

14/08/2014

SUMÁRIO

- 1) Arbitragem interna, internacional e estrangeira.
- 2) Modelo dualista: França e Suíça.
- 3) Modelo monista: Brasil.
- 4) Modelo monista “internacionalizante” (intermedio): Itália e Espanha.
- 5) Conclusões.

Noções gerais: arbitragem interna, internacional e estrangeira

- Arbitragem internacional é uma a expressão que “tem mais de um significado”.
- A arbitragem internacional ou transnacional **em sentido amplo e abrangente** é aquela que envolve um elemento de estraneidade, dada a conexão com mais de um ordenamento. Luiz Olavo: “as arbitragens privadas internacionais se desenvolvem por meio das fronteiras dos Estados e produzem seus efeitos além delas” (p. 56); Biavati: “*arbitrato internazionale come contenitore lato*”; Lima Pinheiro: “arbitragem transnacional em sentido amplo é toda aquela que coloca problemas de determinação do estatuto da arbitragem” (p. 27). A arbitragem puramente interna (doméstica ou local): um elemento de contato com um só Estado.
- A arbitragem internacional em sentido estrito é a regida por regras diferentes e derogatórias a respeito da arbitragem doméstica. Normalmente a arbitragem internacional goza de uma maior autonomia, de um regime permissivo e liberalizante.
- A arbitragem estrangeira: sentença nacional e sentença estrangeira. Critérios para determinar a nacionalidade: sede e lugar de proferimento.

Modelo Dualista vs. Modelo Monista

- Dualismo: diploma jurídico diferenciado e específico pela arbitragem com elemento de estraneidade, conforme o critério de internacionalidade adotado. Modelo legalmente dualista; Modelo semi-dualista (Lima Pinheiro).
- Monismo: tratamento unitário para qualquer tipo de arbitragem.
- Monismo internacionalizante ou Modelo misto: diploma único com poucas regras especiais para as arbitragem com elemento de estraneidade.
- A arbitragem internacional segundo a óptica clássica e territorialista (representação monolocalizadora) dos italianos e dos brasileiros. A sentença arbitral possui uma nacionalidade (*lodi stranieri*).
- A arbitragem internacional segundo a óptica autonomista e universalista dos franceses: sentença sem nacionalidade (*sentence arbitral rendue à l'étranger*).

Dualismo francês

- O modelo dualista é adotado pelo legislador francês, que define a arbitragem internacional com base em critério econômico, conforme o disposto no art. 1504 do CPC: é "internacional aquela arbitragem que coloca (põe) em jogo os interesses do comércio internacional" ("*met en cause les intérêts du commerce international*"), tomando uma definição cunhada pela jurisprudência nos anos trinta do século passado.
- Arrêt *Péllisier du Besset* do 17 maio 1927; a doutrina Matter do duplo fluxo entre dois países (o fluxo e o refluxo sobre as fronteiras).
- O critério econômico na arbitragem: arrêt *Mardelé* do 19 fevereiro 1930 e validade de uma cláusula compromissória em matéria internacional; arrêt *Dambricourt* do 27 fevereiro 1931.
- Razão histórica do dualismo: afastamento das regras restritivas e rigorosas da arbitragem interna para prestigiar o desenvolvimento do instituto na área internacional e admitir a cláusula compromissória nas relações internacionais.
- A definição da arbitragem doméstica é residual: interesses locais.

Dualismo francês

- Criação de um regime específico pela convenção de arbitragem internacional.
- Acórdão Gosset (7 maio 1963): princípio da autonomia da cláusula compromissória (*une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte*).
- Acórdão Galakis (2 maio 1966): a aptidão do Estado francês em se submeter à arbitragem em matéria internacional, derrogando a proibição normativa imposta pela arbitragem interna.
- Acórdão Dalico (20 dezembro 1993): a consagração do método das regras materiais, a cláusula compromissória autônoma da qualquer lei estatal (*"son efficacité s'apprécie, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique"*).
- Internacionalização da arbitragem interna: o princípio da autonomia da cláusula compromissória nas decisões *Barbot* (Cass. 4 abril 2002) e *Toulousy* (9 abril 2002).
- Consagração normativa art. 1447 (independência, separabilidade).

