

Réquiem por um Regime Dualista para a Arbitragem Internacional na Itália? Reflexões sobre a Última Reforma *

Luca G. Radicati di Brozolo **

Tradução e Introdução de Eduardo Damiano Gonçalves *** e Ana Gerdau de Borja ****

RESUMO

Este artigo ...

ABSTRACT

This paper ...

Sumário

I. INTRODUÇÃO	2
II. ARBITRAGEM INTERNACIONAL NA ITÁLIA: IDA E VOLTA ENTRE MONISMO E DUALISMO.....	2
III. A ABOLIÇÃO DO REGIME ESPECIAL DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL SIGNIFICARIA UM PROGRESSO?	3
A. A JUSTIFICATIVA DE UMA DISCIPLINA AD HOC PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	4
B. OS RISCOS LIGADOS À DERROGAÇÃO DO REGIME ESPECIAL DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL.....	6
IV. AS IMPLICAÇÕES DA REFORMA DE 2006 PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL NA ITÁLIA.....	8

* Este trabalho foi destinado aos Estudos em honra de Ugo Draetta e constitui a reelaboração de uma palestra apresentada na Jornada de Estudos sobre *Arbitragem interna e internacional*, organizada pela Universidade de Lausanne, cuja versão original em francês nos Anais, coordenados por A. Bonomi e . Bochatay.

** Professor Titular de direito internacional privado da Universidade Católica de Milão, Sócio de Bonelli Erede Pappalardo – Studio Legale.

*** PhD e Mestrado (Universidade de São Paulo), DEA (Universidade de Paris II), Sócio fundador de BKBG Sociedade de Advogados.

**** PhD e LLM (Universidade de Cambridge), Advogada associada à BKBG Sociedade de Advogados.

A.	A EXCLUSÃO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL DO ESCOPO DA REFORMA	8
B.	O REGIME DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL DEPOIS DA REFORMA: A EXCEÇÃO DO REGIME DO JUÍZO RESCISÓRIO E SUA ADERÊNCIA À LÓGICA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	9
C.	A INJUSTIFICADA ABOLIÇÃO DE ALGUMAS NORMAS RELATIVAS À ARBITRAGEM INTERNACIONAL	11
V.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	14

I. INTRODUÇÃO

...

II. ARBITRAGEM INTERNACIONAL NA ITÁLIA: IDA E VOLTA ENTRE MONISMO E DUALISMO

O ritmo da reforma da arbitragem na Itália poderia levar a pensar que o legislador italiano tenha escolhido a arbitragem para demonstrar a sua própria adesão à doutrina trotskiana sobre a revolução permanente, ou ainda para tentar dissipar a fama de que a Itália seria um país fundamentalmente conservador, em especial, em matéria de direito. Em pouco mais de duas décadas, houve três reformas, sendo a primeira em 1983, a segunda, em 1994, e a última, em 2006.¹

No que tange à arbitragem internacional, diz-se que tal sucessão de regras corresponderia a três fases distintas:² a primeira fase é denominada “arcaica”, pois o direito italiano da arbitragem considerava apenas a arbitragem doméstica. Nesta fase, a arbitragem internacional chegava a ser vedada, o que mudou com a entrada em vigor da Convenção de Nova Iorque, consoante o Artigo 2 do Código de Processo Civil. Por sua vez, a segunda fase é caracterizada pelo reconhecimento expresso da arbitragem internacional, a qual foi objeto de um mini-regime de regras especiais, constante dos Artigos 832 a 838 do Código de Processo Civil, que derogavam parcialmente o regime da arbitragem doméstica. A terceira fase, que iniciou em 2006, derroga o regime da arbitragem internacional e prevê um regime unitário

¹ Sobre a reforma em geral, cf E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006. Quanto ao impacto da reforma sobre a arbitragem internacional, cf P. BERNARDINI, “Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia”, *Diritto del commercio internazionale*, 2006, p. 227 e sgts.; P. BERNARDINI, “L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006”, *Diritto del commercio internazionale*, 2009, p. 481 e sgts.; P. BIAVATI, “Arbitrato internazionale”, in CARPI Federico (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 393 e sgts.; A. BRIGUGLIO, “La dimensione transnazionale dell'arbitrato”, *Riv. dell'arb.*, 2005, p. 679 e sgts.

² E. RICCI, “La longue marche vers l'«internationalisation» du droit italien de l'arbitrage”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, 2006/2, p. 16 e sgts.

para a arbitragem doméstica e internacional, preservando uma regra apenas especificamente sobre arbitragem internacional.³

Em suma, passou-se de um regime “monista” puramente interno a um regime “dualista”, para logo após retornar-se ao monismo, mas, desta feita, a um monismo “internacionalizante” ou “internacionalizado”, um percurso considerado por alguns como prova da vitalidade, evolução e maturidade do direito italiano da arbitragem.

É importante contemplar tal evolução tendo em vista verificar o respectivo impacto na arbitragem na Itália. É bem possível que se chegue a conclusões distintas dependendo se se parte da perspectiva da arbitragem doméstica ou internacional.

III. A ABOLIÇÃO DO REGIME ESPECIAL DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL SIGNIFICARIA UM PROGRESSO?

De início, convém indagar sobre (i) a escolha do legislador italiano por um regime monista; e (ii) as vantagens e desvantagens do monismo e do dualismo. Naturalmente, este último tema tem sido objeto de amplo estudo e apresenta delimitações bem definidas.⁴

O monismo apresenta, a princípio, a vantagem da simplicidade. Isso evita, em especial, a necessidade de qualificar dois tipos de arbitragem – doméstica e internacional – para decidir sobre o âmbito de aplicação dos dois tipos de regime. A simplicidade é, por si só, uma virtude. Neste sentido, a jurisprudência italiana enfrentou dificuldades para reconhecer o caráter internacional da arbitragem (e, portanto, para aplicar o respectivo regime) no que tange a situações indiscutivelmente internacionais, demonstrando certa resistência em relação à possibilidade de subtrair do regime da arbitragem doméstica as arbitragens que apresentassem elementos internacionais.⁵

³ Isto é, o Artigo 830, o qual será comentado abaixo.

