

Edoardo Flavio Ricci

Lei de Arbitragem Brasileira

Oito anos de reflexão
Questões polêmicas

Coletânea de artigos
com a organização, colaboração
e tradução de Mariulza Franco

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDOARDO FLAVIO RICCI

LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

Oito Anos de Reflexão
Questões Polêmicas

*Coletânea de artigos com a organização,
colaboração e tradução de Mariulza Franco*

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

Oito Anos de Reflexão
Questões Polêmicas

EDOARDO FLAVIO RICCI

Coletânea de artigos com a organização,
colaboração e tradução de MARIULZA FRANCO

000030

© desta edição: 2004

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite o nosso *site*: www.rt.com.br

Serviço de Atendimento ao Consumidor: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (11 - 2004)

ISBN 85-203-2602-1

A SENTENÇA ARBITRAL BRASILEIRA COM NACIONALIDADE DE OUTROS PAÍSES*

EDOARDO FLAVIO RICCI**

SUMÁRIO: 1. O tema – 2. As sentenças arbitrais brasileiras qualificáveis como nacionais na Itália, na Alemanha, na Suíça, no Reino Unido – 3. A utilidade da dupla nacionalidade da sentença arbitral, no que concerne a sua disciplina nos países citados – 4. Os inconvenientes suscitados, quanto ao reconhecimento da sentença arbitral brasileira por outros países, pela tese da natureza meramente declarativa da ação de decretação da nulidade prevista pelo art. 33 da Lei 9.307/96 – 5. A utilidade da dupla nacionalidade da sentença arbitral, no que concerne à sua circulação à luz da Convenção de Nova Iorque – 6. A sentença arbitral com mais de uma nacionalidade e a vocação transnacional da arbitragem.

(*) Trabalho apresentado no I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral, realizado em Belo Horizonte (27-29.05.2002) e na Universidade Federal do Paraná (Curitiba 29.05.2002), publicado na revista do Seminário, Belo Horizonte, Interbook, 2003, p. 158-172.

(**) Com a colaboração de Mariulza Franco.

1. O tema

O título deste escrito não teria sentido se considerado somente do ponto de vista do direito brasileiro. De acordo com art. 34, par. ún., da Lei 9.307/96, a sentença arbitral é considerada brasileira, quando proferida em território brasileiro, e estrangeira, quando proferida em território de outro país. Perante o direito brasileiro não existe, portanto, possibilidade da sentença arbitral ter mais do que uma nacionalidade, pois a sentença não pode ser proferida em mais do que um lugar.

A conclusão será a mesma, se considerarmos o direito nacional de outros países, seja qual for o critério adotado para a nacionalidade da sentença arbitral. Nenhum sistema admite a possibilidade da sentença arbitral ser qualificada ao mesmo tempo como nacional e como estrangeira.

Mas é possível enfrentar o tema da nacionalidade da sentença arbitral, sob outra ótica: a de sua qualificação nos diferentes sistemas de direitos. Nesse caso, constata-se que uma sentença arbitral pode ser qualificada como nacional por mais de um direito, podendo-se, então, falar de nacionalidade plúrima da sentença arbitral à semelhança da hipótese da dupla nacionalidade do cidadão. Sob o aspecto formal, a sentença arbitral é única; entretanto, verifica-se que mais de um Estado a considera como tendo sua nacionalidade, ignorando as demais nacionalidades que lhe atribuem outros Estados e, ao mesmo tempo, refutando a possibilidade de qualificá-la como estrangeira.

Esta situação produz efeitos quanto à possível circulação da sentença arbitral no mundo, pois, em tese, ela poderá ser considerada como proveniente de mais de um Estado estrangeiro. Isto tem interesse se a disciplina vigente do país de origem tiver relevância (como, em geral, ocorre) na avaliação dos pressupostos do reconhecimento. Deve-se considerar, também, que, ao con-

trário da sentença com nacionalidade única, a sentença com nacionalidade plúrima apresenta maior número de possibilidades de soluções, que devem ser verificadas e analisadas nos casos concretos.

Pretendemos demonstrar que a sentença arbitral proferida no Brasil pode ser qualificada como nacional pelo Brasil e igualmente nacional por quatro países europeus, escolhidos como exemplo: Itália, Alemanha, Suíça, e Reino Unido. Pretendemos também evidenciar as vantagens dessa plúrima possibilidade e com a vocação transnacional da arbitragem.