Dualismo francês

- A internacionalização da arbitragem é uma noção objetiva e imperativa, enfrentada de ofício, subtraída à vontade das partes (Cass., 20 de novembro de 2013).
- Regime mais permissivo da arbitragem internacional: "a convenção de arbitragem não está sujeita a nenhuma condição de forma" (art. 1507); área da arbitrabilidade objetiva maior; regras materiais; cabimento só da ação anulatória e nunca uma apelação, sem efeito suspensivo e eficácia executiva provisória da sentença (art. 1526); renúncia prévia a ação anulatória (art. 1522).
- Críticas do critério econômico: limitado e vasto ao mesmo tempo (Poudret e Besson); "etérea" e "imprecisa" (Carmona).
- Critério econômico da arbitragem internacional que se caracteriza pelo fato de que o litígio submetido ao árbitro tem por objeto uma operação que não se desenvolve economicamente em um só país, pois implica um movimento de recursos além das fronteiras, envolvendo o comércio transfronteiriço.
- Esse critério é puramente econômico, na medida em que faz abstração dos elementos jurídicos de extraneidade, como a nacionalidade, o domicílio e a residências das partes, o lugar da celebração do contrato objeto do litígio e a sede da arbitragem.

Dualismo francês

São internacionais as arbitragens:

entre dois franceses que tinham uma relação contratual desenvolvida no exterior (App. Paris, 24 abril 1992);

entre duas sociedades italianas, uma dessas sendo controlada por uma sociedade estrangeira que financiava a operação com dinheiro proveniente do exterior (App. Paris, 26 abril 1985);

sobre a propriedade da Biblioteca polonesa em Paris, criada e sustentada-finanziada com dinheiro estrangeiro (Cass., 8 outubro 2009).

Não é internacional a arbitragem com uma parte alemã e uma francesa com uma controvérsia acerca da cessão da maioria das ações duma sociedade francesa (App. Paris, 21 fevereiro 1984).

- Artigo 49 LAV portuguesa: “Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional”; convenção de arbitragem, regras de direito aplicáveis ao fundo da causa, impugnação da sentença, ordem pública internacional.

Dualismo suíço

- Critério jurídico da residência das partes: a arbitragem é internacional “se, pelo menos, uma das partes não tinha, no momento da conclusão da convenção de arbitragem, nem domicílio, nem residência habitual na Suíça” (art. 176, n.º 1, da LDIP de 1987).

- Arbitragem interna no Código de Processo Civil federal de 2008.

- Motivo do dualismo: repartição das competências constitucionais entre a Confederação e os cantões (Poudret-Besson).

Modelo monista internacionalizante

- Lei de arbitragem espanhola n. 60 de 2003: regime unitário com algumas regras especiais se a arbitragem for internacional (convenção arbitral, direito aplicável ao fundo da controvérsia). Vasta amplitude da noção espanhola da arbitragem internacional (artigo 3): critério jurídico e econômico de maneira alternativa.
- A três fases italiana: monista pura 1940 (arcaica), dualista 1994 (residência e cumprimento da prestação no exterior), monista internacionalizante 2006 que leva em conta alguns fatores de estraneidade, consoante a lição de E.F. Ricci.
- Não interferência do juiz da ação anulatória na arbitragem internacional: cassação sem substituição (art. 830).
- Os esquecimentos do legislador italiano na unificação (Radicati di Brozolo): uma regra de conflito; a derrogação da exigência da dupla assinatura da cláusula compromissória; a impugnação da sentença com a ação rescissória e a oposição de terceiro.

Monismo puro

Modelo dualista contrapõe-se o monista (puro), o qual estabelece um diploma jurídico unitário para todas as arbitragens nacionais, não tendo relevância específica a presença de um elemento de ligação com mais de um país. Isso significa que, segundo o modelo monista, a noção de arbitragem internacional tem um valor apenas descritivo, sem trazer nenhuma consequência relevante a respeito do regime jurídico do instituto.

Brasil, Holanda, Alemanha e Áustria e a Bélgica.

Monismo ou dualismo?

Qual é sistema melhor?

A escolha de um dos modelos acima mencionados parece decorrer de uma premissa maior: a regulamentação normativa reservada à arbitragem interna.

Em um sistema em que se prevêem disposições liberais, inspiradas ao favor arbitral, para regulamentar a arbitragem doméstica, não é preciso estabelecer um regime diferenciado para a arbitragem que envolve um elemento de extraneidade ou que coloca em jogo os interesses do comércio internacional.

14/08/2014

- Lembramos que na França nasceu a arbitragem internacional para afastar as regras restritivas em matéria de arbitragem interna.
- Na Suíça, como evidenciado por conceituada doutrina, a razão da escolha desse modelo repousa na repartição das competências constitucionais entre a Confederação e os cantões daquele país
- Em face ao exposto, pode-se concluir que, em um ordenamento *arbitration friendly*, no qual o tratamento normativo prestigia o desenvolvimento da arbitragem, não é necessário distinguir entre duas formas de arbitragem.
- Acrescenta-se, ademais, que a adoção do monismo traz a vantagem indubitável de excluir discussões acerca da qualificação da arbitragem interna ou internacional, que às vezes revela-se como de árdua solução.
- Caso Tapie e a questão do cabimento da ação rescisória contra a sentença arbitral: cabível se for interna, inadmissível se for internacional.