⁴ Cf, dentre os artigos mais recentes e, para um panorama amplo do assunto, MAYER, op.cit.; LALIVE, “Un faux problème; monisme ou dualisme dans la législation arbitrale?”, in *Mélanges en l'honneur de François Dessemonet*, Lausanne, 2009, p. 255 e sgts; PERRET, “Arbitrage interne et international: y a-t-il lieu de conserver la distinction?”, in *Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Bern, 2005, p. 55 e sgts; POUURET, “Présentation critique du projet de réglementation de l'arbitrage interne”, in *Le projet de Code de procédure civile fédérale*, Lausanne, 2008, pp. 237-240. Para um comentário geral sobre o tema, cf BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve alle leggi sull'arbitrato interno e internazionale*, Padova, 2010, p. 561 e sgte.

⁵ Cass., 27 luglio 2000, n. 13648, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 47; e SALVANESCHI, “Sulla nozione di arbitrato internazionale”, *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 19 e sgts; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale*, cit., p. 693.

Daí não há que se deduzir que, apesar dessa vantagem indiscutível, o regime monista seja a melhor solução, ou que o seja sempre.

A. *A justificativa de uma disciplina ad hoc para a arbitragem internacional*

À primeira vista, a idéia inspiradora da unificação dos dois regimes na Itália, e, portanto, da passagem ao monismo, poderia parecer divisível. Por um lado, poderia ter almejado abolir o regime especial da arbitragem internacional tendo em vista configurá-lo como uma “extensão tendenciosa” da arbitragem doméstica.⁶ Por outro, seu objetivo poderia ser justamente beneficiar a arbitragem doméstica com a influência liberalizante e modernizadora da reforma de 1993, a qual havia conferido à arbitragem internacional um progresso significativo no que atine à situação anterior, ainda que tal reforma fosse imperfeita e restringisse a arbitragem doméstica demasiadamente.

Trata-se de valorar, de um lado, se tal resultado foi alcançado e se tal era a melhor maneira, senão a única, de alcançá-lo, e, de outro, quais seriam as consequências do novo regime para a arbitragem internacional.

Para enfrentar este ponto, cumpre-se recordar a motivação original da distinção entre o regime da arbitragem doméstica e o regime da arbitragem internacional. A distinção intrínseca e fundamental entre os dois regimes diz respeito à presença ou ausência do caráter de internacionalidade.

Ao menos sob o ponto de vista prático, as relações puramente domésticas as quais constituem o objeto da arbitragem doméstica submetem-se, via de regra, apenas à jurisdição dos tribunais nacionais e gozam menos facilmente da possibilidade de subtraírem-se em relação ao único ordenamento jurídico em que estão inseridas. Entretanto, através da arbitragem, beneficiam-se de maior margem de autonomia quanto à determinação do direito material e processual aplicável à resolução da controvérsia. É bem verdade que, mesmo para tais relações domésticas, há boas razões para adotar uma perspectiva mais liberal e, portanto, reconhecer amplo espaço à autonomia privada em se tratando de mecanismos de solução de controvérsias e, especificamente, da arbitragem. Todavia, partindo-se de uma ótica tradicional segundo a qual o ordenamento jurídico e o processo civil refletiriam a soberania do estado e

⁶ À luz da própria terminologia do Artigo 1(3)(b) da *Legge delega* n.º 80/2005 que autorizava o governo a adotar um novo regime para a arbitragem (“*la soppressione del capo dedicato all’arbitrato internazionale, con tendenziale estensione delle relativa disciplina all’arbitrato interno, salvi gli opportuni adattamenti, con l’esclusione di quanto previsto dall’articolo 838 del codice di procedura civile*”). O texto da norma consta de FAZZALARI, *La riforma*, cit., p. 227 e sgts.

constituiriam um fenômeno “*omnicomprensivo*”, é compreensível que fossem hostis à idéia de admitir a derrogação de suas próprias normas. Não era, portanto, incongruente que, ao elaborar o regime da arbitragem, tal como um substituto de segunda ordem e de exceção à jurisdição estatal, os ordenamentos jurídicos adotassem um *approach* restritivo, replicando, em diversos aspectos, a disciplina de processo civil. Isso também, porque o reconhecimento de um regime mais favorável poderia ser considerado como fonte (i) de discriminação, à primeira vista, injustificada, entre situações submetidas à arbitragem e aquelas submetidas ao juiz nacional; e (ii) de uma elisão de regras de ordem pública nacional, o que não se justificaria necessariamente na hipótese de casos puramente domésticos.⁷

Distintamente da arbitragem doméstica, a qual diz respeito a relações ligadas a um único ordenamento jurídico, a arbitragem internacional apresenta como objeto relações e, portanto, controvérsias, que, por definição, dizem respeito a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos e que, por tal motivo, não concernem, do ponto de vista fático ou jurídico, ao monopólio jurídico de qualquer estado em particular, tanto no que tange a regras de direito material aplicáveis como também à jurisdição. Em outras palavras, em arbitragem internacional, há diversos ordenamentos nacionais os quais apresentam a vocação para regular as relações jurídica relevantes, muito embora nenhum deles possa clamar para si, de forma razoável, exclusividade.

A constatação dessa característica atinente às situações e relações internacionais é a razão pela qual, por muito tempo, em quase todos os ordenamentos, tais situações e relações foram tratadas de modo parcialmente distinto se comparadas às situações puramente domésticas, no sentido de se reconhecer às primeiras um maior grau de autonomia. Sob uma perspectiva moderna, isso pode ser visto como consequência da chamada “concorrência entre ordenamentos jurídicos.”⁸ Da constatação quanto à peculiaridade das situações internacionais advém, por exemplo, (i) a possibilidade de aplicar a elas uma lei estrangeira (conferindo assim hipoteticamente uma maior margem à autonomia privada se comparada àquela do

⁷ Para algumas reflexões sobre o mérito desta problemática cf RADICATI DI BROZOLO, “Mondialisation, jurisdiction, arbitrage : vers des lois d’application ‘semi-nécessaire’?”, in *Rev. critique de droit international privé*, 2003, p. 1 e sgts. (e em uma versão mais sintética in “Internazionalizzazione, giurisdizione e norme di applicazione necessaria”, in *L’internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale, Atti del VII Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale*, Napoli, 2003, p. 121 e sgts.