2. As sentenças arbitrais brasileiras qualificáveis como nacionais na Itália, na Alemanha, na Suíça, no Reino Unido

Nos direitos dos citados países da Europa Continental – Itália, Alemanha, e Suíça – é muito importante o que se denomina *sede da arbitragem* (ou do tribunal arbitral, ou do procedimento arbitral), fixada pelas partes ou pelos árbitros.¹ Embora não exista

⁽¹⁾ Quanto à Itália, o art. 816 do *Codice di procedura civile* dispõe que: “As partes fixam a sede da arbitragem no território da República; de outro modo a sede é fixada pelos árbitros na primeira reunião (Le parti determinano la sede dell’arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri nella loro prima riunione”. Na Alemanha, o art. 1.043 da *Zivilprozessordnung* estabelece que: “As partes podem estipular convenção sobre o lugar do procedimento arbitral. Na ausência desta convenção, o lugar do procedimento arbitral é fixado pelos árbitros (Die Parteien können eine Vereinbarung über den Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens treffen. Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird der ort des schiedsrichterlichen Verfahrens vom Schiedsgericht bestimmt)”. Na Suíça, o art. 2.º do *Concordat sur l’arbitrage* (que é Convenção estipulada pelos Estados membros da Confedera-

dispositivo expresso à respeito, o entendimento pacífico nos três países é no sentido de se qualificar de nacional a sentença cuja sede seja neles fixada e estrangeira, quando não se elege sede. A sede é adotada como critério de fixação da nacionalidade.²

ção) dispõe que: “A sede do tribunal arbitral é no lugar escolhido pela convenção das partes, ou pelo órgão por elas nomeado, ou, na ausência, pelos árbitros (Le siège du tribunal arbitral est au lieu choisi par convention entre les parties, ou par décision de l’organe qu’elles ont désigné, ou, à défaut, par décision des arbitres)”³; além disso, a fixação da sede do tribunal arbitral na Suíça também é prevista pelo art. 176 da *Loi de droit international privé* de 1987, como pressuposto da aplicação dos dispositivos da mesma lei às arbitragens com objeto transnacional.

- (2) V., nesse ponto, quanto ao direito italiano: FAZZALARI, Elio. In: BRIGUGLIO, Antonio; FAZZALARI, Elio; MARENGO, Roberto. *La nuova disciplina dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 106 ss.; Idem. *L’arbitrato*. Torino: Utet, 1997, p. 12; BERNARDINI, Piero. *Il diritto dell’arbitrato*. Bari: Laterza, 1998, p. 30 e 70; RICCI, Edoardo F. In: TARZIA, Giuseppe; LUZZATTO, Riccardo; RICCI, Edoardo F. Legge 5 gennaio 1994, n. 25. *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale*. Padova: Cedam, 1995, p. 88; Idem. La nozione di lodo straniero dopo la legge 25/1994. *Rivista di diritto processuale*, 1995, p. 331 ss.; AULETTA, Ferruccio. In: VERDE, Giovanni (coord.). *Diritto dell’arbitrato rituale*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 356; BRIGUGLIO, Antonio. In: PICARDI, Nicola (coord.). *Codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 2.102; PUNZI, Carmine. I principi generali della nuova normativa sull’arbitrato. *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 338. Quanto ao direito alemão: SCHÜTZE, Rolf A. *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*. 2. ed. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 72; SCHWAB, Karl Heinz; WALTER, Gerhard. *Schiedsgerichtsbarkeit*. 6. ed. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 2000, p. 308; VOIT,

A sede da arbitragem não tem relação com o local em que é proferida a sentença. Trata-se, em vez, de simples localização legal da arbitragem, de livre escolha das partes ou dos árbitros. Igualmente não tem interferência o local do procedimento da arbitragem. Importante observar que tudo isso é aceito por unanimidade, não havendo discrepância de opiniões.³ Assim, a sen-

Wolfgang. In: MUSIELAK, Hans-Joachim (coord.). *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. München: Verlag Franz Vahlen, 1999, p. 2.147, 2.163; LÖRCHER, Gino; LÖRCHER, Heike. *Das Schiedsverfahren – national/international – nach neuem Rech.* München u. Berlin: Jehle Rehm, 1998, p. 47. Quanto ao direito suíço: RÜEDE, Thomas; HADENFELD, Reimer. *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, p. 316 (com outras citações); POUDRET, Jean-François. In: LALIVE, Pierre; POUDRET, Jean-François; REYMOND, Claude. *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*. Lausanne: Payot 1989, p. 35 (com outras citações); WALTER, Gerhard; BOSCH, Wolfgang; BRÖNNIMANN, Jürgen. *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*. Bern: Verlag Stämpfli, 1991, p. 277.

- (3) V., quanto ao direito italiano: FAZZALARI, Elio. In: BRIGUGLIO, Antonio; FAZZALARI, Elio; MARENGO, Roberto. *La nuova*, cit., p. 106 ss.; Idem. *L'arbitrato*, cit., p. 12; BERNARDINI, Piero. *Il diritto...*, cit., p. 71; RICCI, Edoardo F. In: TARZIA, Giuseppe; LUZZATTO, Riccardo; RICCI, Edoardo F. *Legge...*, cit., p. 85; BRIGUGLIO, Antonio. In: PICARDI, Nicola (coord.). *Codice...*, cit., p. 2.102. Quanto ao direito alemão: SCHWAB, Karl Heinz; WALTER, Gerhardt. *Schiedsgerichtsbarkeit...*, cit., p. 271 ss.; SCHÜTZE, Rolf A. *Schiedsgericht...*, cit., p. 72 ss.; VOIT, Wolfgang. In: MUSIELAK, Hans-Joachim (coord.). *Kommentar...*, cit., p. 2147 ss. Quanto ao direito suíço: RÜEDE, Thomas; HADENFELDT, Reimer. *Schweizerisches...*, cit., p. 99; POUDRET, Jean-

tença proferida no Brasil pode ser considerada também nacional na Itália, Alemanha e Suíça, se as partes elegerem um desses países como sede legal da arbitragem.

