das novas legislações e dos novos arestos. Juízes de diferentes países não hesitaram em utilizar o art. VII, 1, por preferirem a aplicação de regras mais favoráveis às disposições da Convenção de Nova Iorque, encontradas, por vezes, na Convenção de Genebra de 1961 e, com maior freqüência, em seus direitos comuns. Em relação à forma da convenção de arbitragem, por exemplo, acatou-se a regra da renúncia aos argumentos fundados em irregularidade que não tenha sido imediatamente apontada, etc.

É claro que a harmonização do direito da execução das sentenças fica um pouco prejudicada, já que os sistemas nacionais não marcham no mesmo passo. Em contrapartida, a eficácia internacional das sentenças se encontra reforçada.

34. É possível estar satisfeito com esta situação. Com efeito, a Convenção de Nova Iorque corre o risco de, pouco a pouco, ir perdendo eficácia própria à medida dos progressos obtidos por outros meios. Ocorre que foi justamente isto o que desejaram os seus autores. Numa espécie de movimento dialético provocado pelo art. VII, item 1, é possível afirmar que a Convenção de Nova Iorque haverá alcançado os seus propósitos exatamente quando se tornar superada e esquecida.

Isto explica porque, em alguns países - como na França, a Corte de Apelação de Paris -, o juiz da recepção não teve, senão raramente, a ocasião de aplicar a Convenção de Nova Iorque: os beneficiários da sentença preferem invocar o direito comum (art. 1.502 do Novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5)), de longe mais favorável do que a Convenção de Nova Iorque (art. V).

35. Isto ocorreu particularmente quando a sentença apresentada à execução tinha sido anulada no país de origem. É, a despeito, possível executá-la em outro país? Resposta positiva foi dada na França (arestos *Norsolor* e *Hilmarton*, da Corte de Cassação), na Áustria,⁶ nos Estados Unidos (julgamento *Chromalloy*) e, de forma mais discreta, na Bélgica.⁷ Juridicamente, esta jurisprudência é incontestável, pois se limita a utilizar a faculdade reconhecida pelo art. VII, item 1, da Convenção de Nova Iorque. Quanto à aparente desordem que provoca,⁸ esta não é senão consequência do sistema instituído em 1958, o qual preferiu favorecer a eficácia internacional das sentenças a garantir a uniformidade do seu regime de execução. Quisessem os autores da Convenção de Nova Iorque harmonizar as condições nacionais de execução de sentenças, não somente haveriam subtraído o art. VII, item 1, mas sobretudo:

- teriam procurado uniformizar as causas de anulação da sentença em seu país de origem, já que, segundo o art. V-1, esta anulação poderia ou deveria levar a sua rejeição em outros países;

- teriam dito que a sentença judicial que recusa o pedido de anulação da sentença e a declara suscetível de execução deve ser respeitada pelos outros Estados. Não o fizeram pois, ao contrário, tiveram a intenção de suprimir tudo o que lembrasse a antiga exigência de duplo *exequatur* (no país de origem e no país de recepção), e ninguém se sentiu melindrado com a consequência desta escolha: a mesma sentença poderia ser declarada executiva em seu país de origem e rejeitada no país onde sua execução tenha efetivamente sido requerida;

- de forma mais genérica, poderiam, finalmente, tentar evitar que a eficácia da sentença fique a mercê das concepções de cada Estado em matéria de ordem pública e de arbitrabilidade do litígio.

36. Contudo, este debate vivo e interessante, ao qual não me cabe retornar, nem tampouco decidi-lo,⁹ teve o grande mérito de trazer à tona o verdadeiro obstáculo ao aperfeiçoamento da eficácia internacional das sentenças: trata-se da relação mantida entre o direito da sede da arbitragem e a sentença. É a âncora da sentença (e da arbitragem) na ordem jurídica deste país, por vezes considerado como verdadeiro foro.

Para ir mais longe, e talvez para maior clareza, talvez seja necessário pensarmos em uma revolução.

II. A revolução

37. De uma coisa tenham certeza, uma revolução não implica necessariamente numa anulação do passado. Significa, também, uma volta que levará a arbitragem ao lugar no qual cometeu os seus



primeiros movimentos.

Convido-os a retornar ao passado, sem preconceitos, com um espírito novo: esta revolução havia sido deflagrada pela CCI em 1953, quando elaborou, para as Nações Unidas que desejavam uma Convenção internacional, um anteprojeto sobre a execução das sentenças arbitrais.