⁸ Sobre o ponto e para algumas referências cf RADICATI DI BROZOLO, “Arbitrage commercial international et lois de police: Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international”, in *Rec. des Cours de l’Académie de Droit international*, t. 315, 2006, em especial, p. 395 e sgts.

ordenamento jurídico do foro); (ii) o reconhecimento de um papel maior à autonomia das partes na determinação da lei aplicável e do foro; (iii) uma concepção diversa de ordem pública (considerando que a ordem pública “internacional” aplicável às relações internacionais é muito mais ampla do que a ordem pública doméstica), etc.

Sob esta perspectiva, justifica-se plenamente uma diferenciação entre os regimes da arbitragem doméstica e da arbitragem internacional. Em um momento histórico em que, pelos motivos apontados, a maior parte dos ordenamentos jurídicos não aceitava uma liberalização do direito da arbitragem doméstica, uma liberalização mais incisiva da arbitragem internacional pareceu uma solução razoável, em especial à luz (i) da concorrência entre ordenamentos jurídicos estrangeiros mais abertos (sendo o acesso a tais ordenamentos possível através da Convenção de Nova Iorque de 1958); e (ii) da exigência das partes em relações comerciais internacionais, as quais estariam em vantagem em relação a outras partes sujeitas a regimes mais restritivos.⁹ A percepção de tais circunstâncias (como é o caso do país que primeiro liberalizou a arbitragem internacional, ou seja, a França) levou à erosão progressiva da parte da jurisprudência no sentido da aplicação do regime da arbitragem doméstica à arbitragem internacional. Isso aconteceu mesmo antes de o legislador prever um regime autônomo aplicável à arbitragem internacional.

B. Os riscos ligados à derrogação do regime especial da arbitragem internacional

Com o tempo verificou-se, mesmo na Itália, uma progressiva aceitação e reconhecimento da importância da autonomia privada também em nível doméstico, tanto quanto ao regime de direito material como ao regime da arbitragem. Com o decurso dos anos, a arbitragem doméstica passou a conceder maior margem de disciplina para as partes. Ao longo desta evolução, a arbitragem doméstica aprendeu muito com a arbitragem internacional. Neste sentido, a convergência entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional poderia parecer justificar (em especial para o legislador italiano) uma equiparação entre as duas a ponto de eliminar quaisquer distinções entre elas.

Naturalmente, pelos motivos mencionados, a justificativa da liberdade, e, portanto, da esfera de autonomia das partes é sempre maior no contexto internacional do que no contexto puramente doméstico.

A sobreposição do regime da arbitragem doméstica com o da arbitragem internacional apresenta, todavia, um risco. Se a disciplina é única, a aplicação da normativa poderia induzir

⁹ Cf RADICATI DI BROZOLO, *op. ult. cit.*, p. 269 e sgts.

a uma interpretação restritiva da margem de autonomia privada – o que poderia se justificar em se tratando de relações jurídicas domésticas e da arbitragem doméstica – na hipótese de aplicação das mesmas regras à arbitragem internacional. Neste caso, todavia, a aplicação restritiva não se justifica, haja vista a maior autonomia privada nas relações internacionais e as práticas geralmente reconhecidas na arbitragem internacional, as quais não coincidem necessariamente, ou mesmo se assemelham àquelas da arbitragem doméstica.¹⁰

Em outras palavras, a arbitragem internacional e a arbitragem doméstica podem se influenciar reciprocamente. Até hoje a tendência que prevalece é a de que a arbitragem internacional tem influenciado positivamente a arbitragem doméstica. Entretanto, tal não é necessariamente sempre o caso. A abolição da distinção entre os regimes pode ter o efeito oposto: além de favorecer a propagação da arbitragem doméstica à luz da tensão liberalizadora que caracteriza a arbitragem internacional, não é inconcebível que, ao diminuir a particularidade de um e outro regime, influencie-se negativamente a arbitragem internacional, no sentido de que se deixe permear por uma concepção restritiva inspirada em exigências ou concessões de caráter doméstico.

Pelo contrário, uma distinção entre o regime da arbitragem doméstica e da arbitragem internacional consiste em evidenciar as distinções entre as duas situações, não apenas no que tange à peculiaridade da arbitragem internacional, favorecendo assim um *approach* mais liberal da arbitragem internacional, em especial no que toca à aplicação e interpretação das regras por parte dos juízes nacionais.

Evidentemente, o risco de uma interpretação restritiva das margens de liberdade na arbitragem internacional, em consequência da equiparação das duas situações, dependerá em grande parte do nível de liberdade e autonomia privada reconhecido por cada ordenamento jurídico. Portanto, em ordenamentos jurídicos de raízes liberais a osmose entre os dois regimes poderá, sem dúvida, contribuir para uma liberalização do modo em que são tratadas situações domésticas, bem como contribuir para uma tendência mais restritiva na interpretação das normas em casos internacionais. Já em ordenamentos cujo perfil é menos liberal e de maior reflexo estatista, a situação pode ser diversa. As implicações da unificação

¹⁰ Esta noção foi formalmente afirmada pelo tribunal arbitral em *ICSID Saipem v The People's Republic of Bangladesh* no laudo de junho de 2009, Caso No. ARB/05/7, *cf* RADICATI DI BROZOLO, "Interference by national courts with international arbitration: the situation after *Saipem v Bangladesh*", in MÜLLER e RIGOZZI, *New Developments in International Commercial Arbitration 2009*, Zürich, 2009, p. 1 e sgts.

do regime da arbitragem devem ser avaliadas à luz das tradições e tendências culturais inerentes a cada ordenamento jurídico.

