

ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Estudo comparativo entre o sistema jurídico da Província do Québec (Canadá) e o novo direito brasileiro da arbitragem

Lauro da Gama e Souza Jr.*

Professor de Direito Internacional Privado da PUC-RIO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO

A globalização das relações comerciais internacionais e a preocupação dos Estados nacionais em oferecer meios alternativos de solução de conflitos nessa área provocaram, nas últimas duas décadas, a elaboração de legislações favoráveis à arbitragem. Os países da América do Sul, desde fins do século XIX, vinham se mostrando refratários à arbitragem privada, privilegiando o monopólio estatal da resolução de litígios em matéria comercial. O Brasil é um dos primeiros países do Cone Sul a editar moderna lei sobre arbitragem, ratificando, ao mesmo tempo, a Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional, que trata da validade da convenção arbitral e do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Nesse passo, tendo em vista as transformações havidas no direito da Província do Québec (Canadá), há aproximadamente dez anos, e igualmente o caráter internacional das fontes inspiradoras dessas transformações, uma comparação entre o direito brasileiro e esse direito canadense da arbitragem foi empreendida, considerando aspectos fundamentais da matéria, a saber: a definição do caráter internacional e comercial da arbitragem; a possibilidade de afastamento da jurisdição estatal pela convenção de arbitragem, a intervenção judicial no procedimento arbitral; a lei aplicável à convenção de arbitragem, à substância do litígio e ao procedimento arbitral; os meios de ataque à sentença arbitral; e o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

(*) Este artigo, escrito originalmente em francês, é fruto de pesquisa levada a cabo entre janeiro e fevereiro de 1997 na Faculdade de Direito da Universidade de Montreal, Canadá, sob a orientação do Professor Jeffrey A. Talpis, titular da cadeira de Direito Internacional Privado. Quanto à elaboração original do texto, o autor agradece à advogada Anne-Catherine Brunschwig pela revisão gramatical e pelas sugestões de estilo. A tradução do texto para o português é de responsabilidade exclusiva do autor.

1. INTRODUÇÃO

A evolução e a consolidação da arbitragem como meio natural de solução dos litígios emergentes das relações do comércio internacional tornaram-se moeda corrente no discurso jurídico contemporâneo.¹ Doutrina e jurisprudência afirmam, sem hesitação, que a arbitragem comercial internacional, tendo em vista suas características peculiares, oferece um quadro jurídico mais flexível e apropriado à apreciação e à solução das controvérsias originadas das relações comerciais internacionais que os sistemas judiciais estatais. A base contratual da arbitragem permite às partes, contrariamente ao que ocorre no processo judicial, controlar vários aspectos do procedimento, como a nomeação dos árbitros e a escolha da lei aplicável ao procedimento e ao fundo do litígio. Ademais, o conjunto de tratados internacionais em vigor² assegura amplamente a circulação de sentenças arbitrais, tornando assim possível seu reconhecimento e sua execução em países outros que aqueles onde foram prolatadas.

Em seguida à recente reforma legislativa, o direito brasileiro equipou-se com disposições modernas e favoráveis à arbitragem, tanto doméstica, quanto internacional.³ De igual modo o Canadá,⁴ seguido de suas Províncias e Territórios,⁵ incluindo a Província do Québec,⁶ adotaram a partir de 1986, novas regras de arbitragem, inspiradas, no que concerne à arbitragem comercial internacional, na Lei-Modelo da CNUDCI (1985)⁷ e na Convenção de Nova Iorque (1958) sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.⁸

Tendo em vista que a arbitragem comercial internacional **"não flutua no firmamento transnacional, sem qualquer ligação com algum sistema jurídico"**, mas que, bem ao contrário, em diversas etapas de seu processo, os árbitros ou o tribunal estatal podem vir a aplicar regras de uma ou de várias ordens jurídicas,⁹ pareceu-nos interessante empreender um estudo comparativo dessas duas estruturas jurídicas, diversas, porém ligadas por uma origem comum no direito continental europeu, de família romano-germânica.

A oportunidade desse estudo liga-se igualmente ao fato de o Canadá integrar o sistema jurídico interamericano e, pela primeira vez, haver participado, em 1994, de uma Conferência Interamericana Especializada em Direito Internacional Privado¹⁰ - a CIDIP V -, realizada no México. Ademais, no plano das relações comerciais internacionais, assiste-se à progressiva abertura do mercado brasileiro ao mercado mundial, havendo, inclusive, perspectivas de conclusão de acordo de livre-comércio de larga escala entre os países do continente americano - ALCA¹¹ - incluindo os países que fazem parte do Mercosul¹² e da ALENA.¹³

O objetivo dessa proposta comparativa é simples: estabelecer pontos comuns e divergentes sobre certos aspectos das estruturas jurídicas da Província do Québec e do Brasil, em matéria de arbitragem comercial internacional.

Segundo um ilustre jurista brasileiro, "o estudo do direito comparado é o primeiro instrumento de preparação cultural para a uniformização jurídica, e, tendo em conta que trata da mais importante reivindicação do humanismo, não hesito em afirmar que a criação de centros de documentação e de pesquisa comparativos, assim como o ensino do direito comparado, constituem os principais objetivos a que aspira a cultura jurídica humanista, que deve superar as barreiras nacionalistas com as quais se confronta desde o advento das codificações".¹⁴

E, como afirmava RENÉ DAVID, "o direito comparado tem um papel principal a exercer na ciência do direito. Tende, com efeito, em primeiro lugar, a esclarecer os juristas sobre o papel e a significação do direito, pondo à sua disposição, para esse fim, a experiência de todas as nações. Visa, de um outro lado, sob o ponto de vista prático, a facilitar a organização da sociedade internacional, abrindo possibilidades de acordo e sugerindo fórmulas para a regulamentação das relações internacionais. E permite, em terceiro lugar, aos juristas de diversas nações, no que concerne aos seus direitos internos, vislumbrar seu aperfeiçoamento, tirando-os da rotina".¹⁵

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Tanto no Brasil, como no Canadá, o direito positivo é um direito formado sobre a base de sistemas de empréstimo. O Brasil, sendo uma ex-colônia portuguesa na América do Sul, recepcionou da metrópole todos os elementos de seu sistema jurídico, que serviu de fundamento ao direito nacional. Por sua vez, as antigas colônias, que em seguida constituíram o Canadá, recepcionaram de modo bastante original, seja o direito inglês (**direito comum/common law**), seja o direito francês (**direito civil/civil law**).

Ao nível político, o Canadá é um Estado federal dividido em dez províncias e dois territórios, constituído em 1867 pelo Ato de União firmado entre as antigas colônias britânicas do Alto Canadá e por aquelas do Baixo Canadá. Seu regime de governo é parlamentar.

Como em qualquer sistema federal, os poderes regionais e o poder central são soberanos na esfera de competências ditadas pela Constituição, que coordena a ação desses poderes. O cidadão resta, portanto, sujeito a duas espécies de regras de direito e a dois governos - federal e provincial.¹⁶

As competências legislativas repartem-se entre os dez parlamentos provinciais e o parlamento federal, cada um deles soberano na sua própria esfera de competência.

Todavia, existe entre as nove províncias de língua inglesa uma unidade jurídica fundamental, devida ao fato de que todas essas províncias receberam, em algum momento de sua história e mediante processos diversos, o direito da Inglaterra (**common law**), conservando-o até os dias de hoje.¹⁷

Somente a Província do Québec rompe, parcialmente, com essa uniformidade, pois em matéria de direito privado e notadamente em direito civil, pôde manter um direito substancialmente diverso, ligando-se, por suas fontes e em virtude de sua concepção, ao direito francês. Quanto ao mais, o direito da Província do Québec situa-se no mesmo plano das outras províncias canadenses, tributário do direito inglês.¹⁸

Face à repartição de competências entre o poder central e as províncias, é a estas últimas que a Constituição outorga o poder de editar normas de direito privado. No Québec, em matéria de arbitragem convencional, o Código Civil (C.c.Q), em vigor desde 1º de janeiro de 1994, disciplina, nos arts. 2.638 a 2.643, a **convenção de arbitragem**. Todos os aspectos processuais que escapem da autonomia da vontade das partes sujeitam-se às regras do Código do Processo Civil (C.p.c) - arts. 940 a 947.4. Os arts. 948 a 951.2 do C.p.c. prevêem, outrossim, as condições de reconhecimento e de execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Quanto às regras de conflitos, o direito internacional privado do Québec estabelece, nos arts. 3.121 e 3.133 do C.c.Q, normas sobre o direito aplicável à convenção de arbitragem e ao procedimento arbitral.

O Brasil, única colônia portuguesa nas Américas, alcançou sua independência política em 1822, tornando-se uma república em 1889, após um período monárquico. Desde então, instaurou-se um regime presidencial, inspirado no modelo criado, a partir do século XVIII, nos Estados Unidos da América.

O sistema jurídico brasileiro sofreu, na origem, a influência do direito português, e em seguida à independência política do país, a influência das mais importantes codificações européias, especialmente a francesa, a italiana e a alemã.

O Brasil é um Estado federal no qual as competências administrativas, legislativas e jurisdicional são repartidas entre a União e os 27 Estados-membros da federação. Todavia, ao contrário do que ocorre

no México e nos Estados Unidos da América, a Constituição reserva à União, ou seja, ao Congresso Nacional, competência para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, agrário, marítimo, aeronáutico e do trabalho, entre outros.

Essa repartição de competências explica o fato de que o direito civil e o direito processual, bem como as regras de direito internacional privado advenham de leis federais. Tais leis são uniformes e aplicáveis em todo o território brasileiro, por todos os juizes, sejam eles federais ou estaduais, estes últimos pertencentes ao Poder Judiciário de um Estado federado, como o Rio de Janeiro, São Paulo, ou Minas Gerais.