Suponha-se que as partes em arbitragem brasileira prevejam, na convenção, a seguinte disposição: “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 conseqüências no Brasil: tudo desenvolve-se, como se ela não existisse. Mas à luz do direito italiano, a mesma cláusula é suficiente para qualificar a sentença arbitral de italiana. Por conseguinte, a sentença, nesse caso, terá dupla nacionalidade: italiana e brasileira. Se, por exemplo, a sede legal da arbitragem for fixada em Hamburgo ou em Zurique, a sentença arbitral terá nacionalidade brasileira e alemã ou brasileira e suíça. Tudo ocorre como se duas sentenças arbitrais iguais tivessem sido proferidas em dois diferentes países.

A disciplina vigente no Reino Unido, regida pelo *Arbitration Act de 1996*, é semelhante. Essa lei define como sentença arbitral estrangeira (art. 100, *sub 1*) a proferida fora do território da Inglaterra, do Gales e da Irlanda do Norte.⁴ Todavia, a mesma

François. In: LALIVE, Pierre; POUDRET, Jean-François; REYMOND, Claude. *Le droit...*, cit., p. 34; BLESSING, Marc. In: BERTI, Stephen V. (coord.). *International Arbitration in Switzerland*. Basel-Geneva-Munich: Kluwer Law International 2000, p. 309 ss.

⁽⁴⁾ O texto do dispositivo, que faz referência às sentenças arbitrais a serem reconhecidas segundo a Convenção de Nova Iorque, é o seguinte: “(...) a locução ‘sentença arbitral de Nova Iorque’ significa a sentença arbitral proferida, em atuação de convenção de arbitragem, no território de Estado (diferente do Reino Unido)

fonte acrescenta (art. 100, *sub 2b*) que “a sentença arbitral será disciplinada como proferida na sede da arbitragem, prescindindo-se do lugar em que ela foi assinada, remetida ou entregue às partes”,⁵ o que nos leva a constatar que, na realidade, a sede da arbitragem constitui o ponto decisivo para a sua nacionalidade, qualquer que seja o lugar em que se profira a sentença. Essa exegese confirma-se pela regra geral do art. 53, segundo o qual, “na ausência de outro acordo estipulado pelas partes, caso a sede da arbitragem seja a Inglaterra, ou o Gales ou a Irlanda do Norte, a sentença arbitral proferida no procedimento será disciplinada como proferida nestes países, sem referência ao lugar no qual foi assinada, remetida ou entregue às partes”.⁶ Tudo depende portanto da sede da arbitragem, que o art. 3.º define como “sede jurídica” (*juridical seat*), a ser fixada pelas partes ou, na ausência, pelos árbitros.⁷

que é parte da Convenção de Nova Iorque (... a ‘New York Convention award’ means an award made, in pursuance of an arbitration agreement, in the territory of a state (other than the United Kingdom) which is a party to the New York Convention.)”.

- (5) O texto inglês do dispositivo é o seguinte: “an award shall be treated as made at the seat of the arbitration, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties”.
- (6) O texto inglês do dispositivo é o seguinte: “Unless otherwise agreed by the parties, where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland, any award in the proceedings shall be treated and made there, regardless of where it was signed, despatched or delivered to any of the parties”.
- (7) O texto do dispositivo é o seguinte: “(...) a locução ‘sede da arbitragem’ significa a sede jurídica da arbitragem, fixada: (a) pelas partes na convenção de arbitragem, ou (b) pela instituição arbitral, autorizada pelas partes, ou (c) pelo tribunal arbitral, se esse último for autorizado pelas partes.... (‘the seat of the arbitration’

Dessa forma, a sentença arbitral brasileira também poderá ter nacionalidade do Reino Unido. Basta que a sede legal (*legal seat*) seja fixada no Reino Unido, para que a sentença proferida no Brasil seja aí qualificada como nacional.

3. A utilidade da dupla nacionalidade da sentença arbitral, no que concerne a sua disciplina nos países citados

Os direitos desses países podem apresentar vantagens à sentença com dupla nacionalidade, proferida no Brasil.

A sentença arbitral proferida no Brasil e qualificada como estrangeira naqueles Estados deveria ser reconhecida de acordo com a Convenção de Nova Iorque. É o que deve ocorrer em se tratando da Itália, Alemanha e Suíça, visto terem aderido a essa Convenção, renunciando à denominada condição de reciprocidade.⁸ O mesmo deveria ocorrer em relação ao Reino Unido, o qual, pretendendo a reciprocidade, aplica os termos da Convenção apenas às sentenças arbitrais dos países aderentes. Recentemente, o Senado brasileiro aprovou a Convenção pelo Decreto

means the juridical seat of the arbitration designated – (a) by the parties to the arbitration agreement, or (b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, or (c) by the arbitral tribunal if so authorised by the parties...’”.