Retornando ao caso específico da Itália, não há dúvidas de que, ao partir de uma posição bastante conservadora, o ordenamento deste país – seja em nível de legislação, seja em nível de interpretação dos juízes nacionais — deu passos muito significativos no sentido da modernização do *approach* dado à arbitragem. Nada obstante, ainda não é possível afirmar que se tenha chegado ao fim do caminho e que a aceitação da oportunidade de evolução da arbitragem em senso plenamente liberal esteja consolidada em todos os níveis como uma alternativa autêntica e integral ao recurso à justiça estatal.

IV. AS IMPLICAÇÕES DA REFORMA DE 2006 PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL NA ITÁLIA

À luz desta premissa de ordem geral, passa-se à análise concreta de quais seriam as implicações da reforma do regime da arbitragem introduzida através da reforma de 2006, dando especial atenção ao regime da arbitragem internacional.

A. *A exclusão da arbitragem internacional do escopo da reforma*

O legislador italiano não resistiu à tentação de seguir a tendência de unificação dos dois regimes de arbitragem. Conforme mencionamos acima, a idéia inspiradora da reforma era, em princípio, boa, uma vez que o objetivo era a liberalização, haja vista a reforma anterior de 1994. E foi com este espírito que se decidiu estender o regime da arbitragem internacional à arbitragem doméstica. Neste sentido, a reforma de 2006 consistiu (i) na derrogação de sete Artigos (832 a 838 do Código de Processo Civil), os quais disciplinavam a arbitragem internacional; (ii) na derrogação parcial de disposições aplicáveis à arbitragem doméstica, as quais permaneciam aplicáveis também à arbitragem internacional desde que não houvesse derrogação expressa; e (iii) na modificação de várias outras disposições aplicáveis indistintamente aos dois tipos de arbitragem, objetivando torná-las mais modernas e liberais.

Do ponto de vista da arbitragem doméstica, a reforma foi absolutamente positiva, vez que introduziu diversos elementos de inovação e liberalização.¹¹ Uma das consequências mais evidentes da extensão do regime da arbitragem internacional é, provavelmente, a eliminação

¹¹ Por exemplo, o reconhecimento expresso da arbitrabilidade de controvérsias em matéria extracontratual (Artigo 808-*bis*), o princípio da interpretação ampla da cláusula arbitral (Artigo 808-*quater*), e o princípio *compétence-compétence* (Artigo 817), a exceção de compensação (Artigo 817-*bis*). Para um panorama amplo do assunto, cf FAZZALARI (a cura di), *op. cit.*

do controle, por parte do juiz da anulação, sobre a aplicação de regras de direito pelos árbitros, o que resta possível apenas se as partes expressamente dispuserem neste sentido (Artigo 829(3), o qual estende a solução do antigo Artigo 838 para a arbitragem internacional). Trata-se de uma inovação fundamental que, ao eliminar de modo quase definitivo a possibilidade do juiz nacional de reexaminar o mérito da decisão arbitral, a qual ainda é possível sob o fundamento da ordem pública, contribui ao esclarecer que a arbitragem constitui um procedimento de resolução de controvérsias plenamente alternativo ao recurso ao judiciário e cujo resultado, o laudo arbitral, deve ser totalmente equivalente à sentença judicial.¹² Ainda assim, indaga-se se poder-se-ia ter feito mais pela arbitragem doméstica.¹³

No que concerne à arbitragem internacional, o legislador italiano não se preocupou com ela, partindo do pressuposto de que era a arbitragem doméstica que deveria se adequar à arbitragem internacional, já que esta seria superior à primeira. Isso se deve ao fato de o legislador considerar já ter feito muito pela arbitragem internacional na reforma de 1994 e que, portanto, não precisava se preocupar mais com ela, devendo focar apenas na modernização da arbitragem doméstica. A reforma de 2006 enfocou, portanto, na arbitragem doméstica, sendo que especialistas em arbitragem internacional não chegaram a ser consultados nos trabalhos preparatórios da reforma. Ainda menos referência foi feita a modelos estrangeiros sobre arbitragem internacional, tampouco à Lei Modelo da UNCITRAL. É muito provável que, tendo os italianos inventado o direito com os Romanos, não se poderia conceber relevar um texto cuja função era justamente “ensinar arbitragem a bárbaros”.

B. O regime da arbitragem internacional depois da reforma: a exceção do regime do juízo rescisório e sua aderência à lógica da arbitragem internacional

Com a derrogação do regime especial da arbitragem internacional, todos os tribunais arbitrais com sede na Itália parecem estar submetidos ao mesmo regime.

O legislador deixou subsistir uma única diferença, relativa às consequências da anulação do laudo arbitral. Segundo a regra geral do Artigo 830(2) do Código de Processo Civil, mesmo quando a anulação ocorre por razões desconectadas da nulidade ou inexistência da convenção arbitral, a competência para decidir em via rescisória sobre o mérito da controvérsia queda com o Tribunal de Apelação (Corte d'Appello), salvo se as partes

¹² O único mecanismo de controle que continua possível é aquele atinente a elementos específicos de uma patologia da arbitragem (por exemplo, a ausência de consentimento em submeter a disputa à arbitragem, os vícios relativos aos árbitros, e assim por diante).

¹³ Cf, todavia, as obras citadas *supra* à nota de rodapé 1 [conferir].

dispuserem do contrário. Tal princípio já não se aplica no caso da arbitragem internacional, uma vez que o poder do Tribunal de Apelação de decidir sobre o mérito da disputa em sede de rescisória subsiste apenas se previsto expressamente na cláusula compromissória ou convenção pelas partes posteriormente. Sobre este ponto – que é o único – o legislador manteve um regime mais favorável à arbitragem internacional, confirmando a solução que já vigia conforme o antigo Artigo 838 do Código de Processo Civil.