Nesse quadro constitucional, a incorporação de regras contidas num tratado internacional na ordem interna realiza-se pela assinatura do dito tratado pelo chefe do Poder Executivo e por sua ulterior aprovação pelo Congresso Nacional. A aprovação parlamentar é seguida de um decreto de publicação, que torna as disposições do tratado ou da convenção internacional obrigatórias em todo o território nacional.¹⁹

A arbitragem convencional²⁰ é disciplinada pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em vigor desde o dia 24 de novembro seguinte.²¹ Essa nova lei, inspirada na lei espanhola,²² na Lei-Modelo da CNUDCI e nas regras da Convenção de Nova Iorque, governa todos os aspectos da arbitragem - seja ela doméstica ou internacional. Contém disposições sobre a autonomia da vontade das partes, a convenção de arbitragem, o procedimento e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

Ademais, o Brasil recentemente ratificou um importante número de convenções interamericanas de direito internacional privado,²³ entre as quais figura a Convenção do Panamá (1975) sobre arbitragem comercial internacional, que trata da validade da convenção de arbitragem e do reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras.²⁴

Essa evolução, ocorrida recentemente, marca a reinserção do Brasil no sistema internacional de direito privado, e, ao nível da arbitragem, elimina a tradicional resistência do país à sua aceitação.²⁵

Finalmente, é preciso notar que várias instituições arbitrais existem, hoje em dia, no Brasil, dentre elas o Comitê Nacional da Câmara de Comércio Internacional²⁶ e a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.²⁷

Examinaremos, a seguir, alguns aspectos relevantes da arbitragem comercial internacional, à luz do novo direito brasileiro e do direito da Província de Québec.

3. A DEFINIÇÃO DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Definir a natureza **internacional** da arbitragem, assim como seu caráter **comercial**, revela importância, sob o ponto de vista prático, que não se deve negligenciar.²⁸

Em geral, os direitos nacionais reconhecem as especificidades da arbitragem comercial internacional, oferecendo-lhe, em consequência, um quadro jurídico mais flexível que o existente para as arbitragens puramente nacionais ou internas. Confere-se às partes mais ampla autonomia no que concerne à nomeação dos árbitros e à escolha da lei aplicável ao procedimento e ao mérito da controvérsia. Tal liberdade estende-se igualmente aos árbitros, que dispõem de maior flexibilidade para proceder à conexão da arbitragem a um sistema jurídico determinado ou, se for o caso, para aplicar um conjunto de regras materiais especificamente voltadas para as relações do comércio internacional.

Segundo o mestre francês P. FOUCHARD:

"... anteriormente à conexão da arbitragem a um sistema jurídico, sua internacionalidade será definida a partir de critérios jurídicos. Em seguida, como condição de aplicabilidade das regras materiais específicas, a internacionalidade da arbitragem caracterizar-se-á segundo critérios puramente econômicos, extraídos do fundo do litígio".²⁹

Todavia, a autonomia conferida às partes não é absoluta, constatando-se que os Estados nacionais guardam certo controle sobre a arbitabilidade dos litígios e a observância dos princípios de ordem pública.³⁰

O arcabouço jurídico composto das convenções internacionais, das leis nacionais e dos regulamentos não-estatais vale-se, ordinariamente, de dois critérios para definir a **internacionalidade da arbitragem**. Tratam-se separada ou cumulativamente, dos critérios da **natureza do litígio** e da **origem das partes**.

No Québec, o legislador adotou ambos os critérios. Com efeito, o art. 940.6 do C.p.c. dispõe o seguinte:

"Art. 940.6 - Na hipótese de **uma arbitragem que ponha em causa os interesses do comércio** extraprovincial ou **internacional**, o presente título interpreta-se, se for o caso tendo em vista:

1º a **Lei-Tipo sobre arbitragem comercial internacional** adotada em 21 de junho de 1985 pela Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional;

2º o Relatório da Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional sobre os trabalhos de sua décima-oitava sessão realizada em Viena, entre 3 e 21 de junho de 1985;

3º o Comentário analítico do projeto de texto de uma lei-tipo sobre arbitragem comercial internacional inserido no relatório do Secretário-Geral apresentado na décima-oitava sessão da Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional." (Destaques nossos).

O **caput** do artigo 940.6 do C.p.c revela a adoção do critério puramente econômico da internacionalidade da arbitragem, previsto igualmente no artigo 1.492 do Novo Código de Processo Civil francês.³¹ O parágrafo primeiro do artigo reenvia o intérprete, em seguida, aos critérios jurídicos (clássicos) de conexão previstos na Lei-Modelo da CNUDCI, art. 1º (3).³²

Essa fórmula reveste-se de ambigüidade, na medida em que uma relação jurídica internacional, no sentido econômico da expressão, pode não caracterizar-se como tal segundo o critério puramente jurídico, previsto na Lei-Modelo da CNUDCI.³³ De qualquer modo, trata-se de questão mais importante sob o prisma teórico que prático, tendo em vista que as trocas comerciais internacionais realizam-se, na imensa maioria dos casos, entre pessoas estabelecidas, ao menos, em dois países diferentes.

No Brasil, a nova lei não contém qualquer indicação a propósito da **internacionalidade** da arbitragem, nem regras específicas de interpretação sobre a matéria. A lei, ademais, não traz distinção entre arbitragem doméstica e arbitragem internacional.³⁴ Segue-se que o intérprete restará obrigado a consultar as normas de direito internacional privado brasileiras a fim de nelas encontrar a definição de um contrato internacional. A partir desta definição é que os árbitros - ou mesmo os juízes estatais - poderão fixar a natureza da arbitragem em causa.

O Decreto-lei nº 857/69 considera internacional o contrato de importação ou exportação de mercadorias, o contrato de financiamento e de garantia relativos à exportação de bens fabricados no Brasil, o contrato de câmbio, o mútuo ou obrigações contratadas entre uma pessoa residente ou domiciliada no Brasil e uma pessoa residente ou domiciliada no estrangeiro, assim como a cessão, transferência, assunção, delegação ou modificação destes últimos, mesmo que ambas as partes sejam residentes ou domiciliadas no Brasil.³⁵

A doutrina, em geral, retém o elemento de estraneidade e a conexão potencial da relação com um outro sistema jurídico para

Esse princípio já era consagrado no Protocolo de Genebra sobre as cláusulas arbitrais, de 1923, que impunha aos tribunais nacionais a obrigação - negativa - genérica de remeter as partes à arbitragem. Todavia, à época, a arbitragem ainda era qualificada como processo jurisdicional intimamente ligado à estrutura jurídica dos Estados, eis que a intervenção dos tribunais estatais dava-se de modo automático e não exigia a iniciativa das partes.⁴⁵

A Convenção de Nova Iorque, de 1958, introduziu modificação importante na natureza da arbitragem comercial internacional, no que foi seguida pela Convenção Européia de 1961 e, mais tarde, pela Lei-Modelo da CNUDCI, de 1985 (art. 8º). Estes diplomas reconheceram o efeito negativo da convenção de arbitragem e segundo o autor espanhol C. A. ESPLUGUES:

"... (Essa legislação) demonstra a mudança de direção de uma arbitragem refletindo o poder do Estado pela via do controle judiciário para uma arbitragem onde a intervenção judicial é complementar à - e controlada pela - vontade das partes."⁴⁶

Outro aspecto importante deriva dessa transformação na natureza da arbitragem. Trata-se do controle *prima facie* da validade da convenção de arbitragem, que, segundo a noção atual, não pode ser exercido *ex officio* pelos tribunais, mas somente a requerimento de uma das partes. Tal controle permite aos tribunais estatais constatar a nulidade de um acordo de arbitragem e, assim, impedir sua aplicação. A intervenção do tribunal não visa ao controle da arbitragem, no sentido estrito do termo, mas sobretudo ao controle da validade da convenção de arbitragem e a evitar que uma sentença arbitral venha a portar um vício de nulidade. Ademais, o controle judicial permite às partes corrigir o erro cometido e proceder, em seguida, a uma arbitragem válida.⁴⁷

O art. 2.638 do Código Civil do Québec, estabelece o princípio de afastamento da jurisdição estatal e enuncia as grandes linhas da convenção arbitral, da seguinte forma:

"Art. 2.638. A convenção de arbitragem é o contrato pelo qual as partes comprometem-se a submeter um litígio nascido ou a nascer entre elas à decisão de um ou de vários árbitros, **excluindo a atividade dos tribunais.**" (Destques nossos).

Em seus Comentários ao Código Civil do Québec, o Ministro da Justiça confirma que a convenção de arbitragem:

"... é um contrato cuja essência é o afastamento da intervenção dos tribunais na resolução de conflitos, atuais ou eventuais...

Porém, a definição da natureza comercial da relação submetida à arbitragem poderá afigurar-se relevante por ocasião de um pedido de reconhecimento e execução de sentença estrangeira sujeito às regras da Convenção do Panamá. Esta última limita seu campo de aplicação às relações mercantis - art. 1º -, sem, todavia, as definir. Com efeito, interpretando-se as regras da Convenção do Panamá, a natureza comercial da relação submetida à arbitragem será determinada pela lei aplicável à convenção de arbitragem.⁴¹

No que concerne à internacionalidade da arbitragem, a omissão do legislador brasileiro poderá suscitar perplexidades nos árbitros ou mesmo nos juízes estatais, quando estiverem a apreciar questão internacional sobre a qual as partes hajam convencionado a arbitragem. Contudo, tais problemas de interpretação poderão ser minimizados na medida em que as partes hajam eleito regras internacionais (estrangeiras ou a-nacionais) para reger a substância da controvérsia e o procedimento arbitral, tal como permitido nos artigos 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/96.⁴²

Ao ângulo prático, a ausência de definição da natureza comercial da relação jurídica submetida à arbitragem não apresenta maiores problemas no sistema brasileiro. Mesmo que exista clara diversidade conceitual entre as relações civis e comerciais, consagrada na doutrina e na legislação, há muitos anos a jurisprudência vem construindo interpretação ampla do termo "**comercial**", de modo a atingir, igualmente, relações não-comerciais, no sentido estrito do termo.

As regras do Québec, inspiradas em legislação genuinamente internacional, revelam-se mais precisas, e, em nosso sentir, são mais aptas a evitar incertezas quanto à qualificação do litígio submetido à arbitragem, e por conseguinte, quanto à definição do direito a ela aplicável.

4. A POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA JURISDIÇÃO ESTATAL PELA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Tendo em vista que a arbitragem repousa sobre o acordo de vontade das partes, ao contrário do que ocorre com o processo judicial, revela-se essencial reconhecer eficácia à convenção de arbitragem, a fim de que a jurisdição estatal seja afastada do modo de solução de conflitos eleito pelas partes.

Em conseqüência, as legislações mais modernas atribuem à convenção de arbitragem⁴³ efeitos positivos e negativo.⁴⁴ No que tange ao efeito negativo, trata-se da possibilidade de afastamento da jurisdição estatal da apreciação e julgamento da controvérsia.