⁽⁸⁾ Por completeza têm que ser dito que a Itália e a Alemanha também aderiram à Convenção de Genebra de 1961, cujo art. 9.º facilita o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, derogando parcialmente a Convenção de Nova Iorque com dispositivos mais favoráveis. Essa Convenção, todavia, pode ser aplicada apenas nos casos de arbitragem qualificada de comercial internacional à luz de seu art. 1.º e tem, portanto, âmbito limitado. Ela pode ser deixada de lado, nesta oportunidade, por simplicidade.

52, de 25.04.2002 o que leva a crer que o Reino Unido, ante a possibilidade de reciprocidade, reconhecerá as sentenças arbitrais brasileiras, evidentemente, desde que cumpridas todas as formalidades que ainda possam ser necessárias para a efetiva integração das normas daquele tratado ao ordenamento brasileiro. Acreditamos que, dessa forma, estejam superados os obstáculos existentes ao reconhecimento das sentenças arbitrais brasileiras nesse país.⁹

O reconhecimento não é, todavia, automático e subordina-se a pressupostos previstos pelo art. 5.º da Convenção, cujo implemento é verificado mediante procedimento judicial específico.¹⁰ Já a sentença arbitral qualificada como nacional produz

- (9) Quanto às sentenças arbitrais provenientes de países que não aderiram à Convenção de Nova Iorque, o art. 99 do *Arbitration Act* de 1999 resguarda a vigência da Parte Segunda (*Part II*) do velho *Arbitration Act* de 1950, cujo art. 35 é muito restritivo. São reconhecíveis apenas duas categorias de sentenças arbitrais: (a) as proferidas nas arbitragens disciplinadas pelo Protocolo de Genebra de 1923 e provenientes de países aderintes ao mesmo; (b) as provenientes de países que aderiram à Convenção de Genebra de 1927. Antes da adesão à Convenção de Nova Iorque, o Brasil tinha aderido apenas ao Protocolo de Genebra de 1933. Assim, as únicas sentenças arbitrais brasileiras reconhecíveis eram as proferidas nas arbitragens disciplinadas por essa Convenção (que são as que se desenvolvem entre partes de diferentes Estados aderintes).
- (10) Não podemos, nesta oportunidade, descrever tais procedimentos nos detalhes. Os dispositivos que disciplinam o tema são os seguintes: quanto à Itália, os arts. 839-840 do *Codice di procedura civile*; quanto à Alemanha, os arts. 1.063-1.066 da *Zivilprozessordnung*; quanto ao Reino Unido, os arts. 102-103 do *Arbitration Act* de 1996. Na Suíça, a disciplina do procedimento é fixada pelas leis nacionais dos Estados que compõem a Confederação (sendo a Suíça Estado Federal).

imediatamente, independentemente de qualquer procedimento, seus efeitos declarativos e constitutivos em todos os Estados citados.¹¹ Quanto à executividade, ela exige procedimento judicial simples, no qual apenas se constata a existência da sentença arbitral (além da convenção de arbitragem e – na Suíça – a admissibilidade dessa última).¹² A disciplina da sentença arbi-

(11) Quanto à Itália, o art. 823, inc. 3.º, do *Codice di procedura civile* dispõe que “o laudo tem eficácia obrigatória entre as partes desde a data de sua última assinatura (il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione)”. Quanto à Alemanha, o art. 1.055 da *Zivilprozessordnung* dispõe que “a sentença arbitral tem entre as partes a eficácia de sentença proferida pelo juiz e transitada em julgado (der Schiedespruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils)”. Quanto ao Reino Unido, o art. 58 do *Arbitration Act* de 1996 dispõe que “(...) a sentença proferida pelo tribunal arbitral por aplicação de convenção de arbitragem é definitiva e obrigatória entre as partes... (... an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding on the parties...)”. Quanto à Suíça, a lei não contém dispositivos expressos, mas a disciplina descrita no texto é afirmada pelos intérpretes (V.: RUEDE, Thomas; HADENFELDT, Reimer. *Schweizerisches...*, cit., p. 309 ss.; VULLIEMIN, Jean-Marie. *Jugement et sentence arbitrale*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, p. 254; JOLIDON, Pierre. *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*. Berne: Editions Staempfli & Cie, 1984, p. 470; BRINER, Robert. La revision des sentences arbitrales dans les cantons faisant part du Concordat international sur l'arbitrage. In: RAYMOND, Claude; BUCHER, Eugène (coord.). *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984, p. 286).

(12) Não podemos, mais uma vez, descrever nos detalhes o direito dos países citados. Os dispositivos que disciplinam os procedimentos em questão são os seguintes: quanto à Itália, o art. 825 do

tral nacional é, portanto, mais favorável do que a da sentença estrangeira.