Sem entrar no mérito da conveniência de manter ou não o princípio da competência do juiz estatal em sede de rescisória na arbitragem doméstica – o que certamente não foi inspirado no princípio *favor arbitrandum* – o legislador lembrou-se pelo menos de que adotar a mesma solução para a arbitragem internacional seria realmente excessivo e profundamente contrário a toda a lógica da arbitragem internacional. Em especial no contexto internacional, a motivação principal do recurso à arbitragem é subtrair totalmente a decisão da controvérsia do juiz nacional. Isso responde à preocupação evidente de manter a neutralidade do julgador em relação às partes, sobretudo quando o juiz nacional que teria competência para dirimir eventual controvérsia teria nacionalidade de uma das partes. Em todo o caso, o juízo estatal é visto como menos adequado para resolver controvérsias internacionais, por ser intimamente ligado ao próprio ordenamento jurídico cujas regras processuais e língua adota. Regras processuais nacionais normalmente são pouco flexíveis e incapazes de acomodar tradições culturais e jurídicas de partes que participam tipicamente da arbitragem, além de exigir a participação de advogados locais. Outrossim, comumente pode faltar ao juiz estatal conhecimento específico necessário para a solução de problemas técnicos e jurídicos. A tomada de consciência dessas exigências não tão relevantes para a arbitragem doméstica levaram à redução progressiva da intervenção do juiz nacional na arbitragem internacional, em especial através da exclusão do controle sobre o erro de direito, o qual constituía um modo de permitir o controle estatal sobre a arbitragem.

A exclusão da competência rescisória do juiz estatal, especialmente na arbitragem internacional, era verdadeiramente obrigatória, haja vista o respeito da escolha da arbitragem e expectativas das partes que justamente almejam evitar que um juiz estatal decida a controvérsia. Ir-se-ia contra tal escolha e expectativas se, na hipótese de anulação de um laudo sob fundamento outro que não o consentimento das partes, o mérito da controvérsia fosse novamente submetido à decisão pelo juiz estatal, e, na hipótese de anulação parcial, à decisão parcial pelo juiz estatal.

Neste sentido, observe-se que o novo regime regrediu, já que o critério de classificação da arbitragem como “internacional”, a qual goza da derrogação do regime ordinário quanto ao juízo rescisório, é que envolva partes cuja residência ou sede situe-se no exterior no momento da assinatura da cláusula compromissória. Anteriormente, tal critério era associado a contratos cuja parte relevante das prestações fosse cumprida no exterior (antigo Artigo 832 do Código de Processo Civil), um critério já mais restritivo se comparado àqueles adotados em outros ordenamentos jurídicos.¹⁴

C. *A injustificada abolição de algumas normas relativas à arbitragem internacional*

Passamos agora ao exame de algumas das principais implicações concretas da reforma de 2006 para a arbitragem internacional, e, em especial, a equiparação do regime da arbitragem internacional ao regime da arbitragem doméstica.¹⁵

A implicação mais evidente diz respeito provavelmente à exclusão da regra de conflito de leis do antigo Artigo 834 do Código de Processo Civil. Tal artigo continha uma regra de conflito aplicável especificamente à arbitragem internacional, segundo a qual os árbitros deveriam aplicar ao mérito da controvérsia a lei escolhida pelas partes e, na ausência de escolha, a lei que tivesse relação mais estreita com a controvérsia.

O Artigo 834 era uma norma bem redigida e perfeitamente compatível com as regras nacionais de conflito mais modernas e equilibradas aplicáveis à arbitragem, como também com as regras contidas em regulamentos de arbitragem. Isso permitia aos árbitros a aplicação de “regras de direito”, como também a aplicação de regras não estatais, caso fossem designadas aplicáveis pelas partes; na hipótese de ausência de escolha pelas partes, por outro lado, os árbitros poderiam aplicar apenas regras estatais. Tal norma de conflito se aplicava a todas as situações em que os árbitros devessem identificar uma lei aplicável a questões de mérito e, portanto, não apenas ao contrato relevante.

No ímpeto de unificar o regime da arbitragem internacional e da arbitragem doméstica, o legislador parece ter olvidado do problema do conflito de leis, uma vez que se trata indiscutivelmente de um problema que, por definição, exigiria um dispositivo especial para a arbitragem internacional, a qual, diferentemente da arbitragem doméstica, suscita problemas

¹⁴ Cf BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 562 e sgts.

¹⁵ Para uma discussão aprofundada sobre os problemas tratados na reforma, cf as obras citadas *supra* na nota de rodapé 1 [conferir].

de determinação da lei e regras aplicáveis. De fato, o conflito de leis é inerente à arbitragem internacional.

Alguns comentaristas benévolos têm afirmado que tal esquecimento não deveria criar problemas, visto que seriam aplicáveis regras de conflito de leis da União Européia, tal como o Regulamento CE 593/2008 “Roma I” sobre a lei aplicável aos contratos, as quais redundariam no mesmo resultado.¹⁶ Trata-se, todavia, de uma valoração que ignora inteiramente o debate sobre o tema da lei aplicável ao mérito da arbitragem internacional, o qual tende a excluir a aplicação à arbitragem de regras de conflito as quais vinculam juízes estatais.¹⁷ Tais regras poderiam colocar em dúvida a faculdade de um tribunal arbitral sediado na Itália aplicar regras de direito não estatais, o que, em arbitragem internacional, é, por unanimidade, possível.¹⁸ Não é por acaso que a normativa estrangeira, inclusive aquelas de inspiração monista, contenham habitualmente uma regra de conflito específica para a arbitragem.¹⁹ A derrogação da norma – seja intencional ou fruto de uma distração culposa – foi, com razão, criticada por especialistas da arbitragem internacional.²⁰

Outra vítima da derrogação do regime especial da arbitragem internacional é o dispositivo (o antigo Artigo 833 do Código de Processo Civil) que tornava inaplicável à arbitragem internacional a exigência de dupla assinatura em cláusulas compromissórias inseridas em condições gerais de contrato, conforme os Artigos 1341 e 1342 do Código Civil. Neste sentido, o Artigo 833 era um avanço. Antes da introdução do Artigo 833, a aplicação dessa exigência – totalmente fora de lugar em tema de arbitragem internacional – tinha dado lugar a inúmeras discussões, como também a esforços notáveis de fantasia hermenêutica tendo em vista evitar sua aplicação. A reforma de 2006 suscita indagações a respeito. Ainda

¹⁶ RICCI, *La longue marche*, cit., p. 17, segundo o qual a autonomia das partes característica na arbitragem permite a elas escolher a lei aplicável também no que diz respeito a matéria não contratual; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale*, cit., p. 681 e sgts. o qual se limita a sustentar que a derrogação da conexão subsidiária (a lei da relação mais estreita) comporta um regresso em termos de “denazionalizzazione” ou “deslocalização” mas uma vitória em termos de certeza e previsibilidade jurídicas.