Esse princípio já era consagrado no Protocolo de Genebra sobre as cláusulas arbitrais, de 1923, que impunha aos tribunais nacionais a obrigação - negativa - genérica de remeter as partes à arbitragem. Todavia, à época, a arbitragem ainda era qualificada como processo jurisdicional intimamente ligado à estrutura jurídica dos Estados, eis que a intervenção dos tribunais estatais dava-se de modo automático e não exigia a iniciativa das partes.⁴⁵

A Convenção de Nova Iorque, de 1958, introduziu modificação importante na natureza da arbitragem comercial internacional, no que foi seguida pela Convenção Européia de 1961 e, mais tarde, pela Lei-Modelo da CNUDCI, de 1985 (art. 8º). Estes diplomas reconheceram o efeito negativo da convenção de arbitragem e segundo o autor espanhol C. A. ESPLUGUES:

"... (Essa legislação) demonstra a mudança de direção de uma arbitragem refletindo o poder do Estado pela via do controle judiciário para uma arbitragem onde a intervenção judicial é complementar à - e controlada pela - vontade das partes."⁴⁶

Outro aspecto importante deriva dessa transformação na natureza da arbitragem. Trata-se do controle *prima facie* da validade da convenção de arbitragem, que, segundo a noção atual, não pode ser exercido *ex officio* pelos tribunais, mas somente a requerimento de uma das partes. Tal controle permite aos tribunais estatais constatar a nulidade de um acordo de arbitragem e, assim, impedir sua aplicação. A intervenção do tribunal não visa ao controle da arbitragem, no sentido estrito do termo, mas sobretudo ao controle da validade da convenção de arbitragem e a evitar que uma sentença arbitral venha a portar um vício de nulidade. Ademais, o controle judicial permite às partes corrigir o erro cometido e proceder, em seguida, a uma arbitragem válida.⁴⁷

O art. 2.638 do Código Civil do Québec, estabelece o princípio de afastamento da jurisdição estatal e enuncia as grandes linhas da convenção arbitral, da seguinte forma:

"Art. 2.638. A convenção de arbitragem é o contrato pelo qual as partes comprometem-se a submeter um litígio nascido ou a nascer entre elas à decisão de um ou de vários árbitros, **excluindo a atividade dos tribunais.**" (Destques nossos).

Em seus Comentários ao Código Civil do Québec, o Ministro da Justiça confirma que a convenção de arbitragem:

"... é um contrato cuja essência é o afastamento da intervenção dos tribunais na resolução de conflitos, atuais ou eventuais...

Se a validade da cláusula compromissória, dita cláusula perfeita, durante longo tempo suscitou dúvidas no Québec, encontra-se agora bem reconhecida, desde o julgamento da Corte Suprema do Canadá no caso **Zodiak c. La République populaire de Pologne** (1983) 1. R.C.S. 529.⁴⁸

A arbitragem convencional, ao atribuir competência jurisdicional aos árbitros, exclui a competência habitual do Judiciário. Essa exclusão não é contrária à ordem pública, salvo em certas matérias, indicadas no art. 2.639".⁴⁹⁻⁵⁰

Entre as normas de direito internacional privado relativas à competência internacional das autoridades judiciárias do Québec, encontra-se no parágrafo segundo do art. 3.148 do C.c.Q. uma regra que exclui essa competência quando as partes hajam escolhido, por convenção, submeter a árbitros seus litígios atuais ou eventuais, relativos a uma relação jurídica determinada.⁵¹

Ao nível processual, o direito interno, no art. 940.1 do C.p.C.⁵² ordena que o juiz, diante de litígio sobre questão sobre a qual as partes convencionaram a arbitragem, reenvie-as ao modo de solução escolhido. Trata-se de disposição imperativa, cuja aplicação subordina-se às condições seguintes: a) o litígio trazido perante o Judiciário deve estar abrangido pela convenção de arbitragem; b) a ação não deve estar inscrita no rol para julgamento; c) o reenvio da questão à arbitragem deve ser requerido por uma das partes que figure na convenção arbitral; e d) o tribunal judiciário não deve constatar a nulidade *prima facie* da convenção.⁵³

Todavia, dois casos recentes em matérias de arbitragem internacional ilustram as controvérsias suscitadas pela aplicação do artigo 940.1 do C.p.c. do Québec. No primeiro caso - **A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltda.**⁵⁴ - a Corte Superior de Montreal determinou a suspensão do processo judicial, até o esgotamento do procedimento de arbitragem.⁵⁵ Esta decisão não se enquadra, ao nosso ver, na competência restrita outorgada aos tribunais estatais, a respeito da eficácia negativa da convenção de arbitragem.⁵⁶ No segundo caso - **Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc., Maryse Clavel, Régie des Installations Olympiques et Metallica**⁵⁷ - a Corte de Apelação rejeitou exceção de incompetência, fundada na existência de convenção de arbitragem, oferecida pelo grupo musical norte-americano Guns N'Roses, réu na ação em garantia (litisdenunciado). A exceção baseava-se na existência de convenção de arbitragem entre Guns N'Roses e Production Musicales Donald K. Donald Inc., este último réu na ação coletiva principal. Parece-nos que tal decisão foi proferida em violação à Convenção de Nova Iorque, que vincula tanto o Canadá, quanto os Estados Unidos da América.⁵⁸

Quanto ao controle judicial *prima facie* da validade da convenção arbitral, concluída numa relação jurídica internacional, revela-se essencial ter em conta a regra de interpretação prevista no artigo 940.6 do C.P.C., bem como as disposições da Convenção de Nova Iorque. Por conseguinte, além da forma escrita, exigida no art. 2.640 do C.c.Q., no art. 7º da Lei-Modelo e no art. II (2) da Convenção de Nova Iorque, a validade de um acordo de arbitragem comercial internacional deverá ser examinada à luz das leis aplicáveis à convenção e às partes na convenção, e não somente à luz das regras do direito interno.

No Brasil, o art. 41 da nova lei introduz modificações importantes no texto dos arts. 267, VII, e 301, IX, do Código de Processo Civil. Segundo tais alterações, o tribunal estatal deverá apartar-se da causa quando a parte ré comprovar a existência de convenção de arbitragem que a vincule à parte autora. Ao contrário das anteriores normas do Código, que somente admitiam o reenvio das partes diante do compromisso arbitral, as novas disposições prevêm que a jurisdição estatal deve afastar-se da controvérsia quando as partes hajam concluído uma convenção de arbitragem, seja ela uma cláusula compromissória - inserida ou não em contrato -, seja um compromisso arbitral.⁵⁹

Ainda que a lei não seja clara a respeito do controle *prima facie*, parece-nos que a intervenção judicial permite ao juiz constatar, se for o caso, a nulidade de convenção de arbitragem à luz das normas que lhe forem aplicáveis.

Os arts. 300 e 301 do C.P.C. brasileiro prevêm que o réu deve alegar, em sua contestação, todas as defesas diretas (ligadas ao mérito da causa) e indiretas (ligadas ao processo). Entre essas últimas, é agora possível sustentar a existência de um convenção de arbitragem concluída entre os litigantes (art. 301, IX) e, por consequência, requerer ao juiz, com fundamento no art. 267, VII, do C.P.C., o reenvio da questão à arbitragem e a extinção do processo judicial.

Tendo em vista que o regime brasileiro aplica-se às arbitragens domésticas e internacionais, a convenção arbitral que vise à relação jurídica internacional subsumir-se-á às regras processuais acima mencionadas, do mesmo modo que uma convenção que vise a uma relação de direito interno.

A parte eventualmente interessada, que se quedar silente quanto à existência de uma convenção arbitral e não alegue tal circunstância, em defesa na ação judicial, terá, em virtude da preclusão, renunciado à arbitragem.

Em conclusão, parece-nos que o art. 940.1 do C.p.c. do Québec é dotado de maior precisão, relativamente à competência do Judiciário, diante da existência de uma convenção de arbitragem, dispondo de força executiva mais explícita ao nível do reenvio das partes à arbitragem. Ademais, a jurisprudência canadense já reconheceu o caráter imperativo desta norma processual.⁶⁰

Espera-se que os tribunais brasileiros assumam posição semelhante *vis-à-vis* o reenvio das partes à arbitragem, eliminando, assim, sua tradicional resistência em respeitar a intenção dos contratantes, expressa numa convenção de arbitragem.

5. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Como foi visto anteriormente, tanto o direito brasileiro quanto o da Província do Québec albergam o princípio segundo o qual as cortes estatais são incompetentes para conhecer de litígio sobre o qual as partes hajam concluído um acordo de arbitragem. Esse **efeito negativo** da convenção de arbitragem pode, todavia, ser afastado pela iniciativa das partes, tendo em vista a possibilidade de cooperação judicial no desenvolvimento do processo arbitral...

A título de exemplo, os tribunais estatais poderão intervir nas seguintes matérias: na nomeação dos árbitros; na adoção de medidas provisórias; e na assistência na produção de provas.

Porém, quando a arbitragem internacional for organizada por centros permanentes de arbitragem e submetidas às regras institucionais,⁶¹ situação que é freqüente, a intervenção judicial no processo de nomeação dos árbitros, no de sua recusa ou no de revogação de seus mandatos não terá lugar. Os regulamentos institucionais levam em consideração tais hipóteses, oferecendo solução às partes por meio da designação de uma "autoridade de nomeação", incumbida da nomeação dos árbitros.⁶²

No que concerne às medidas provisórias e outras medidas coercitivas - como a que ordena o comparecimento de uma testemunha - a intervenção dos tribunais estatais faz-se necessária, face à ausência de um sistema executivo próprio à arbitragem.

No Québec, o artigo 940.3 do C.p.c. revela o princípio diretor da intervenção judiciária, que é consequência do efeito negativo da convenção de arbitragem. Segundo a norma, um juiz ou tribunal somente poderão intervir no procedimento arbitral nas hipóteses previstas, expressamente, na lei processual.

Numa arbitragem *ad hoc*, o procedimento de nomeação dos árbitros é regido pelos arts. 941 a 941.2 do C.p.c. a menos que haja

estipulação contrária das partes. O art. 941.1 do C.p.c. prevê que a intervenção judicial ocorrerá, a requerimento de uma das partes: a) se, 30 dias após ter sido notificada, por uma parte, para nomear um árbitro, a outra parte não proceder à nomeação; ou b) se, 30 dias após a nomeação, os árbitros não acordarem sobre a escolha de um terceiro árbitro. Além disso, pode haver intervenção judicial, segundo o art. 941.2, em caso de dificuldades na operacionalização da nomeação dos árbitros, tal como previsto na convenção de arbitragem. Nesta hipótese, a lei autoriza que o juiz, a requerimento de uma das partes, tome todas as medidas necessárias para assegurar tal nomeação.