Importante observar que a dupla nacionalidade da sentença arbitral tem, também, seu preço. Se for considerada nacional na Itália, Alemanha, Suíça e no Reino Unido, poderá a ser impugnada pelos meios e com fundamento em regras previstas no ordenamento desses países. A ausência de controle prévio é, em suma, compensada pela possibilidade de controle posterior. Isso deve ser salientado, pois a possibilidade de posterior impugnação da sentença arbitral nacional é, às vezes, mais ampla do que o controle sobre os pressupostos do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira.¹³ Por essa razão, deve haver prudência na atribuição de mais de uma nacionalidade à sentença, avaliando-se as possíveis conseqüências para escolher a solução mais aconselhável ao caso concreto. Entretanto, é possível – e previsível – que a sentença arbitral proferida no Brasil de acordo com as regras de seu ordenamento, não apresente vícios perante o direito estrangeiro, sobretudo perante os direitos dos Estados referidos como exemplo.

Além disso, há possíveis obstáculos ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira que não podem ser considerados como motivos de impugnação da sentença arbitral nacional. O tema é importante à luz daquelas previsões do art. 5.º da Convenção de Nova Iorque, que fazem referência à disciplina da arbitra-

Codice di procedura civile; quanto à Suíça, o art. 44 do *Concordat sur l'arbitrage*, junto com os dispositivos das leis dos Estados da Confederação; quanto ao Reino Unido, os arts. 66 do *Arbitration Act* de 1996.

⁽¹³⁾ Por exemplo, o art. 829, 2.º, do *Codice di procedura civile* italiano prevê impugnação por erro de direito, se as partes não tiverem previsto decisão de equidade.

gem no Estado de origem: o inc. 1.º, quanto à admissibilidade da arbitragem;¹⁴ o inciso 1*d*, quanto às regras concernentes à nomeação dos árbitros;¹⁵ o inc. 1*e*, segundo o qual não é reconhecível a sentença arbitral que, no Estado de origem, não tenha ainda eficácia, ou foi anulada, ou cuja eficácia foi suspensa.¹⁶ Uma vez qualificada de nacional, a sentença arbitral proferida no Brasil também produz efeitos se a lei brasileira vedar a arbitragem, ou os árbitros tenham sido nomeados com violação da mesma lei, ou tenha sido proferida no Brasil a decretação da nulidade prevista pelos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/96, ou – por qualquer outra razão – a decisão dos árbitros não seja eficaz.

- (14) Esse dispositivo prevê a rejeição do reconhecimento “se... tal acordo (o acordo de arbitragem) não é valido 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 (... the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made)”.
- (15) Esse dispositivo prevê a rejeição do reconhecimento se “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 (The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place)”.
- (16) Esse dispositivo prevê a rejeição do reconhecimento se “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 tinha sido proferida (the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority in the country in which, or under the law of which, that award was made)”.

4. Os inconvenientes suscitados, quanto ao reconhecimento da sentença arbitral brasileira por outros países, pela tese da natureza meramente declarativa da ação de decretação da nulidade prevista pelo art. 33 da Lei 9.307/96

No que concerne à eficácia da sentença estrangeira no seu país de origem, como requisito de seu reconhecimento em Estado aderente à Convenção de Nova Iorque, merece ser mencionada a questão da natureza da ação que decreta a nulidade da sentença arbitral, prevista pelo art. 33 da Lei 9.307/96.

Alguns juristas posicionam-se em favor da natureza meramente declaratória daquela sentença,¹⁷ o que significa afirmar a ineficácia da sentença arbitral viciada, visto que a decisão meramente declarativa apenas declara o que já existe. Ao contrário, aceitar a tese da natureza constitutiva¹⁸ significa afirmar que a

(17) FURTADO, Paulo; BULOS; Uadi Lammêgo. "Lei de arbitragem comentada". São Paulo: Saraiva 1997, p. 119; CÂMARA, Alexandra Freitas. *Arbitragem. Lei 9.307/96*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 116.

(18) Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La nuova legge brasiliana dell'arbitrato. *Rivista dell'arbitrato*, 1997, p. 13; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais de nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem. A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: RT, 1996, p. 152 ss.; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 270 (que fala de demanda anulatória em vez de demanda declarativa de nulidade); FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: RT, 1999, p. 269 ss. (que fala de ação anulatória); ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 474.

sentença arbitral viciada produz seus efeitos, não obstante os vícios, os quais são eliminados pela decretação da nulidade.

Assim, a tese da natureza meramente declaratória da ação de decretação de nulidade pode ser utilizada para se sustentar que a sentença arbitral proferida no Brasil – ou seja, no país de origem – não é eficaz, em consequência dos vícios previstos pela lei brasileira, não obstante não tenha sido decretada nula. Por conseguinte, o juiz estrangeiro somente decretará o reconhecimento depois de ter verificado a ausência de todos os vícios previstos art. 32 da Lei 9.307/96 (os que poderiam, em tese, justificar a decretação da nulidade). O controle preventivo sobre a sentença arbitral brasileira inclui a total avaliação que o juiz brasileiro deveria fazer, se a ação de decretação de nulidade tivesse sido proposta no Brasil com fundamento em todos os vícios mencionados na Lei 9.307/96.