¹⁷ V. POUURET e BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, § 676 e sgts.

¹⁸ Considerando que o Regulamento (CE) 593/2008 (Roma I), em seu Considerando 13, admite exclusivamente a simples incorporação de normas de origem não estatal e, não, a sua aplicação a título de lei aplicável. De resto, também o problema substancial acerca da aplicabilidade de tal Regulamento à arbitragem é totalmente ignorado.

¹⁹ Por exemplo, o Artigo 46 do *Arbitration Act* de 1996 da Inglaterra.

²⁰ Cf BERNARDINI, *Ancora una riforma*, cit., 244 e sgte; ID., *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 486; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit, p. 427 e sgts.

que pareça razoável concluir – como se fazia antes da reforma de 1994²¹ – que a exigência de dupla assinatura era inaplicável à arbitragem internacional, em virtude de ser incompatível com o Artigo II da Convenção de Nova Iorque de 1958, certamente não é um desenvolvimento positivo a reabertura de um debate que parecia já estar encerrado; os riscos de regressão não estão, entretanto, descartados. Mais uma vez, uma maior reflexão por parte do legislador sobre os problemas da arbitragem internacional não teria sido de todo má.

Regrediu-se também em relação ao regime de recusa de árbitros. É bem verdade que tal regime havia sido aprimorado pela arbitragem doméstica, ainda que remanescesse largamente insuficiente.²² Todavia, a derrogação da norma que autorizava derrogar completamente do regime de direito comum na arbitragem internacional (não apenas no que tange aos motivos da recusa como também autorizando a escolha de um procedimento especial, tal como aquele previsto em regulamentos de arbitragem) é suscetível de provocar problemas e surpresas, sobretudo no caso da arbitragem *ad hoc*.²³

A reforma igualmente eliminou a possibilidade de os árbitros deliberarem em vídeo-conferência (tal possibilidade estava prevista no antigo Artigo 837 para a arbitragem internacional), salvo em caso de arbitragem institucional.²⁴

Quanto às causas de anulação do laudo arbitral, a equiparação dos dois regimes sem dúvida resultou no aprimoramento da arbitragem doméstica, vez que foi extinto o controle sobre *errores in iudicando*, salvo se as partes dispuserem do contrário, o que, como já foi dito acima, constitui um fator central de reconhecimento da especificidade da arbitragem e da atuação da escolha das partes em favor da arbitragem. Por outro lado, para a arbitragem internacional a equiparação gerou um retrocesso, visto que introduziu a nulidade fundada na revogação ou oposição de terceiro na arbitragem internacional, o que, por força do antigo

²¹ Cf BERNARDINI, *Ancora una riforma*, cit., 230 e sgte; ID., *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 484 e sgte; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 459 e sgts.

²² Com efeito, o Artigo 815 do Código de Processo Civil elenca taxativamente seis motivos para a recusa que, se interpretados restritivamente, poderiam tornar difícil a recusa em muitos casos que, pelo contrário, justificariam, sobretudo no ambiente internacional em que a noção de conflito de interesse e independência dos árbitros são consideradas frequentemente mais sérias do que na Itália. Particularmente difícil parece a transposição da noção de “*commensale abituale*” ou “comensal habitual” usada no dispositivo do Código no contexto moderno, em que os conflitos em potencial mais frequentes são aqueles que envolvem profissionais estudiosos do direito internacional, os quais, dificilmente, seriam censuráveis com base no antiquado critério do Código. Muito melhor seria uma fórmula geral sobre a falta de independência.

²³ Cf BERNARDINI, *Ancora una riforma*, cit., p. 232 e sgte; ID., *L'arbitrato internazionale*, p. 484 sgte; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 460 e sgts.

²⁴ Cf BERNARDINI, *Ancora una riforma*, cit., 245 e sgte.

Artigo 830 do Código de Processo Civil, não se aplicava. Tal retrocesso soma-se aos problemas que derivam do número e complexidade das causas de anulação (dentre as quais, a contradição da motivação do tribunal arbitral), em clara contraposição ao elenco das causas de anulação da Lei Modelo da UNCITRAL. Essas causas de anulação da Lei Modelo correspondem àquelas de recusa do reconhecimento e execução do laudo arbitral constantes do Artigo V da Convenção de Nova Iorque, o qual é hoje considerado por muitos o paradigma internacional em tema de causas de anulação de laudos arbitrais.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador italiano errou, portanto, ao abolir *sic et simpliciter* os dispositivos sobre a arbitragem internacional (Artigos 832 a 838 do Código de Processo Civil). Tal constatação não significa a condenação total da reforma de 2006. A reforma apresenta inovações importantes que certamente contribuem para o avanço da arbitragem na Itália. Dentre as numerosas contribuições satisfatórias da reforma mencione-se o reconhecimento do princípio *Kompetenz-Kompetenz* (Artigo 817(1) e Artigo 819 ter (3)), bem como a impossibilidade de suspensão do procedimento arbitral na hipótese de alegação de não-arbitrabilidade de uma questão preliminar (Artigo 819 do Código de Processo Civil). Essas contribuições beneficiam a arbitragem internacional, uma vez que esta, mesmo antes da reforma, convivia, em grande parte, com o regime da arbitragem doméstica, o qual se aplicava exceto se expressamente derogado pelo antigo Artigo 832 e seguintes.