Também é possível ocorrer intervenção judicial, a requerimento de uma das partes, no procedimento de recusa ou de revogação do mandato de um árbitro. Os arts. 942.4 a 942.6 do C.p.c. visam a assegurar a continuação do procedimento arbitral e a superar, assim, as atitudes passivas das partes ou dos árbitros. Todas as decisões judiciais proferidas nessa matéria são finais e insuscetíveis de recurso,⁶³ de forma a evitar que a intervenção judicial não obste ainda mais a continuação da arbitragem.

Quanto às medidas provisórias, o art. 940.4 do C.p.c. prevê o seguinte:

"940.4. Antes ou durante o procedimento arbitral, o juiz ou o tribunal poderão conceder, a requerimento de uma das partes, medidas provisórias."

A natureza especial desse tipo de medida, que responde às necessidades de urgência e eficácia, além da ausência de autorização, no sistema jurídico, para que os próprios árbitros a concedam e determinem sua execução, justifica amplamente a possibilidade de recurso aos tribunais estatais, antes ou durante o procedimento arbitral.⁶⁴

Com relação às medidas coercitivas ligadas à fase probatória, os arts. 944.6 e 944.8 do C.p.c. autorizam a intervenção judicial, a requerimento de uma das partes, a fim de tornar possível, por exemplo, a oitiva de uma testemunha ou a produção de uma prova necessária à solução da controvérsia.

No Brasil, dentro do mesmo espírito de colaboração, a nova lei autoriza a intervenção judicial que vise a assegurar o desenvolvimento do procedimento arbitral, em conformidade com a vontade das partes. De um modo geral, tal intervenção faz-se necessária para permitir: a) a conclusão judicial do compromisso arbitral; b) a instituição do tribunal arbitral; c) a produção de provas; e d) a concessão de medidas provisórias (cautelares).

Quando uma das partes na convenção de arbitragem opuser-se à conclusão do compromisso, a outra poderá requerer ao juiz ou ao tribunal competente⁶⁵ sua citação para que compareça em Juízo, para fins de conciliação acerca do litígio, ou de lavratura judicial do compromisso arbitral.⁶⁶ O autor deverá indicar, precisamente, o objeto da arbitragem e instruir o pedido com a prova escrita da cláusula compromissória. Em seguida, o juiz designará uma data de audiência, na qual tentará conciliar as partes. Na ausência de acordo, o juiz proferirá sentença, que valerá como compromisso, disciplinando os termos da arbitragem, e remeterá as partes à via eleita, isto é, à arbitragem.

Além do poder de conciliação e de fixação dos termos do compromisso arbitral, o juiz poderá igualmente estatuir sobre a nomeação de um árbitro, na hipótese em que a cláusula compromissória não indique o seu modo de nomeação.⁶⁷

Quanto às medidas provisórias (cautelares), requeridas antes do início do procedimento arbitral, a parte interessada deverá subsumir seu pedido às regras previstas no Código de Processo Civil,⁶⁸ que exigem a prova do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. No que concerne aos requerimentos de medidas provisórias (cautelares) feitos durante o procedimento arbitral, o artigo 22, § 4º, da nova lei autoriza os próprios árbitros a requerê-las perante a autoridade judiciária competente.

Tanto o direito do Québec, quanto o direito brasileiro, levam em conta o efeito negativo da convenção de arbitragem. Somente a título excepcional a intervenção dos tribunais estatais será autorizada antes do esgotamento do procedimento arbitral, estando sempre sujeita à iniciativa de uma das partes ou dos árbitros.⁶⁹

Parece-nos que, no plano interno, a eficácia da intervenção judicial observa o princípio de colaboração, que se encontra na origem das normas presentes nos dois sistemas e que visa a assegurar o desenvolvimento e a conclusão da arbitragem.

Finalmente, as leis do Québec e do Brasil sofrem as mesmas conseqüências do vazio jurídico ao nível da regulamentação internacional acerca das medidas provisórias (cautelares). A ausência de eficácia extraterritorial das referidas medidas impede sua livre circulação internacional, podendo, eventualmente, trazer prejuízos ao resultado prático da arbitragem, esperado pelas partes.⁷⁰

6. A LEI APLICÁVEL À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A convenção de arbitragem possui, tanto no direito do Québec, quanto no brasileiro, natureza contratual. Ela é o fruto da expressão da vontade das partes, no sentido de submeterem suas disputas à

arbitragem. A convenção deve revestir a forma escrita - art. 2.640 do C.c.Q. e arts. 4º, § 1º, e 9º, § 1º, da Lei nº 9.307/96 -, e compreender de duas modalidades distintas: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Ambos os sistemas, acompanhando a tendência verificada no direito comparado, consagraram o **princípio da autonomia da convenção de arbitragem** em relação ao contrato em que se encontra inserida ou ao qual se refere.⁷¹

No que concerne à arbitragem comercial internacional, a autonomia da convenção arbitral obriga-nos a considerar que ela não se encontra necessariamente sujeita a normas de mesma natureza e origem que aquelas aplicáveis à substância do litígio submetido à arbitragem.⁷² Portanto, é importante determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem, a fim de que se possa constatar não somente a sua existência, como também sua validade formal e substancial.

Os critérios de determinação da lei aplicável variarão segundo a autoridade perante a qual se puser a questão e o sistema jurídico que tiver de observar. Tanto no Québec, quanto no Brasil surgirão soluções potencialmente distintas, que dependerão da circunstância de a questão pôr-se perante um juiz estatal ou perante um árbitro.

No Québec, quando o problema põe-se perante o juiz estatal, este recorrerá às normas internas de direito internacional privado,⁷³ que reconhecem amplamente a teoria da autonomia das partes em matéria contratual. No DIP do Québec, uma regra especial é dirigida à convenção de arbitragem, nos seguintes termos:

"Art. 3.121. Na ausência de designação feita pelas partes, a convenção de arbitragem é regida pela lei aplicável ao contrato principal ou, se esta lei tem por efeito invalidar a convenção, pela lei do Estado onde desenvolve-se o procedimento arbitral."

Assim, a lei escolhida pelas partes na convenção arbitral é que a regerá e, na ausência de escolha, submeter-se-á a convenção à lei aplicável ao contrato principal,⁷⁴ a menos que esta última tenha por efeito invalidar a convenção de arbitragem. Nessa hipótese, o juiz aplicará a lei do Estado onde tem curso a arbitragem.⁷⁵ Isso não quer dizer, todavia, que a validade da convenção encontra-se ligada à validade do contrato,⁷⁶ face à vigência do princípio da autonomia da convenção de arbitragem.

Sem embargo da escolha eventualmente feita pelas partes, sua capacidade será regida pela lei aplicável ao estatuto pessoal, segundo os arts. 3.083 a 3.087 do C.c.Q⁷⁷ e o juiz deverá observar, outrossim, as **leis de aplicação imediata** aludidas nos arts. 3.076 e 3.079 do Código Civil,⁷⁸ notadamente quando disserem respeito à arbitrabilidade do litígio.

Tendo em vista as regras de interpretação fixadas nos arts. 940.6 e 948 do C.p.c., pensamos que o art. 3.121 do C.c.Q deva ser interpretado de modo a favorecer, ao máximo, a realização da arbitragem, conformemente à vontade das partes.

No Brasil, o direito internacional privado, em matéria contratual, não admite expressamente a autonomia da vontade das partes. Por conseguinte, sua aceitação é controversa na doutrina e ao nível jurisprudencial, as raríssimas decisões não autorizam qualquer conclusão a respeito.⁷⁹

Tal situação leva à aplicação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual as obrigações - contratuais ou extracontratuais - são regidas pela **lei do local de sua constituição**. No que tange aos contratos, gênero que abriga a espécie convenção de arbitragem, aplicar-se-á, tanto para reger questões formais quanto para aspectos substanciais, a **lei do local da celebração da convenção (ou do contrato)** ou, na hipótese de acordo passado entre ausentes, a **lei da residência do proponente**, como prevê o art. 9º, § 2º, da LICC.

A nova lei de arbitragem, contudo, acolheu, de modo expresso e amplo, o princípio da autonomia da vontade nos arts. 2º, §§ 1º e 2º. Somos, assim, de opinião que essas normas devam ser interpretadas de modo que seja respeitada a escolha das partes no que concerne ao direito aplicável à convenção de arbitragem.

Quanto à capacidade das partes na convenção, é a **lei do domicílio da pessoa física** - art. 7º, **caput**, da LICC - que deverá ser aplicada. Tratando-se de pessoa jurídica, a **lei do Estado de sua constituição** é que será competente para determinar sua existência e capacidade.

Quando, perante o tribunal arbitral, põe-se a questão de determinar-se a lei aplicável à convenção de arbitragem, os árbitros deverão ater-se, fundamentalmente, à manifestação de vontade das partes. Caso estas últimas não hajam escolhido o direito aplicável, os árbitros poderão determiná-lo a partir das regras de conflito que julguem adequadas, tendo em vista que, ao contrário dos juízes estatais, não são obrigados a levar em conta o direito internacional privado do local da realização da arbitragem.⁸⁰

Em conclusão, podemos dizer que o Brasil, contrariamente ao Québec, não dispõe de um conjunto apropriado de regras de direito internacional privado. Constatamos, portanto, que a existência de legislação favorável à arbitragem não é suficiente para dar-lhe a necessária eficácia. Faz-se imperativa a existência de um sistema moderno de regras de conflito para fazer face às questões ligadas à determinação do direito aplicável a uma arbitragem comercial internacional.

7. A LEI APLICÁVEL À SUBSTÂNCIA DO LITÍGIO

No direito do Québec, o art. 944.10 do C.p.c. enuncia a regra geral em matéria de lei aplicável à substância do litígio, na forma seguinte:

"Art. 944.10 - Os árbitros decidirão o litígio em conformidade com as regras de direito que estimem apropriadas e, se for o caso, determinarão as perdas e danos.

Não poderão decidir por equidade a menos que as partes hajam expressamente convencionado nesse sentido.

Em todo caso, decidirão em conformidade com as estipulações do contrato e levarão em conta os costumes aplicáveis". (Destaques nossos).

Tratando-se de arbitragem que ponha em causa os interesses do comércio internacional, impõe-se a interpretação do problema à luz do art. 28 da Lei-Modelo. As partes são livres para escolher as regras jurídicas aplicáveis ao fundo do litígio, sejam elas regras de um ou de vários ordenamentos nacionais ou regras materiais próprias das operações do comércio internacional.⁸¹ E os árbitros devem solucionar a controvérsia em conformidade com as regras escolhidas pelas partes.