Isso não é muito relevante, se a ausência de vício também deva ser controlada à luz de outros dispositivos aplicáveis ao reconhecimento. Consideremos, por exemplo, o previsto pelo art. 32, I, da Lei de Arbitragem (nulidade do compromisso). Essa nulidade pode obstaculizar o reconhecimento da sentença arbitral proferida no Brasil e qualificada como estrangeira, por aplicação do art. 5.º, 1a, da Convenção de Nova Iorque,¹⁹ prescindindo-se do problema da eficácia da mesma sentença no Brasil. Mas também há vícios previstos pela lei brasileira e não mencionados pelo mesmo art. 5.º, caso em que a tese da natureza declaratória da ação de decretação da nulidade impede o reconhecimento criando novo obstáculo. Aquele vício torna-se relevante como motivo de ineficácia da sentença arbitral no Brasil.

Consideremos como exemplo desta última hipótese, um dos vícios previstos no inc. VIII do art. 32 da Lei 9.307/96: violação

⁽¹⁹⁾ V. o texto do dispositivo supra, n. 14.

do princípio do livre convencimento dos árbitros. A Convenção de Nova Iorque não exige controle nesse ponto. Todavia, se o vício provocar a ineficácia da sentença arbitral brasileira, o tema torna-se relevante no momento em que se deve verificar, como pressuposto do reconhecimento, a efetiva eficácia daquela sentença no país de origem. O juiz estrangeiro poderia evitar o controle nesse caso, apenas se tivesse a coragem de afirmar que a doutrina brasileira se engana na interpretação da natureza da ação prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem.

Há alguns anos, ousamos sustentar a tese contrária da natureza constitutiva,²⁰ também com o propósito de facilitar o reconhecimento da sentença arbitral brasileira no estrangeiro. Mas no momento interessa-nos salientar outro ponto: dado que a sentença arbitral qualificada de nacional na Itália, na Alemanha, na Suíça e no Reino Unido produz seus efeitos nesses países, independentemente de sua eficácia no lugar em que foi proferida, a sentença arbitral proferida no Brasil (e portanto brasileira segundo o direito brasileiro) com nacionalidade dupla é eficaz nesses Estados não obstante os vícios previstos pela lei brasileira. Assim, o problema da natureza (declaratória ou constitutiva) da ação de decretação de nulidade, prevista pelo art. 33 da Lei 9.307/96, fica superado.

Além disso, nenhuma das leis dos países citados prevê a impugnação da sentença arbitral nacional por motivo de violação do princípio do livre convencimento dos árbitros tomado como exemplo, que não é preciso controlar previamente, nem menos se torna objeto de controle posterior, mediante possível impugnação à luz da lei nacional. Então, a vantagem da dupla nacionalidade da sentença arbitral proferida no Brasil é evidente

⁽²⁰⁾ RICCI, Edoardo F. Reflexões sobre o art. 33 da Lei de arbitragem. *Revista de Processo* 93/50 ss., jan.-ma. 1999.

sob o ponto de vista da produção de seus efeitos no Estado estrangeiro. Esses efeitos produzem-se e, uma vez produzidos, não podem ser eliminados.

5. A utilidade da dupla nacionalidade da sentença arbitral, no que concerne à sua circulação à luz da Convenção de Nova Iorque

Até agora referimo-nos à disciplina aplicável à sentença arbitral brasileira nos países estrangeiros em que ela pode ser considerada nacional. Mas nossas considerações devem estender-se à aspecto brevemente referido no início: o das vantagens que a nacionalidade plúrima pode suscitar quanto à circulação da sentença arbitral.

A Convenção de Nova Iorque refere-se ao Estado de origem da sentença por meio de várias locuções: “Estado em que a sentença arbitral foi proferida”;²¹ “Estado em que a arbitragem teve lugar”²² e “Estado, segundo a lei do qual a sentença arbitral foi proferida”.²³ Mas alguns intérpretes, em nossa opinião muito propriamente, intérpretes unificam o sentido dessas locuções, sugerindo noção de caráter geral: o Estado de origem é sempre o que, segundo sua lei, qualifica a sentença arbitral como nacional.²⁴ Em outras palavras, os intérpretes negam que a Convenção defina *Estado de origem* de maneira própria e sustentam a relevância da qualificação atribuída à sentença arbitral

(21) V. supra, n. 14.

(22) V. supra, n. 15.

(23) V. supra, n. 16.

(24) V. neste ponto: BRIGUGLIO, Antonio. *L'arbitrato estero*. Padova: Cedam, 1999, p. 194 e (mais amplamente) 222 ss.

pelas leis nacionais. Dessa maneira, a sentença arbitral pode se apresentar nos outros países como provindo de mais do que um Estado.

Esta exegese pode suscitar problemas e o tema não foi ainda enfrentado como merece. Ousamos insistir na tese que nos parece a que mais se aproxima da pretensão da Convenção de favorecer o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras: deve ser afirmada a solução que a parte interessada considera como a mais favorável ao reconhecimento.