Por outro lado, a arbitragem internacional padece de certos aspectos insatisfatórios da regulamentação unitária. Dentre eles²⁵ há que se mencionar a proibição aos árbitros de adotarem medidas cautelares, conforme disposto no Artigo 818 do Código de Processo Civil; esta norma não está clara na hipótese de as partes conferirem aos árbitros competência para adotar medidas cautelares.²⁶

²⁵ Dentre as inovações indiscutíveis, mencione-se o Artigo 832 do Código de Processo Civil, que estabelece que "*istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi*". Tomada ao pé da letra, tal disposição poderia impedir a nomeação de árbitros por câmaras de comércio (a própria ICC conta com empresas entre seus associados e nomeia árbitros em arbitragens que as contrapõem). Também discutível a regra do Artigo 816-*septies*, o qual poderia tolher a obrigatoriedade da convenção arbitral, se as partes não preverem o adiantamento das custas nos termos fixados pelos árbitros, uma vez que tal regra certamente se presta a manobras de má-fé.

²⁶ É possível, outrossim, questionar-se se a norma se aplica a medidas cautelares executáveis no exterior ou mesmo a medidas a serem executadas na Itália mesmo sendo adotadas por um tribunal arbitral estrangeiro. Cf CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, p. 272 e sgts.

Com a última reforma, o regime da arbitragem internacional na Itália deu, portanto, um passo em frente, no sentido de que houve indiscutíveis aprimoramentos no que tange ao regime geral. Todavia, também deu um passo para trás. É difícil dizer se o comprimento desses passos é igual ou se o saldo seja, ao menos, parcialmente, positivo.

Com efeito, nem todos os doutrinadores concordaram sobre o assunto. Alguns tentam minimizar o impacto de elementos de retrocesso para a arbitragem internacional, e, assim, não logram êxito ao sustentar que a reforma foi um sucesso na Itália, devendo admitir que há espaço para aperfeiçoamento e que seria o caso de aperfeiçoar o regime.²⁷ Outros são bastante críticos e enfatizam que a reforma faltou quanto ao objetivo de introduzir uma verdadeira modernização inspirada em sistemas estrangeiros, chegando a duvidar que partes bem orientadas decidam fixar a sede da arbitragem na Itália.²⁸

Esta última opinião é talvez um pouco extrema, visto que a arbitragem na Itália tem indubitavelmente progredido e que está se firmando uma cultura de arbitragem internacional no país. Todavia, é certo que a quase total, inexplicável e culposa falta de consideração pela arbitragem internacional por parte do legislador da última reforma surpreende e não ajuda a causa da arbitragem internacional na Itália. O legislador parece ter esquecido completamente da importância da dimensão internacional e não ter se preocupado com o posicionamento da Itália no âmbito da arbitragem internacional. Além disso, o legislador não fez o mínimo esforço para tornar a Itália uma sede mais atraente para as arbitragens internacionais, tendo em vista combater o preconceito existente em certos meios, malgrado os esforços importantes de algumas instituições.²⁹ Tal posicionamento é totalmente diverso daquele de legisladores e juízes de países os quais a Itália ambiciona ter como referência, que têm em mente de forma clara a concorrência entre diversas sedes de arbitragem, bem como o interesse das próprias empresas, quando se trata de formular e interpretar as normas em matéria de arbitragem.³⁰

²⁷ RICCI, *La longue marche*, cit., p. 17; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale*, cit., p. 680.

²⁸ BERNARDINI, *Ancora una riforma*, cit., p. 254; BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia*, cit., p. 491 ss.; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 462. Também neste sentido, cf BENEDETTELLI, RADICATI DI BROZOLO, *Introduzione alla Parte II, Arbitrato internazionale*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 535-536, § VIII.

²⁹ Refere-se, em primeiro lugar, à *Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano*, a qual soube obter uma posição de relevo no panorama das instituições arbitrais internacionais. Sobre o tema da arbitragem, a Câmara tem inovado e aperfeiçoando o próprio regulamento, através da revisão do Artigo 3 sobre regras aplicáveis ao mérito da controvérsia.

³⁰ Cf por exemplo, House of Lords, *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA* [2005] UKHL 43 (30 de junho de 2005).

Nesta perspectiva, considero que a mera derrogação do regime dualista na Itália foi um erro. Neste país, o *favor arbitrandum*, e, mais amplamente, a abertura para um *approach* liberal e respeitoso da autonomia das partes ainda é frágil. Muito frequentemente, a jurisprudência e doutrina tendem a ignorar o progresso da arbitragem em nível internacional e a isolar-se através de discussões teóricas muito distantes do âmago dos problemas e exigências da prática.³¹ A tendência de não perceber o sentido e o espírito da arbitragem chega ao ponto de não raramente se externarem opiniões segundo as quais o recurso a determinadas práticas processuais amplamente admitidas e típicas da arbitragem internacional – tal como *witness statements* e a *cross-examination* – sejam vetadas na arbitragem com sede na Itália, por contrariarem normas imperativas ou de ordem pública.³² É óbvio que tal idéia é totalmente desprovida de fundamento, até mesmo para a arbitragem doméstica, haja vista a existência do princípio da autonomia processual codificado pelo Artigo 816 *bis* do Código de Processo Civil, e considerando que tal idéia não é, por sorte, seguida pela jurisprudência.³³ Todavia, o fato de tal idéia ser externada frequentemente indica a persistência de uma atitude inidônea em relação à evolução da arbitragem.