Na ausência de escolha manifestada pelas partes, o art. 28 (2) da Lei-Modelo outorga aos árbitros o poder de determinar a lei aplicável ao fundo do litígio, segundo as regras de conflito que julguem apropriadas. Nessa hipótese, já que o tribunal arbitral não possui uma *lex fori*⁸² e que a Lei-Modelo não impõe método de conflito rígido, os árbitros estarão livres para escolher a regra de conflito "apropriada", independentemente do sistema de conflitos do local da arbitragem.⁸³

Tal será o caso quando as partes não elegeram a lei aplicável ao fundo do litígio, mas somente as regras de procedimento de uma instituição de arbitragem, como, por exemplo, as da Câmara de Comércio Internacional (CCI).⁸⁴

Segundo o art. 28 (2) da Lei-Modelo, ao tribunal arbitral não é lícito determinar o direito aplicável ao fundo do litígio sem antes recorrer a alguma regra de conflito. O tribunal não poderá, além disso, determinar a aplicação de um direito a-nacional.⁸⁵

Parece-nos existir um conflito entre o *caput* do art. 944.10 do C.p.c. e o art. 28 (2) da Lei-Modelo, na medida em que o primeiro autoriza os árbitros a determinar a lei aplicável por via direta, isto é, sem antes recorrer a um sistema de regras de conflito.

No Brasil, sem embargo da ausência de distinção entre uma arbitragem doméstica e uma internacional, a nova lei não limita o princípio da autonomia da vontade das partes, em matéria de eleição da lei aplicável. Conforme seu art. 2º, os árbitros podem julgar por equidade, caso as partes hajam assim autorizado. Ademais, as partes têm liberdade para escolher as regras de direito aplicáveis à arbitragem, incluindo os princípios gerais de direito, os costumes e as regras internacionais do comércio, isto é, a *lex mercatoria*.

Não havendo escolha, realizada pelas partes, o direito brasileiro interno não apresenta qualquer norma de conduta aos árbitros. Porém, o art. 21 da lei os autoriza, nessa hipótese, a determinar as regras de procedimento que estimem apropriadas. Pensamos que, nesse caso e na medida em que as regras escolhidas pelos árbitros sejam aquelas de um centro permanente de arbitragem ou mesmo as da GNUDCI, a porta estará aberta para que os árbitros determinem o direito aplicável à substância do litígio segundo as regras de conflito que estimem apropriadas, ou mesmo que o determinem pela via direta, dependendo do regulamento de arbitragem eleito.

Aprofundando tal raciocínio, se caminhararmos pelo sistema proposto na Convenção do Panamá sobre arbitragem comercial internacional, será possível alcançar solução bem próxima daquela adotada no direito do Québec.

A Convenção do Panamá, em seu art. 3º, enuncia a seguinte regra:

"Art. 3º

Na falta de acordo expresso entre as partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial."

Ora, a partir de 1º de janeiro de 1978, a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial⁸⁶ adotou o Regulamento de arbitragem da CNUDCI,⁸⁷ que reproduz, em essência, no art. 33⁸⁸, a regra contida no art. 28 da Lei-Modelo. Por conseguinte, na ausência de escolha de lei aplicável pelas partes, parece-nos que os árbitros poderão aplicar o Regulamento da CNUDCI e determinar a lei aplicável à substância do litígio segundo as regras de conflito que estimarem adequadas à espécie.

Por vezes, a lei aplicável segundo a escolha operada pelas partes ou pelos árbitros encontra limites quanto à sua eficácia. Se as partes elegem o direito aplicável, os árbitros tenderão a respeitá-lo na imensa maioria dos casos.⁸⁹ Excepcionalmente, haverá hipóteses em que serão obrigados a fastar a aplicação do direito eleito, pelas partes ou por eles mesmos.

Segundo, E. GAILLARD, existem **limites discutíveis** e **limites certos** à eficácia da escolha realizada pelas partes. Entre os "limites discutíveis", aplicam-se: **a) a teoria das lacunas do direito eleito pelas partes; b) a teoria extensiva dos costumes do comércio internacional; e c) a teoria das leis de polícia (ou leis de aplicação imediata)**. Quanto aos "limites certos" tem-se casos onde: **a) certas questões escapam ao alcance da lei eleita pelas partes, restringindo sua eficácia; e b) a aplicação da lei eleita ofende a ordem pública internacional.**⁹⁰

O caráter contratual da arbitragem e a natureza não-estatal da missão dos árbitros não lhe conferem, em princípio, o poder de negar efeitos à escolha realizada pelas partes. Todavia, a teoria das "leis de polícia" (ou leis de aplicação imediata) pode autorizar os árbitros a levar em consideração regras pertencentes a um outro sistema jurídico, que aquele designado pelas partes para reger a controvérsia.⁹¹

As leis de aplicação imediata constituem regras estatais que exprimem o intervencionismo estatal nas relações privadas. São editadas com o objetivo de resguardar a organização política, social e econômica do país, ou de preservar o bem-estar da coletividade.⁹² Segundo E. GAILLARD, "definem-se hoje em dia as leis de polícia (denominadas por vezes "leis de aplicação imediata" ou "leis de aplicação necessária") de maneira puramente funcional, como sendo regras que não atingiriam os fins a que se destinam se não fossem aplicadas a um certo número de situações que elas mesmas explicitam".⁹³

A título exemplificativo, tais leis podem conter regras sobre: a preservação da concorrência; o controle alfandegário; o combate à corrupção; o controle do câmbio; a proibição da cláusula-ouro; os movimentos de capitais ou de mercadorias; ou as condições de trabalho.

O método das leis de aplicação imediata, consagrado nas modernas legislações de direito internacional privado,⁹⁴ permite assim que o juiz estatal afaste a aplicação da lei indicada pelas partes. Poderá ele, em consequência, dar efeito às leis de aplicação imediata, seja de modo direto, sem valer-se das regras de conflito, quando tratarem-se de leis do foro, seja de modo indireto, quando determinará, por meio de suas regras de conflito, a aplicação de leis de polícia provenientes de um outro Estado.⁹⁵

É certo que nos litígios submetidos aos tribunais estatais, os juízes poderão afastar a escolha operada pelas partes ou mesmo a lei designada pelas regras de conflito para aplicar a lei imperativa do foro ou a de um terceiro país, cujo sistema jurídico possua vínculos estreitos com a causa.

No entanto, tratando-se de litígios submetidos à arbitragem internacional coloca-se a seguinte questão: Será que os árbitros devem

levar em consideração as leis de aplicação imediata? Se a resposta é não, como poderemos evitar escolhas que visem a fraudar a lei de um dado sistema jurídico?

Para tentar responder à questão, é preciso, em primeiro lugar, considerar que o papel do árbitro, a natureza e o alcance de sua missão não se assimilam aos do juiz estatal. O poder de dirimir um litígio, conferido ao árbitro, provém da vontade das partes, e daí emerge a importância fundamental do respeito, pelo árbitro, das estipulações feitas pelas partes.

O árbitro não tem foro, no sentido de que não se encontra subsumido a qualquer ordem jurídica estatal, contrariamente ao que ocorre em relação aos juízes. Assim, todas as leis de aplicação imediata lhe são estrangeiras e, por conseguinte, o árbitro não tem qualquer obrigação de aplicar os princípios que governam as decisões das jurisdições estatais.⁹⁶ Todavia, tendo em conta que sua missão é a de julgar, o árbitro não pode desinteressar-se das exigências de justiça, ainda mais pela circunstância de que a eficácia de sua decisão depende de controles realizados pelas justiças estatais, em sede de execução.

Mesmo que o dever e o poder dos árbitros de aplicar leis de polícia do sistema jurídico escolhido pelas partes não seja contestado, o problema se põe quando são eles chamados a aplicar leis provenientes de um outro sistema, estranho àquele eleito pelas partes.

E. GAILLARD⁹⁷ enuncia três certezas a esse respeito, que permitem circunscrever a controvérsia, antes de abordar o coração do problema:

- 1) Os árbitros podem levar em conta, como fato, a leis de aplicação imediata suscetíveis de interferência na execução do contrato e delas retirar certas consequências jurídicas, previstas na lei eleita pelas partes;⁹⁸
- 2) Os árbitros não têm qualquer obrigação de aplicar os princípios que governam as decisões dos tribunais estatais;⁹⁹
- 3) As leis de aplicação imediata devem ser aplicadas pelos árbitros quando a solução inversa possa ser considerada como contrária à ordem pública internacional, mas não será mais a título de leis de polícia que tais normas serão levadas em consideração.

Em seguida, o autor limita a controvérsia às situações onde achamo-nos em presença de leis de aplicação imediata não pertencentes ao direito escolhido pelas partes para reger o litígio e que não correspondem às exigências da ordem pública internacional. Acres-

centa que: "Todos os autores manifestam, com efeito, preocupação em permitir aos árbitros levar em conta os imperativos superiores de justiça, mas o fazem, ou pelo método das leis de polícia, ou pelo simples recurso à noção clássica de ordem pública internacional, que para os árbitros, deve ser concebida como uma ordem pública realmente transnacional."¹⁰⁰

O problema é de manifesta complexidade, mas pensamos que a internacionalidade da arbitragem, a primazia do direito internacional sobre o direito interno e a aspiração legítima das partes *vis-à-vis* a escolha realizada na convenção de arbitragem estão a exigir que o árbitro restrinja a aplicação das leis de polícia às hipóteses em que sua não-aplicação representaria ofensa à ordem pública internacional. Segue-se daí que os árbitros deverão dar preferência ao método da ordem pública transnacional para o fim de determinar, ou não, a aplicação das leis de polícia. Segundo E. GAILLARD, "essa concepção apresenta a vantagem de evitar o subjetivismo, ou, ao contrário, a resignação, daquela que extrai da ausência do caráter realmente universal dessas regras, ora a liberdade do árbitro de considerar as exigências de seu sentimento de justiça, para dar efeito a tal regra que, possuindo vínculos estreitos com a causa, requer aplicação, ora a ausência total de reação de ordem pública, a falta de unanimidade que conduza o árbitro a ater-se às estipulações da lei eleita pelas partes."¹⁰¹

Em conseqüência, se o árbitro leva em conta as exigências de uma ordem pública verdadeiramente internacional, poderá, de modo menos contestável, alcançar a mesma solução prevista pelo método das leis de aplicação imediata, sem que se veja obrigado a aplicar a norma particularista de direito. Não dará eficácia às políticas estatais que não correspondam necessariamente aos valores morais amplamente partilhados pelos operadores do comércio internacional.