Consideremos, como exemplo, a sentença arbitral proferida no Brasil, e aí ineficaz ou decretada nula, que não pode ser reconhecida como proveniente deste Estado à luz do art. 5.º, 1e, da Convenção de Nova Iorque.²⁵ Se ela tiver também a nacionalidade alemã e produzir seus efeitos na Alemanha, é possível apresentá-la nos outros Estados como provindo desse país (da Alemanha) para se obter seu reconhecimento. O mesmo deve ser afirmado se a arbitragem for vedada pela lei brasileira mas admitida pela lei alemã,²⁶ ou os árbitros forem nomeados de maneira diferente daquela prevista pela Lei 9.307/96 mas sem violação dos dispositivos da *Zivilprozessordnung*.²⁷ O

(25) Quanto ao texto do dispositivo, v. supra, nota 16.

(26) Para se compreender a importância deste exemplo, é útil considerar que, segundo o art. 1.030 da *Zivilprozessordnung* alemã, a convenção de arbitragem pode ser estipulada em todos os casos de lides patrimoniais, inclusive as sobre direitos não disponíveis. O texto do dispositivo é o seguinte: "Todas as lides patrimoniais podem ser objeto de convenção de arbitragem (Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein)".

(27) A esse propósito vale a pena se lembrar dos arts. 6.º e 7.º da Lei 9.307/96, que – uma vez estipulada a cláusula compromissória –

mesmo se aplica se a nacionalidade for a italiana, a suíça, ou a do Reino Unido.

À luz dessa premissa, deve ser enfatizado o que foi anteriormente afirmado (supra, item 3) quanto à tese da natureza meramente declarativa da ação de decretação de nulidade, prevista pelos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/96: a nacionalidade de outro país permite, também neste caso, superar os inconvenientes que aquela tese poderia suscitar. É importante destacar que na Itália, na Alemanha, na Suíça e no Reino Unido não se sustenta a ineficácia da sentença arbitral viciada, como regra geral: a ineficácia é proposta apenas como consequência daqueles vícios gravíssimos, que também provocariam a chamada inexistência jurídica da sentença judicial. Em geral, o caráter constitutivo da impugnação não é contestado e acredita-se que também a sentença arbitral viciada produz seus efeitos, o que possibilita seu reconhecimento nos outros Estados, segundo as normas da Convenção de Nova Iorque.

no caso de resistência de uma parte à instituição da arbitragem exigem a nomeação dos árbitros mediante compromisso a ser formado por sentença judicial. A doutrina limita o âmbito desta disciplina, admitindo a nomeação dos árbitros sem formação compromisso na hipótese de cláusula compromissória não “vazia” (v., entre outros: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 99 ss.; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição...*, cit., p. 191), mas não pode eliminar completamente a necessidade de tal formação. Pelo contrário, a maioria dos outros direitos (inclusive o alemão) prevê sempre a nomeação dos árbitros sem formação de compromisso, mediante procedimento muito mais simples do que o previsto pelo art. 7.º da Lei 9.307/96. Esse último tema é amplamente explicado por RICCI, Edoardo F. *Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. RePro 100/102 ss., out.-dez. 2000.*

6. A sentença arbitral com mais de uma nacionalidade e a vocação transnacional da arbitragem

As considerações feitas constituem fundamento para reflexão final sobre a vocação transnacional da arbitragem. Na verdade, a arbitragem pode ser sempre útil, mas é indispensável nas lides transnacionais, nas quais os juízes dos Estados arriscam aparecer como jurisdições domésticas e mais próximas a uma parte do que da outra. Mediante a arbitragem, foi cumprida a mais séria tentativa de construir uma justiça transnacional de caráter mundial, e os países nos quais a arbitragem prospera em virtude de seus juristas e de suas leis, são os que mais facilmente podem hospedar esse tipo de justiça.

Por essa razão, a doutrina sobre a arbitragem sonha, às vezes, com sentença arbitral não qualificada com predicado de nacionalidade *a priori*, mas capaz de produzir idênticos efeitos em todos os países. A distinção entre sentença arbitral nacional e sentença arbitral estrangeira deveria ser substituída por sentença aceita por todos os direitos.²⁸ Algumas legislações caminham nessa direção, a exemplo do direito francês.

Le *Nouveau code de procédure civile*, depois de delinear a disciplina geral das sentenças arbitrais (arts. 1.469-1.497), disciplina separadamente, mas de forma única, as proferidas no estrangeiro e as qualificadas quanto ao objeto como internacionais (arts. 1.498-1.507). É o objeto da sentença que a classifica de internacional, seja ela proferida em país estrangeiro ou na França.²⁹ Além disso, a disciplina das sentenças estran-

(28) V. nesse tema, para visão panorâmica, BRIGUGLIO, Antonio. *L'arbitrato...*, cit., p. 14 ss.