Convido-os a restaurar a noção de sentença internacional e a tirar as conseqüências lógicas e práticas dela resultantes, o que permitirá um salto qualitativo na eficácia internacional das sentenças arbitrais.¹⁰

Eficácia Internacional! Esse o nosso propósito, objeto mesmo, bem oficial, dos trabalhos deste Congresso. Essa é, igualmente, nossa contradição. Como e por que assegurar-lhe a eficácia internacional se a sentença não é considerada como uma sentença internacional?

38. Para aumentar a eficácia internacional da sentença internacional é preciso e suficiente tratá-la como uma sentença internacional.

Isto implica, não a supressão de toda idéia de localização, mas uma significativa redução do papel representado pela sede do tribunal da arbitragem em seu desenvolvimento e sanção ou, mais exatamente, concebê-lo de outra maneira, como uma facilidade, como um fato, não como um enraizamento, uma obrigação.

Assim deve ser tanto em relação à lei (A) quanto no que diz respeito ao juiz (B) da sede da arbitragem.

A) A função da lei da sede da arbitragem

39. A lei do país em cujo território se desenvolve a arbitragem - ou ao menos onde supostamente deveria se desenvolver - proporciona um contexto jurídico à arbitragem, ou, para ser mais exato, a propõe, já que a sua vocação é subsidiária. Somente na ausência de regras autônomas oriundas da convenção entre as partes e da prática e sob a condição de que as partes não tenham designado outra lei é que a lei da sede fornecerá as regras técnicas que permitirão o seu normal desenvolvimento. Esta, ao menos, a moderna tendência das recentes leis e jurisprudência.

40. As coisas começam a se estragar quando a lei nacional se pretende de aplicação imperativa e se agravam quando esta não se limita a exigir o respeito aos princípios fundamentais ao devido processo legal, mas constituem a expressão de um particularismo marcado e imposto por regras arcaicas ou inadequadas à arbitragem internacional.

41. A maior dificuldade surge - este o único ponto que gostaria de ressaltar - quando o legislador apreende da mesma forma as arbitragens internas e as arbitragens internacionais.

Esta é uma grande tendência no direito comparado, representada notadamente pelos Países-Baixos e, mais recentemente, pela Inglaterra e pela Alemanha. Em si mesmo, esta tendência é perfeitamente legítima. Seus defensores estimam que aquilo que é bom para a arbitragem internacional é igualmente bom para a arbitragem interna e vice-versa. Ademais, esta concepção monista da arbitragem apresenta evidente virtude de simplificar.

42. Entretanto, é claro que, salvo em alguns casos excepcionais, as sentenças proferidas num país e cujo beneficiário requer sua execução em outro país não decidem litígios puramente internos, concernentes a um único país. Correspondem a arbitragens comerciais internacionais, qualquer que seja a definição de internacionalidade adotada. Isto é, a arbitragem entre partes por ocasião de uma operação de comércio internacional. São estas arbitragens internacionais que a Convenção de Nova Iorque pretendeu favorecer, pela única razão de que constituem um fator de desenvolvimento e de paz no comércio internacional e de que não existe, nesta matéria, uma outra justiça internacional. Daí a idéia não menos legítima de se prever um regime mais liberal, ou ao menos mais flexível, para a arbitragem internacional. Foi esta idéia que inspirou não apenas a Convenção de Nova Iorque e a de Genebra, mas, da mesma forma, as leis francesa, suíça, italiana e muitas outras. Esta idéia justificou a elaboração, pela Uncitral, de uma lei-tipo especialmente consagrada à arbitragem comercial internacional, como forma de incitar os Estados a adotarem, ao menos neste âmbito, uma legislação apropriada e específica.



43. Ao contrário, quando um Estado aplica à uma arbitragem internacional que se desenvolve sobre o seu solo as regras editadas para regulamentar suas arbitragens internas, este a atribui, inevitavelmente, um caráter nacional. Este a localiza de forma mais intensa, imprimindo à arbitragem a concepção jurídica e cultural que detenha desta justiça privada e a submete a todas as restrições que estime útil impor à uma arbitragem que apenas interessa aos seus jurisdicionados e à sua economia.

Tais restrições são compreensíveis, em matéria interna, pois se apegam às tradições jurídicas ou ao lugar da prestação jurisdicional pública em cada país.

O perigo aparece quando a lei de um Estado estende seus particularismos à arbitragem internacional. A aplicação imperativa desta lei territorial é a fonte direta de dificuldades observadas na execução internacional da sentença.

44. Em verdade, conferir tratamento nacional a toda sentença proferida no país sede da arbitragem e, em seguida, requerer aos demais Estados que assegurem a sua eficácia, satisfazendo, assim, necessidades que são próprias ao comércio internacional, implica uma contradição fundamental. Quem é este novo Janus? A sentença é nacional no país onde foi prolatada, mas é internacional em todos os outros lugares, já que é preciso assegurar-lhe a execução.