À arbitragem nacional, quer doméstica quer internacional,
contrapõe-se a arbitragem estrangeira

- Algumas divergências tanto acerca do (i) critério de determinação da nacionalidade da sentença arbitral quanto no que toca (ii) à escolha do órgão do Poder Judiciário competente para conhecer o pedido de reconhecimento e execução da sentença estrangeira.
- A sentença arbitral estrangeira não será anulada pelo juiz togado que decidirá o pedido de reconhecimento e execução no território nacional: no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, após a emenda constitucional 45/2004 (art. 105, let i, da CF); na Itália, a Corte de Apelação do lugar da residência do adversário (art. 839 CPC); na França, le *Tribunal de grande instance* de Paris (competência centralizada), art. 1516 CPC. Proposta de Carmona de outorgar a competência aos Tribunais Regionais Federais.
- A noção de sentença estrangeira se constrói em oposição à de sentença **nacional**.
- Os **critérios para determinar a nacionalidade** de uma sentença arbitral são diferentes. Cada Estado é livre para eleger o critério mais

- A noção de sentença estrangeira se constrói em oposição à de sentença **nacional**.
- Os **critérios para determinar a nacionalidade** de uma sentença arbitral são diferentes. Cada Estado é livre para eleger o critério mais conveniente para outorgar a nacionalidade a uma sentença arbitral.

Critério convencional, da **sede** da arbitragem:

A maioria dos ordenamentos europeus, como o italiano, alemão, suíço e francês (segundo a interpretação da jurisprudência francesa) adotam o critério convencional da sede da arbitragem para determinar a nacionalidade da sentença arbitral. Assim, por exemplo: se a sede for determinada no território da República italiana, a sentença será italiana. Importância capital da sede da arbitragem para determinar a **competência territorial** dos juízes togados chamados a intervir na fase arbitral ou pós-arbitral.

Outros, como a Espanha e o Brasil, escolhem um **critério geográfico** para aferir a nacionalidade da sentença arbitral, ou seja um critério que depende do lugar da prolação da sentença. Seguindo a orientação adotada pela lei espanhola de arbitragem de

Outros, como a Espanha e o Brasil, escolhem um **critério geográfico** para aferir a nacionalidade da sentença arbitral, ou seja um critério que depende do lugar da prolação da sentença.

Seguindo a orientação adotada pela lei espanhola de arbitragem de 1988 e de 2003 (art. 46, 1, "*Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español*") e pela versão originária do Código italiano de 1940, o artigo 34 da LAB optou por uma solução territorialista, baseada no lugar onde a sentença é prolatada: é brasileira a sentença proferida dentro do Brasil; é estrangeira a sentença proferida fora do território nacional.

Dessa variedade de critérios adotados para a determinação da nacionalidade da sentença arbitral nasce a sentença arbitral com **nacionalidade plúrima**: enquanto nenhum país admite que uma sentença seja qualificada como nacional e ao mesmo tempo como estrangeira, uma mesma sentença poderia ser qualificada como nacional por vários sistemas jurídicos. Sob o aspecto formal, a sentença arbitral é única, mas sob o aspecto jurídico e da circulação internacional da sentença essa sentença possui mais de uma nacionalidade. Trata-se de um fenómeno analogo à **dupla cidadania** de uma pessoa física.

- Exemplo de convenção que cria uma **sentença com nacionalidade dupla**: “Não obstante o procedimento deva se desenvolver e a sentença arbitral deva ser proferida no Brasil, fixa-se a sede legal da arbitragem em Milão”. Essa cláusula não terá efeitos nem suscitará consequências no Brasil. Mas à luz do direito italiano, a mesma cláusula é suficiente para qualificar a sentença arbitral de italiana (E.F. Ricci).
- Essa dupla nacionalidade oferece algumas vantagens, porque a disciplina de uma sentença arbitral nacional é sempre mais favorável do que a da sentença estrangeira.
- Porém, essa ausência de controle prévio é compensada pela dupla possibilidade de controle posterior.
- Isso significa que a dupla nacionalidade tem o “seu preço”, na medida em que a sentença poderá ser impugnada com a ação anulatória em dois países, um dos quais provavelmente não reconhecerá a decisão da anulação do outro. Assim, a parte vencida será obrigada a propor duas demandas anulatórias perante os juizes dos dois países.

14/08/2014