Sob o ponto de vista prático, podemos nos referir a determinados critérios de aplicação das leis de polícia, enunciados por um eminente jurista uruguaio a propósito do art. 11 da Convenção do México sobre o direito aplicável aos contratos internacionais.¹⁰² Essas diretivas, uma vez adaptadas à natureza não-estatal da arbitragem, podem ser úteis aos árbitros:

- 1) a lei deve ser considerada imperativa pelo Estado que a editou (consulta ao espírito do legislador local);
- 2) sua aplicação às situações internacionais deve justificar-se;
- 3) sua aplicação na espécie deve justificar-se;
- 4) o contrato deve executar-se - no todo ou em parte - no país que editou a regra de aplicação imediata;

5) em princípio, as regras de aplicação imediata devem ter eficácia no território do país que as editou e, somente a título excepcional, ter eficácia extraterritorial;

6) a vigência de uma lei de aplicação imediata não deve excluir totalmente a aplicação da lei do contrato, mas circunscrever-se às situações visadas pela lei;

7) as regras de aplicação imediata incidentes sobre a relação contratual devem enquadrar-se nas medidas aprovadas e consentidas no âmbito da Organização Mundial do Comércio (transparência das relações comerciais);

8) as regras de aplicação imediata devem perseguir os objetivos geralmente aceitos pela comunidade internacional.

8. A LEI APLICÁVEL AO PROCEDIMENTO ARBITRAL

No Québec, o direito internacional privado, o direito civil e o direito processual civil sancionam o princípio da autonomia da vontade das partes no que concerne à escolha da lei aplicável ao procedimento arbitral.

No direito internacional privado, o art. 3.133 do C.c.Q., inspirado no novo direito suíço, permite às partes eleger, seja a lei de um Estado, seja um regulamento de arbitragem institucional ou *ad hoc*. À falta de escolha pelas partes, a lei do Estado onde se realiza a arbitragem será aplicada, em conformidade com o princípio geral de aplicação da *lex fori*, em matéria processual.¹⁰³

No Código Civil, o art. 2.643 enuncia a regra segundo a qual o procedimento arbitral é regido pelas disposições convencionais, ou, em sua ausência, pelas normas do Código de Processo Civil.

E, finalmente, o art. 940 do C.p.c permite às partes eleger as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, salvo naquilo que diga respeito às disposições contidas nos arts. 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8, 946 a 947.4 e 940.5, que contêm normas imperativas, de natureza processual.¹⁰⁴

No Brasil, o art. 21 da nova lei consagrou, igualmente, o princípio da autonomia da vontade das partes. A arbitragem há de obedecer, assim, as regras procedimentais escolhidas pelas partes na convenção arbitral e estas poderão fazer remissão a regras de um centro permanente de arbitragem. Podem as partes, também, delegar ao árbitro ou ao tribunal arbitral o poder de determinar as regras de procedimento. Na ausência de escolha pelas partes, o árbitro ou o tribunal arbitral ficam autorizados a fixar as regras procedimentais que estimem apropriadas.

Quaisquer que sejam as regras procedimentais eleitas, deverão sempre respeitar, estritamente, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e o de sua livre convicção, na forma prevista pelo art. 21, § 2º da nova lei.

Em conclusão, pode-se afirmar que a qualificação contratual da arbitragem, tanto no direito do Québec quanto no direito brasileiro, autoriza as partes a eleger a lei aplicável ao procedimento arbitral. A única diversidade entre os dois sistemas reside na hipótese de ausência de escolha pelas partes. O direito internacional privado do Québec determina, como se viu, a aplicação da lei do Estado onde se desenvolve a arbitragem, diferentemente da lei brasileira, que confere aos árbitros a competência para fixar as regras de procedimento. Todavia, mesmo essa divergência é minimizada pela aplicação do art. 19 (2) da Lei-Modelo, como regra de interpretação das arbitragens internacionais realizadas no Québec. Esta norma confere aos árbitros competência para determinar as regras de procedimento, quando as partes não o fizerem.

Pensamos que a regra do direito brasileiro conforma-se melhor ao espírito da arbitragem comercial internacional. Frequentemente, a sede da arbitragem não possui qualquer ligação com a causa litigiosa, tratando-se do território de um país neutro em relação às partes e à relação jurídica controvertida. Portanto, a aplicação da lei do Estado em que se realiza a arbitragem pode revelar-se arbitrária, prejudicando mesmo o seu adequado desenvolvimento. Por conseguinte, parece-nos mais apropriado que se deixe aos árbitros o poder de fixar as regras de procedimento, permitindo-lhes determinar, à luz do caso concreto, a aplicação das regras de uma instituição especializada ou mesmo as de um ordenamento jurídico estatal, diverso daquele em cujo território realiza-se a arbitragem.

9. A SENTENÇA ARBITRAL: EXECUÇÃO E ANULAÇÃO

As partes que se lançam numa arbitragem comercial internacional, com todas as dificuldades e custos que enseja, anseiam a que, salvo na hipótese de acordo havido durante o processo, a arbitragem se termine com a prolação de uma sentença. Esperam, igualmente, que sob reserva das vias recursais ou de anulação, a sentença arbitral seja definitiva e imponha-se em relação às partes.¹⁰⁵

No Québec, ainda que a sentença arbitral, uma vez proferida, vincule as partes, faz-se necessário requerer sua homologação perante o Judiciário, para o fim de que revista-se de força executiva. Esse procedimento homologatório é regido pelos arts. 946 a 946.6 do C.p.c.¹⁰⁶ e institui-se por "requerimento" formulado pela parte interessada.¹⁰⁷ Segundo o art. 946.2 do C.p.c, o tribunal judicial, ao conhe-

cer do requerimento, não poderá recusar homologação à sentença arbitral se constatar:

- a) que uma das partes não tinha capacidade para concluir a convenção arbitral;
- b) que a convenção de arbitragem é inválida à luz da lei escolhida pelas partes ou, na ausência de indicação a respeito, à luz da lei do Québec;
- c) que a parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada sobre a nomeação de um árbitro ou sobre o procedimento arbitral, ou que lhe tenha sido, por qualquer outra razão, impossível defender-se;
- d) que a sentença trata de controvérsia não visada pela convenção arbitral ou não abrangida por suas disposições, ou que contenha decisão que ultrapasse os termos da referida convenção; ou
- e) que o modo de nomeação dos árbitros ou o procedimento arbitral aplicável não haja sido respeitado.

Esses meios de recusa da homologação deverão ser alegados pela parte adversa e, na hipótese mencionada na alínea d), o tribunal poderá dissociar a disposição inválida das outras disposições, válidas, da sentença e proceder à homologação destas últimas.

Poderá, igualmente, o tribunal, recusar *ex officio* a homologação da sentença arbitral se constatar que o objeto da controvérsia não é suscetível de solução pela via arbitral no Québec ou se a decisão dos árbitros ofende a ordem pública, como prevê a regra do art. 946.5 do C.p.c.

Segundo o art. 946.6 do C.p.c., a sentença arbitral, uma vez homologada, adquire a mesma força executiva de uma sentença proferida por tribunal judicial.

No que concerne aos ataques à sentença arbitral, o único possível no direito do Québec é o que visa à anulação da sentença, conforme o previsto nos arts. 947 a 947.4 do C.p.c.

Pode-se obter a anulação da sentença arbitral, de dois modos, segundo o art. 947.1 do C.p.c: seja por requerimento ao tribunal, no prazo extintivo de três meses contados da data em que a sentença foi prolatada e comunicada às partes, seja em defesa, durante o procedimento de homologação requerido pela parte adversa.

Os pressupostos da anulação são iguais aos previstos nos arts. 946.4 e 946.5 do C.p.c. Tal como no requerimento de homologação, ao tribunal judicial não é lícito reexaminar o mérito da controvérsia decidida pela via arbitral.

Pode o tribunal, a requerimento de uma das partes e para o fim de resguardar arbitragem realizada, ordenar a suspensão do procedimento de anulação durante o tempo que estime necessário, tudo com a finalidade de permitir aos árbitros que tomem as medidas necessárias à eliminação das causas de anulação, como prevê a regra contida no art. 947.3 do C.p.c.

No Brasil, ao contrário do Québec, a sentença arbitral não se sujeita à homologação judicial para adquirir força executiva.¹⁰⁸ Com efeito, a sentença arbitral é assimilada a um julgado estatal, suscetível de execução imediata, requerida perante o juiz competente para conhecer do litígio - arts. 18 e 31 da Lei nº 9307/96.

O único meio de ataque à decisão dos árbitros é a ação de anulação, prevista no art. 33, § 1º, que deve ser proposta pela parte interessada no prazo de noventa dias, contados da data de comunicação da sentença arbitral. É igualmente possível requerer a anulação da sentença como defesa no processo de execução forçada da sentença, como prevê o art. 33, § 3º, da nova lei.

As causas de anulação encontram-se previstas no art. 32 da nova lei, redigidas nos seguintes termos:

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

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; (relatório, normas das partes e resumo do litígio; fundamentos da decisão; dispositivo; data e lugar em que foi proferida);

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

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

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

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei (notificação dirigida ao árbitro pela parte interessada concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação de sentença arbitral);

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei (do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento)."

A decisão judicial que acolher a demanda fundada nas causas previstas no art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII decretará a nulidade da

sentença arbitral. Se a demanda fundar-se nas causas previstas no art. 32, incisos III, IV e V, o tribunal determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo.

Em princípio, tanto o sistema do Québec quanto o brasileiro refletem as perspectivas do moderno direito comparado sobre a eficácia e a definitividade da sentença arbitral.

O direito brasileiro assimila as sentenças arbitrais aos julgados estatais, dispensando a prévia homologação judicial da sentença. Em termos procedimentais, a desnecessidade de homologação rende homenagem à efetividade da decisão arbitral, constituindo traço distintivo do direito do Québec.

No que tange aos ataques à sentença arbitral, ambos os sistemas possuem meios semelhantes, em termos práticos, submetendo, inclusive, a ação do interessado a prazos extintivos idênticos.

10. O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

Quando uma arbitragem põe em causa os interesses do comércio internacional, freqüentemente o tribunal é constituído no território de um país neutro, que não possui qualquer vínculo com a causa ou com a relação controvertida. Em outros casos, o país em cujo território a sentença arbitral foi proferida não é aquele em que a parte vencedora possui domicílio ou seu principal estabelecimento e, por conseguinte, bens suscetíveis de apreensão e execução forçada.