Essa contradição se encontra disfarçada pelo liberalismo que geralmente inspira a lei do país sede: esta, no mais das vezes, felizmente se não impõe diretamente aos árbitros nem, indiretamente, aos juízes estrangeiros do *exequatur* senão o respeito aos princípios fundamentais da boa justiça. Mas, então, de que vale manter esta conexão à sede da arbitragem se, no momento da execução forçada, os juízes de todos os países zelarão naturalmente pelo respeito a tais princípios?

Isto nos leva, da mesma forma, a indagarmos quais os deveres e utilidade do juiz do Estado sede da arbitragem.

B) A função do juiz da sede da arbitragem

45. Este juiz tem, incontestavelmente, uma missão de assistência em relação à arbitragem que se desenvolve ou que deva se desenvolver sobre o seu território. Tais funções de juiz de apoio são, hoje, amplamente reconhecidas pelos direitos nacionais. Caso as partes não tenham escolhido outra autoridade, o juiz local estará melhor posicionado para designar, substituir ou recusar um árbitro ou para prorrogar um prazo. Deverá, ainda, poder ordenar medidas provisórias ou conservatórias que a situação litigiosa exigir.

Para evitar eventuais conflitos de jurisdição, é recomendável que esse juiz da sede da arbitragem seja, sob reserva de privação de justiça, o único juiz internacionalmente competente para este tipo de intervenção.

46. O mesmo seria válido em relação ao controle? Seria legítimo conferir a este juiz o poder de anular uma sentença, se o seu Estado não tem interesse algum no litígio. Em outras palavras, se a sentença jamais será executada neste país, seja porque nenhuma das partes lá tem domicílio, seja porque lá não detem bens ou créditos?

Sim, diriam, pois o juiz local está melhor posicionado para apreciar a regularidade da arbitragem. No entanto, isto continua válido quando sua lei não for a lei aplicável, ou não tenha sido a lei aplicada, o que ocorre com frequência, ou quando o seu Estado não possua ligações com o litígio?

Sim, diriam, pois o recurso de anulação junto ao juiz do país da sede pode ser imediatamente exercido pela parte sucumbente. Mas se a parte teme a dissipação de provas ou a espada de Dâmocles empunhada por seu adversário no momento e lugar da execução, ela pode - seria preciso reconhecer-lhe o direito - requerer previamente ao juiz do Estado onde mantém ativos que recuse a execução da sentença sobre o seu solo.

47. Quais seriam, definitivamente, as soluções cabíveis?

A primeira seria de reduzir ou harmonizar as causas de anulação de sentenças. Trata-se de uma via reformista cujos inconvenientes já apontamos.¹¹



A segunda consiste em recusar efeitos internacionais ao julgamento de anulação, sempre que este encontre fundamento em particularismos do Estado sede da arbitragem, os *Local Standard Annulments*.¹² Estas mudanças já constituiriam uma revolução, já que atentaria contra a supremacia da sede da arbitragem. Tal revolução havia sido deflagrada, esquecemos com freqüência, pela Convenção de Genebra de 1961: em virtude do seu art. IX, que afasta, neste ponto, a aplicação do art. V da Convenção de Nova Iorque, a anulação da sentença fundada em violação à ordem pública ou no caráter inarbitrável do litígio não constitui motivo para que a execução dessa mesma sentença seja recusada em outros países.

Outra solução, ainda mais revolucionária: suprimir o recurso de anulação. Este o caminho escolhido pela lei belga de 1985 (art. 1.717, item 4, do Código Judiciário), cuja amplitude foi recentemente estreitada.¹³

48. E se não houvesse solução?

Não seria a atual situação inevitável? A sentença arbitral não conhece a mesma sorte em todos os países, é verdade. E daí? Por um lado, o número de países interessados na execução da sentença não é considerável. Por outro lado e, sobretudo, esta aparente incoerência não é uma consequência da soberania de cada Estado. As relações internacionais estão naturalmente expostas a esses tipos de conflitos de leis e de jurisdição, resultantes da coexistência entre ordens jurídicas nacionais.

49. Na realidade, haveria uma solução: o desenvolvimento de um sistema internacional de controle e de execução de sentenças.

50. Existem precedentes. Um setorial e outro regional.

O primeiro concerne às sentenças proferidas em matéria de investimentos internacionais sob a égide da Cirdi: a Convenção de Washington de 18.03.1965 prevê um processo único e próprio para os recursos de anulação (art. 51), proibindo, correlativamente, que os Estados exerçam um controle sobre a regularidade, no momento da execução (art. 54).