A manutenção de um regime *ad hoc* para a arbitragem internacional teria permitido ressaltar a necessidade de resguardar uma maior flexibilidade para este tipo de arbitragem e reduzir o risco de regressão oriundo da aplicação à arbitragem internacional do regime unificado que pode resultar no alinhamento dos dois regimes e fazer prevalecer o regime mais conservador ou menos liberal. A ausência de qualquer distinção entre os dois regimes pode chegar a, por exemplo, levar a uma volta da confusão da aplicação da noção de ordem pública em sede de anulação do laudo (Artigo 829(3) do Código de Processo Civil), pois pode induzir a crer que tal noção seja a mesma tanto para a arbitragem doméstica como para a arbitragem

³¹ O protótipo deste debate a respeito de problemas reais é aquele sobre a natureza do laudo arbitral (cf BERNARDINI, *Ancora una riforma*, cit., p. 245 e sgts., com mais referências). Outro exemplo da impressão arcaica que caracteriza o debate italiano sobre a matéria é a *arbitrato irrituale*, instituto que é difícil de compreender à luz do fato de que a arbitragem normalmente está desvinculada da necessidade de respeitar formalismos tradicionais de processo civil, mas que, com uma perspectiva verdadeiramente retrógrada e autárquica, o legislador teve vontade de codificar na última reforma (Artigo 808 *ter*), dando-lhe nova vida em vez de deixar que caísse no esquecimento.

³² Para considerações sobre a inadequação das normas processuais italianas em matéria de prova testemunhal em relação à metodologia anglo-saxã da *cross-examination* até mesmo no processo civil, cf TARUFFO, *Prova testimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, p. 753 e ID., *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 80 e sgts.

³³ A jurisprudência italiana está hoje firmada no sentido de circunscrever limites rígidos para a possibilidade de impugnação do laudo por violação ao contraditório (e.g. Cass. 14 de fevereiro de 2000, n. 1608 e Cass. 8 de abril de 2004, n. 6950) e ao considerar que a valoração da prova por parte da arbitragem foge ao poder de revisão do juiz (e.g. App. Milano, 22 dicembre 2009, *Pluvalor v. Alstom Ferroviaria*).

internacional.³⁴ Trata-se obviamente de uma idéia profundamente errônea, já que é óbvio que esta última – como sempre quando se trata de relações transnacionais – coloca em jogo apenas a ordem pública internacional, compreendida como composta apenas de valores fundamentais do ordenamento jurídico do foro, e não, a ordem pública interna. O recurso a uma ou a outra se justifica pelos motivos explicados no início deste artigo e ligados a diversos interesses em jogo em cada tipo de situação.³⁵

Ademais, é evidente que a manutenção de um regime específico para a arbitragem internacional não impediria a extensão a esta última das inovações positivas da arbitragem doméstica. É bem verdade que a extensão a esta última de algumas normas que se aplicavam apenas à arbitragem internacional teria esvaziado bastante o conteúdo do Capítulo dedicado à normativa internacional. Se se pudesse imaginar, alternativamente, a introdução no corpo da regulamentação unificada algumas disposições específicas para a arbitragem internacional, conforme a solução adotada em numerosas legislações as quais adotaram um *approach* aparentemente monista,³⁶ as quais o próprio legislador italiano adotou apenas em relação ao juízo rescisório. Isto teria demandado um esforço maior do legislador, obrigando-o a refletir especificamente sobre os problemas da arbitragem internacional, os quais, infelizmente, não estiveram dentre suas prioridades.

Resta apenas desejar que os temores impressos nestas páginas revelem-se demasiado pessimistas. E, portanto, importante que todos aqueles que venham a aplicar o novo regime da arbitragem – em primeiro lugar, os juízes – estejam bem cientes da peculiaridade da arbitragem internacional e das exigências de flexibilidade que a caracterizam. Mesmo na ausência de distinção entre os dois regimes e apesar das imperfeições do atual regime monista, tal posicionamento poderia resultar em interpretações que levariam em conta de modo adequado (i) a autonomia das partes; e (ii) o respeito da especificidade da arbitragem internacional. Uma interpretação moderna e aberta das regras aplicáveis por parte dos juízes italianos, a exemplo do que fazem seus pares no exterior, contribuiria para a harmonização e liberalização deste instrumento e reduziria as preocupações sobre a conveniência da escolha da sede da arbitragem na Itália o que continua – nem sempre com razão – a serem expressas.

³⁴ Naquele sentido, aparentemente MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, p. 276. Para um posicionamento mais correto *cf v.* BIAVATI, *op. cit.*, p. 469 e sgts.

³⁵ Sobre a noção de ordem pública internacional, *cf* MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato privato e processuale*, I, Torino, 2010, p. 246 e sgts.

³⁶ J.-C. FERNANDEZ-ROSAS, *La réglementation unitaire en Espagne*, in A. Bonomi e D. Bochatay (a cura di) *Arbitrage interne et international*, Losanna, [em vias de publicação].

Não tendo o legislador italiano aproveitado a oportunidade da reforma para modernizar a arbitragem internacional, espera-se dos juízes que exerçam um papel supletivo. Alguns juízes italianos já demonstraram bem conhecer as exigências da arbitragem.³⁷

Não seriam facilmente compreensíveis as vantagens de um *approach* interpretativo que se mantivesse distante da prática dos países com os quais a Itália mantém relações mais estreitas e com os quais intenciona confrontar-se. O único resultado concreto seria a penalização da Itália tal como sede da arbitragem. Ademais, um posicionamento restritivo não poderia fazer prevalecer as restrições que interessassem a Itália, quando fosse oportuno e justificado. Destarte, em virtude da Convenção de Nova Iorque, as partes estão livres para colocar a sede da arbitragem no país cuja legislação e prática interpretativa seja mais favorável à arbitragem e cujos laudos obriguem igualmente as partes italianas e sejam reconhecidos na Itália. As partes certamente acompanharão de perto os desenvolvimentos futuros e não de considerá-los ao fazerem suas escolhas.

³⁷ Cf, por exemplo, Corte d'Appello di Firenze, 21 de março de 2006, *Nuovo Pignone v Schlumberger*, e Corte d'appello di Milano, 15 de julho de 2006, *Tensacciai v Terra Armata*, *Rivista dell'arbitrato*, 2006, p. 741 e sgts. e L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, *ibid.*, p. 629.