Diante de tais situações, a sentença proferida em sede de arbitragem comercial internacional será não somente internacional, como também estrangeira, relativamente ao país no qual se pretende a sua execução.

O panorama jurídico atual, constituído de uma importante rede de tratados internacionais e de um número cada vez crescente de leis nacionais favoráveis à arbitragem, possibilita uma circulação bastante ágil das sentenças arbitrais estrangeiras, permitindo sua execução em grande parte dos países.¹⁰⁹

No direito do Québec, os arts. 948 a 951.2 do C.p.c. prevêem as regras aplicáveis ao pedido de reconhecimento e de execução de uma sentença arbitral proferida fora do território do Québec, proveniente de outra província canadense ou de um Estado estrangeiro, confirmada ou não por uma autoridade competente, isto é, homologada ou não por uma autoridade estatal estrangeira.¹¹⁰

Tais disposições têm inspiração direta na Convenção de Nova Iorque (1958), adotada pelo Canadá em 1986. O parágrafo primeiro do art. 948 do C.p.c prevê que, na hipótese de sentença proferida acerca de relação do comércio internacional, as regras sobre o pedido de reconhecimento e de execução devem interpretar-se segundo o sistema proposto na Convenção de Nova Iorque.

O pedido de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira é apresentado mediante requerimento de homologação, dirigido ao tribunal que, no Québec, teria competência para conhecer do litígio confiado aos árbitros. O requerimento deve fazer-se acompanhar do original ou de uma cópia da sentença arbitral e da convenção de arbitragem, traduzidos para o francês ou para o inglês, e autenticados por uma autoridade pública canadense ou estrangeira.¹¹¹

As únicas causas impeditivas do pedido de reconhecimento e de execução encontram-se previstas nos arts. 949 e 950 do C.p.c.

No Brasil, os arts. 34 a 40 da Lei nº 9.307/96 disciplinam a matéria e reproduzem, em essência, as regras da Convenção de Nova Iorque e as da Convenção do Panamá.¹¹² Esta última foi ratificada pelo Brasil em 1996, aplicando-se aos pedidos de reconhecimento e de execução de sentenças provenientes de um outro Estado-membro.¹¹³

O *caput* do art. 34 considera estrangeira a sentença proferida fora do território nacional. A autoridade judicial competente para conhecer da demanda é o Supremo Tribunal Federal (Corte Suprema). O pedido submete-se a um procedimento sumário previsto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁴

As condições formais, exigidas pelo art. 37, são idênticas às previstas pela Convenção de Nova Iorque e pela Convenção do Panamá, ou seja: o original ou uma cópia da sentença arbitral e da convenção de arbitragem, devidamente autenticadas e traduzidas em português.

As causas de recusa, previstas nos arts. 38 e 39 são muito semelhantes àquelas previstas pelo Código de Processo Civil do Québec (arts. 949 e 950).

O pedido de reconhecimento e de execução somente será recusado se a parte contra a qual a sentença arbitral for invocada demonstrar que:

- I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;
- II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à

qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada."

Ademais, o tribunal estatal, no Brasil e no Québec, pode recusar *ex officio* o pedido se:

I - segundo a *lex fori* o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão arbitral ofende a ordem pública.¹¹⁵

No Brasil, o sistema processual inspira-se nas codificações européias, mais formalistas que o sistema vigente na América do Norte. Com efeito, a título de exemplo desse formalismo, o Supremo Tribunal Federal não concedia *exequatur* a sentenças estrangeiras quando, independentemente da forma prevista no direito estrangeiro, a citação da parte domiciliada ou residente no Brasil não tivesse sido realizada em conformidade com as regras processuais previstas no direito interno. Com o advento da nova lei de arbitragem, seu art. 39 não mais considera atentatória da ordem pública nacional a citação da parte residente ou domiciliada no Brasil pelo modo previsto na convenção de arbitragem, desde que a essa parte se tenha assegurado tempo hábil para o exercício do direito de defesa. Essa disposição visa a evitar a recusa do pedido de reconhecimento e execução fundado na ausência de citação da parte residente ou domiciliada no Brasil pela via da carta rogatória, legitimando seu chamamento à arbitragem pelo modo previsto na convenção arbitral ou na lei aplicável ao procedimento de arbitragem.

Nota-se, igualmente, que a nova lei brasileira eliminou a exigência de um duplo *exequatur*, como condição de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira. Com efeito, a jurisprudência da Corte Suprema havia, há tempos, estabelecido que a sentença arbitral estrangeira devia vir chancelada por autoridade judicial do lugar em que

proferiu-se o laudo, antes de submeter-se ao processo homologatório perante a autoridade brasileira. Tal condição impedia, com freqüência, o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, tendo em vista que, em vários países - inclusive o Brasil, a partir da Lei nº 9.307/96 - não existe necessidade de homologação judicial de uma sentença arbitral.

Finalmente, o art. 951 do C.p.c. do Québec¹¹⁶ não encontra paralelo no direito brasileiro interno. Todavia, regra idêntica é encontrada no art. 6º da Convenção do Panamá.

Em conclusão, pode-se afirmar que ambos os sistemas de reconhecimento e de execução de sentenças arbitrais estrangeiras são bastante acessíveis e favoráveis à circulação internacional dos laudos, inspirando-se nos tratados internacionais em vigor.

10. CONCLUSÕES GERAIS

Encontramo-nos diante de dois regimes jurídicos que satisfazem as necessidades básicas do comércio internacional, em matéria de arbitragem comercial.

Ao nível da interpretação de uma relação comercial internacional, submetida à arbitragem, o sistema brasileiro não oferece diretivas seguras aos operadores do direito, diversamente do que ocorre no sistema do Québec. Destarte, pode-se temer que as arbitragens internacionais realizadas no Brasil sejam tratadas, pelos tribunais locais, como arbitragens nacionais, em detrimento de sua autonomia e de suas peculiaridades.

Porém, a grande fragilidade do quadro jurídico brasileiro, sem embargo da evolução verificada com o advento da Lei nº 9.307/96, encontra-se no sistema interno de direito internacional privado, composto de regras rígidas, mal adaptadas à complexidade e multiplicidade das relações contratuais internacionais e, sobretudo, omissas em relação ao princípio da autonomia da vontade das partes, em matéria obrigacional.

Tendo em vista que numa arbitragem internacional os árbitros são freqüentemente levados a aplicar regras de conflito, parece-nos essencial que o sistema de direito internacional privado da sede da arbitragem, se aplicável à disputa, seja compatível com a complexidade das relações jurídicas em causa.

Tanto no Québec, como no Brasil, a falta de tradição em matéria de arbitragem, em especial a internacional, apresenta dificuldades para aqueles que desejem recorrer a esse meio alternativo de resolu-

ção de controvérsias, notadamente em virtude da insegurança que tal panorama pode trazer às partes interessadas.

Esperamos que o incremento do comércio internacional e a internacionalização das relações jurídicas possibilitem a abertura de espírito e a quebra de preconceitos necessários a melhor compreender, melhor disciplinar e a melhor prevenir as divergências derivadas das relações transnacionais.

NOTAS

1. A. REDFERN et M. HUNTER. *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2ème éd. Paris, L.G.D.J. 1994, pp. 1-57; Ph. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Éditions Litec. 1996, pp. 3-6; R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, pp. 5-8.

2. Entre outros, temos: a Convenção das Nações Unidas sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (Nova Iorque, 1958); a Convenção para a solução de controvérsias relativas aos investimentos entre Estados e nacionais de Estados estrangeiros - CIRDI - Banco Mundial (Washington, 1965).

3. No plano interno - Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 - e, no plano internacional, a ratificação e promulgação, em 1996, da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975).

4. Em maio de 1986, com a anuência de todas as Províncias, o Canadá aderiu à Convenção de Nova Iorque (1958) sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Nesse mesmo mês, o Parlamento Federal editou duas leis: a lei sobre a Convenção das Nações Unidas concernente às sentenças arbitrais estrangeiras, que introduziu no direito canadense a Convenção de Nova Iorque, e a Lei concernente à arbitragem comercial, que pôs em vigor um **Código de arbitragem comercial** fundado na Lei-Modelo da CNUDCI. (N. LACASSE, "Chronique bibliographique sur les Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international", (1987) 18 R.G.D., p. 539).

5. Outras Províncias e Territórios canadenses, cujos sistemas jurídicos baseiam-se no direito comum (*common law*), editaram, em virtude da repartição de competências prevista na Constituição, novas leis sobre arbitragem, baseadas na Lei-Modelo da CNUDCI e na Convenção de Nova Iorque. Entre outras: Alberta, Colúmbia Britânica, Novo-Brunswick, Terra-Nova, Ontário, os Territórios do Noroeste e o Território de Yukon.

6. **Lei modificativa do Código Civil e do Código de Processo Civil** em matéria de arbitragem, que entrou em vigor em 1986.

7. Ou Lei-Tipo sobre arbitragem comercial internacional, adotada pela Comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional (CNUDCI), também conhecida pela sigla inglesa UNCITRAL, no dia 21 de junho de 1985. No plano federal, o Canadá adotou-a em 1986 (**Commercial Arbitration Act**, S.C. 1986, ch. 22).

8. Convenção das Nações Unidas sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (Nova Iorque, 10 de junho de 1958), que, em 1º de janeiro de 1996 contava com 108 Estados-membros, inclusive o Canadá (**United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act**, S.C. 1986, ch. 21). O Brasil, até o presente momento, não aderiu à Convenção de Nova Iorque.

9. P. BIÉNVENU, **Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux**, (1996) 56 R. du B. p. 48.

10. Desde 1975, a Organização dos Estados Americanos promoveu cinco conferências interamericanas especializadas em direito internacional privado: CIDIP I (Panamá, 1975); CIDIP II

(Montevideu, 1979); CIDIP III (La Paz, 1984); CIDIP IV (Montevideu, 1989); e CIDIP V (México, 1994). No âmbito das CIDIPs, 23 convenções interamericanas foram aprovadas, dentre as quais mais da metade encontra-se em vigor entre vários Estados-membros da OEA.