(29) Segundo o art. 1.492 do *Nouveau Code de procédure civile* "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce

geiras não classificadas de internacionais é muito próxima da disciplina das sentenças classificadas como nacionais. Por exemplo, todas as sentenças arbitrais, quaisquer que sejam, produzem imediatamente (pelo menos de regra) seus efeitos declarativos e constitutivos (identificados com a locução *chose jugée*),³⁰ enquanto a executividade é sempre subordinada à homologação.³¹

Pode-se, então, falar de contraposição entre as sentenças qualificadas como nacionais e as sentenças qualificadas como estrangeiras? No âmbito das lides definidas como internacionais a resposta é imediatamente negativa. No âmbito das outras lides talvez possamos responder que sim, aceitando como critério de distinção o do lugar onde foi proferida a sentença, mas a distinção tem relevância muito limitada quanto à disciplina a ser aplicada. O direito francês, portanto, leva-nos a considerar modelo

internacional (É qualificada de internacional a arbitragem que concerne os interesses do comércio internacional)". Sobre os problemas concernentes à interpretação deste dispositivo. v. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996, p. 63 ss.

- (30) Segundo o art. 1.476 do *Nouveau Code de procédure civile*, "A sentença arbitral tem, desde o momento em que ela é proferida, a autoridade de coisa julgada quanto à lide decidida (La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche)". É útil se lembrar de que a locução "coisa julgada" (*chose jugée*) é empregada muitas vezes na França para indicar os efeitos declarativos (e constitutivos) da sentença, em vez da imutabilidade destes últimos.
- (31) O procedimento é disciplinado pelos arts. 1.477 ss. do *Nouveau Code de procédure civile*.

mais avançado do que o aceito por qualquer convenção internacional, inclusive a de Nova Iorque.³²

Bastante interessante é, por sua vez, o direito de Bélgica, embora (em nossa opinião) menos avançado do que o francês. Depois de ter estabelecido que as sentenças arbitrais produzem imediatamente os efeitos declarativos e constitutivos (indicados com a locução *chose jugée*: art. 1.703); ter disciplinado o meio de impugnação (arts. 1.704-1.709); e ter previsto a homologação exigida como requisito da execução (arts. 1.710 ss.), o *Code judiciaire* prevê disciplina especial para as sentenças prolatadas no estrangeiro (art. 1.723). Essa última subordina a executividade à ausência de certos vícios, a ser controlada no procedimento de homologação,³³ mas nada dispõe quanto aos efeitos declarati-

(32) Esta é a razão pela qual surge somente na França o problema da aplicação do direito francês em vez da Convenção de Nova Iorque (que resguarda a aplicação do direito nacional mais favorável: art. 7.º *sub* 1). Sobre esse problema v.: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage*..., cit., p. 155 ss.

(33) Segundo o art. 1.723 do *Code judiciaire*, "A moins qu'il n'y ait lieu à application d'un traité entre la Belgique et le pays où la sentence a été rendue, le juge refuse l'exequatur: 1) si la sentence peut encore être attaquée devant des arbitres et si les arbitres n'en ont pas ordonné l'exécution provisoire nonobstant appel; 2) si la sentence ou son exécution est contraire à l'ordre public ou si le litige n'était pas susceptible d'être réglé par la voie d'arbitrage; 3) s'il est établi qu'il existe une cause d'annulation prévue à l'article 1704 (Salva a aplicação de tratado entre a Bélgica e o país em que a sentença arbitral foi proferida, o juiz denega a executividade: 1) se a sentença arbitral puder ser impugnada perante [outros] árbitros e os árbitros não dispuseram sua execução provisória não obstante a apelação; 2) se a sentença arbitral ou sua execu-

vos e constitutivos. Assim, também as sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro produzem os efeitos declarativos e constitutivos, independentemente de qualquer controle prévio e de qualquer procedimento judicial.

Esses exemplos demonstram que o sonho da sentença arbitral não é fruto apenas da imaginação. A idéia começa a se concretizar parcialmente em alguns direitos e é um dos modelos ideológicos da evolução da disciplina da arbitragem. Contudo, a marcha a ser cumprida para sua realização é ainda muito longa e difícil. Por esta razão, a possibilidade de potencializar o caráter transnacional da sentença arbitral é muito importante e todos os esforços nesse sentido devem ser considerados de maneira mais favorável. A sentença arbitral com nacionalidade plúrima é uma das oportunidades que temos para nos aproximar desse sonho, na expectativa de mais amplos progressos. Sendo aceita em mais do que um Estado como nacional, ela aproxima-se do modelo sonhado, embora em âmbito limitado do ponto de vista geográfico. Não se trata, portanto, apenas de instrumento útil, mas também de um dos meios com os quais a evolução do direito da arbitragem pode ser favorecida, guardando coerência com a vocação transnacional dessa forma de justiça.

ção for contrária à ordem publica, ou a lide não podia ser objeto de arbitragem; 3) se houver motivo de anulação previsto pelo art. 1.704)". O art. 1.704 prevê os motivos de anulação proponíveis mediante a impugnação cabível da sentença arbitral proferida na Bélgica. Dado que a Bélgica aplica a Convenção de Nova Iorque sob condição de reciprocidade, essa disciplina era a única a ser aplicada à sentença arbitral brasileira antes da adesão do Brasil aquela Convenção. Agora os motivos de rejeição do *exequatur* deveriam se tornar os previstos pela Convenção de Nova Iorque (mas resguardando-se a aplicação dos dispositivos nacionais mais favoráveis).