O segundo é africano. O tratado da Ohada de 17.10.1993 instituiu uma verdadeira Corte internacional encarregada de conferir força executiva às sentenças arbitrais em todos os países que consentiram em sua criação e a dotaram de tais poderes.¹⁴

51. A criação desta espécie de Corte, a qual os Estados confeririam, através de uma convenção internacional, competência exclusiva para anular e declarar executivas todas as sentenças que apresentem um caráter internacional. Tal proposição foi coletivamente colocada, ainda em 1961, aqui mesmo, durante o primeiro Congresso Internacional de Arbitragem.¹⁵ Foi renovada, individualmente, por um especialista americano imbuído de senso prático, que a apresentou como uma tarefa para o século XXI.¹⁶

Guardemos um pouco de sonho. Neste trigésimo aniversário de maio de 1968, relembremos as reivindicações dos estudantes parisienses, um *slogan* magnífico que eu os convido a torná-lo o vosso: sejam realistas, exijam o impossível!

(1) Contando com aqueles distribuídos *in extremis*, uns sessenta.

(2) Que teve por tema "Sentenças arbitrais: soluções aos problemas de execução", presidido por K. H. Böckstiegel.

(3) Que teve por tema "Convenções de arbitragem: condições de sua eficácia", presidido por V. V. Veeder. O relatório de A. Dimolitsa: "Autonomia e Kompetenz-Kompetenz" assim como o comentário de Pierre Mayer: "Os limites da separabilidade da cláusula compromissória", foram respectivamente publicados na *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 305 e p. 359.

(4) Que teve por tema: "O procedimento arbitral: condições de sua eficácia sem que atente ao devido processo legal", presidido por H. Holtzmann. Os relatórios de G. Kaufmann-Kohler: "Le rôle de la Loi du lieu de l'arbitrage", bem como aquele apresentado por S. Jarvin: "Les cas dans lesquels les



décisions procédurales des arbitres peuvent être soumises aux tribunaux étatiques", foram publicados, com algumas adaptações, o primeiro deles sob o título "Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation", *Revue d'arbitrage*, 1998, p. 517, e o segundo na *Revue d'arbitrage*, 1998, p. 611.

(5) A Uncitral teve a feliz iniciativa de recolher informações sobre a incorporação da Convenção de Nova Iorque nas leis nacionais, o que foi realizado em cooperação com a *International Bar Association*. V. Anuário da Uncitral, 1996, v. XXVII, p. 58: *Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958*.

(6) Corte Suprema da Áustria, 20.10.1993, v. comentário de P. Senkovic e P. Lastenouse, *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 419.

(7) Ph. Fouchard, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine", *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 329.

(8) J. F. Poudret, "Qu'elle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard", *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 7.

(9) Sobre as questões examinadas pelo terceiro grupo, v. J. Paulsson, "L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain", *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 638.

(10) O texto deste anteprojeto foi reeditado no *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, maio de 1998, p. 33.

(11) V. supra, n. 26 *et seq.*

(12) Neste sentido, Paulsson, J.; "The Case For Disregarding LSAS (Local Standards Annulments) Under the New York Convention", *American Review of International Arbitration*, 1996, p. 99; e "L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (A.C.L.)", *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*. CCI : Paris, maio de 1998, p. 14.

(13) A Lei de 19 .05.1998 (*Moniteur belge*, 07.08.1998, p. 25353) passou a condicionar a supressão de toda possibilidade de recurso ao Judiciário do país sede, quando nenhuma das partes possuir nacionalidade belga, nem se encontrem estabelecidas naquele país, à vontade comum dos contratantes. Neste sentido, se alinha à solução já adotada na Suíça, Suécia e Tunísia...

(14) O tratado que criou a Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios na África, assinado em Port-Louis, entrou em vigor em 1995 (*Jornal Oficial da Ohada*, 01.11.1997) e vincula, hoje, em 16 Estados. Em 11.03.1999, adotou-se, em Ougadougou, um ato contendo regras uniformes em matéria de arbitragem, além de um regulamento de arbitragem da Corte comum de Justiça e Arbitragem.

(15) V. os trabalhos da terceira Comissão do Congresso de Paris, ocorrido entre os dias 11-13.05.1961, publicados na *Revue de l'arbitrage*, 1961, p. 99.

(16) H. Holtzmann, H. "A task for the 21st Century: creating a new international Court for resolving disputes on the enforceability of arbitral awards", *The Internationalization of International Arbitration*, Graham & Trotman, Dordrecht, 1995.