11. Associação de Livre-Comércio das Américas, ALCA.
12. O MERCOSUL - Mercado Comum do Cone Sul -, foi criado pelo Tratado de Assunção, firmado em 1991 entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Em 1996, o Chile e a Bolívia assinaram acordos de livre-comércio com o MERCOSUL.
13. O ALENA - Acordo de Livre-Comércio Norte Americano-, também conhecido em inglês como NAFTA, - foi firmado em 1992 entre o Canadá, os Estados Unidos e o México, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1994.
14. SAN TIAGO DANTAS, "Humanismo e Direito", in **Palavras de um Professor**, Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 138, citado por DOLINGER, Jacob, "Direito Internacional Privado", 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 42.
15. R.DAVID, **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains**, 9ème éd., Paris, Dalloz, p. 18.
16. G. - A. BEAUDOIN, "Fédération et confédération" dans **Essais sur la constitution**, pp. 65 a 74.
17. A. MOREL, "Histoire du Droit - sources et formation du droit", Faculté de Droit de l'Université de Montréal, Septembre 1986, p. 1.
18. A. MOREL, op. cit., p. 1.
19. Diferentemente do Canadá - nas matérias de competência legislativa provincial -, o Brasil adota a **teoria monista** do direito internacional. Na ausência de regras positivas dirigidas à solução de conflitos entre o direito interno e o direito internacional, o Supremo Tribunal Federal brasileiro adotou a teoria do **monismo moderado**, seguindo a qual o direito anterior é revogado pelo direito internacional e este pelo direito interno superveniente, salvo nos casos em que o tratado internacional disciplina de modo especial certas matérias, como a extradição ou o direito tributário. Esse sistema é comparável ao sistema adotado pela jurisprudência norte-americana, enunciada pela regra "later in time". Veja-se, sobre o assunto: JACOB DOLINGER, "Brazilian Supreme Court Solutions for Conflicts between Domestic and International Law: An Exercise in Eclecticism", in **Capital University Law Review** 22/1041 (1993), em português: "As Soluções da Suprema Corte Brasileira para Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo", trad. Ricardo R. Almeida, in **Revista Forense**, v. 334/71 - 107.
20. Desde 1866, não mais existe a figura da arbitragem compulsória no direito brasileiro.
21. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, publicada no Diário Oficial de 24 de setembro de 1996.
22. Ley nº 36/88, de 05 de dezembro de 1988.
23. Entre outras: (a) sobre as cartas rogatórias (Panamá, 1975); (b) sobre a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros (Montevideu, 1979); (c) sobre o regime legal das procurações a serem utilizadas no estrangeiro (Panamá, 1975); (d) sobre a lei aplicável em matéria de cheques (Panamá, 1975); (e) sobre as normas gerais de direito internacional privado (Montevideu, 1979).
24. O Brasil encontra-se ainda vinculado ao Protocolo de Genebra, de 1923, relativo às cláusulas de arbitragem, não havendo, todavia, ratificado a Convenção de Genebra, de 1927, sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.
25. Veja-se A. GARRO, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", in **Journal of International Arbitration**, v.1., nº 4, dec. 1984, p. 293.
26. endereço Internet www.iccwbo.org/html/brazil.htm
27. Câmara de Comércio Brasil-Canadá: Avenida Brig. Faria Lima, 1058, conj. 42 - CEP - 01452-000 - São Paulo - SP - tel: 55-11-8156420/8148226
28. A. REDFERN et M. HUNTER, op. cit., pp. 11-18; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B.

GOLDMAN, op. cit., pp. 47-69; R.DAVID, op. cit., p.92-106.

29. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. cit., pp. 47-48.
 30. A propósito, ver: C. A. ESPLUGUES, "National Intervention" in **International Commercial Arbitration**, (1988) 19 R.G.D. 233; J.-B. RACINE, "l'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public", tese de doutoramento apresentada e sustentada publicamente no dia 11 de janeiro de 1997 na Faculdade de Direito da Universidade de Nice-Sophia Antipolis, diante de banca composta, entre outros, por: MM. P. FOUCHARD, LALIVE et P. MAYER.
 31. O artigo 1.492 do Novo Código de Processo Civil francês prevê que: "É internacional a arbitragem que põe em causa os interesses do comércio internacional".
 32. Segundo essa norma: "Uma arbitragem é internacional se: a) as partes na convenção de arbitragem possuem, no momento da conclusão da referida convenção, seu estabelecimento em Estados diferentes; ou b) um dos lugares a seguir indicados situa-se fora do Estado no qual as partes possuem seu estabelecimento: I) o local da arbitragem se estipulado na convenção de arbitragem ou determinado em virtude desta convenção; II) todo lugar onde deverá executar-se uma parte substancial das obrigações emanadas da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio possui o vínculo mais estreito; ou c) as partes convencionaram expressamente que o objeto da convenção de arbitragem possui vínculos com mais de um país".
 33. S. THUILLEAUX, **L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne - Droit international privé**, Cowansville (Québec), Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 129.
 34. Com efeito, a lei brasileira não contém norma que trace distinção entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional realizada no território brasileiro. Somente o seu artigo 34 estabelece distinção entre uma sentença arbitral nacional (proferida no território brasileiro) e uma sentença estrangeira (proferida fora do território brasileiro), para fins de reconhecimento e execução da decisão arbitral.
 35. Essa lei, de caráter cogente, trata do pagamento de obrigações em moeda estrangeira exequíveis no Brasil. Trata-se do único diploma que contém definição legal de contrato internacional.
 36. J. GRANDINO RODAS, "Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais", S.L. ZARAGOZA DE ROVIRA "Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: Aspectos doutrinários e práticos", e doutrina citada, in **Contratos Internacionais**, coord. J. GRANDINO RODAS, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 10-11 e pp. 52-53;
 37. **Recurso Especial nº 616 - RJ (8900098535), julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 24 de abril de 1990**. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 13.08.90 e na Revista Lex - Jurisprudência nº 18, pp. 109-130.
- Tratou-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que cassara decisão de primeiro grau, homologatória de decisão arbitral, com fundamento na nulidade do laudo proferido na ausência de compromisso arbitral, devidamente firmado por duas testemunhas e contendo a qualificação dos árbitros. A arbitragem, realizada no Rio de Janeiro, teve por objeto dirimir controvérsias surgidas de contrato de comércio marítimo firmado por várias companhias de navegação (brasileiras, argentina e norueguesa), para o transporte de cargas, de portos brasileiros para outros, na costa do Oceano Atlântico, nos Estados Unidos da América do Norte, com o rateio das receitas de frete entre as partes. Conforme cláusula compromissória inserida no art. 13 do referido contrato e mediante comunicação datada de 03.05.1983, foi notificada a companhia norueguesa com o fim de, atendendo à vontade dos comunicantes, realizar a arbitragem. Ambas as partes indicaram seus árbitros, ocorrendo a nomeação de um terceiro, e instituiu-se o tribunal na data 23.01.1984. Determinou-se o local da arbitragem e desenvolveu-se o processo, segundo as Regras de Procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. Por fim, o tribunal arbitral proferiu sua decisão, em 18.12.85, condenando a empresa norueguesa. Requerida a homologação judicial do laudo, em 21.01.86, na forma dos arts. 1.097 e 1.098 do C.P.C. brasileiro, foi esta, apesar impugnada pela parte vencida, deferida em primeira instância. Interposto o recurso de apelação o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua 7ª Câmara Cível, decidiu pela reforma da sentença homologatória, decretando, ademais, a nulidade do

laudo pela ausência de compromisso arbitral, com a assinatura de duas testemunhas e a devida qualificação dos árbitros.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça traz a seguinte ementa:

“CLÁUSULA DE ARBITRAGEM EM CONTRATO INTERNACIONAL. REGRAS DO PROTOCOLO DE GENEVRA DE 1923.

1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula prescinde do ato subsequente do compromisso e por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.

2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida.

3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria.”

Ocorre que a decisão acima mencionada não somente configura caso isolado da jurisprudência brasileira, como também deixa de espelhar, em sua ementa, o verdadeiro entender do Superior Tribunal de Justiça sobre a vigência, no Brasil, das normas do Protocolo de Genebra. Com efeito, a causa restou decidida por maioria de votos, quatro a favor e um contra. Porém, o único juiz a votar no sentido da aplicação do Protocolo às arbitragens realizadas no Brasil foi o Ministro Gueiros Leite, aliás, redator da ementa referida. Os demais votantes - Min. Nilson Naves, Min. Eduardo Ribeiro e Min. Athos Gusmão Carneiro - conheceram e proveram o recurso com base em outro fundamento - de que, segundo o art. 243 do C.P.C. não poderia a companhia norueguesa requerer a nulidade da arbitragem, por vício formal, quando dela participara voluntariamente, defendendo-se e acompanhando-a em todos os seus trâmites, por força do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - e declararam que, por força da promulgação dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, teria ocorrido a revogação tácita das normas convencionais de Genebra.

Veja-se também o recente artigo do Prof. JÜRGEN SAMTLEBEN (“Procedimento Arbitral no Brasil - O Caso ‘Lloyd Brasileiro contra Ivarans Rederi’ do Superior Tribunal de Justiça”, *Revisita dos Tribunais* n° 704, pp. 276-281).

38. A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, p. 17.

39. Ainda que, segundo informação contida na obra de Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD e B. GOLDMAN (*op. cit.*, pp. 1061-3) o Canadá haja declarado, no momento de aderir à Convenção de Nova Iorque, que suas normas aplicar-se iam unicamente aos litígios oriundos de relações jurídicas, contratuais ou não, consideradas comerciais por sua lei nacional (cláusula de reserva de comercialidade).

40. O direito anterior sobre arbitragem, previsto no Código Civil (1916) e no Código de Processo Civil (1973), assim como a tradição jurídica brasileira, jamais limitaram a utilização da arbitragem aos assuntos comerciais, definidos como tais segundo o Código Comercial brasileiro (1850), inspirado na legislação francesa.

41. O artigo 1° da Convenção do Panamá encontra-se vazado nos seguintes termos:

“Art. 1° É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas, ou comunicações por telex.”

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

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

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

43. Convenção de arbitragem é o contrato gênero que inclui, como espécies, a **cláusula compromissória** e o **compromisso arbitral** - a primeira visa a litígio eventual, ao passo que o segundo dispõe sobre uma controvérsia atual, já surgida entre as partes.

44. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, (*op. cit.*, p341-430) indicam os seguin-

tes efeitos da convenção de arbitragem: **positivos** - a) obrigação, dirigida às partes, de remeter aos árbitros os litígios visados pela convenção de arbitragem; b) outorgar competência ao tribunal arbitral para conhecer o ou os litígios visados pela convenção de arbitragem e **negativo** - a proibição, dirigida aos juízes estatais, de solucionar os litígios visados pela convenção de arbitragem.

45. C. A. ESPLUGUES, *op. cit.*, p233-4.

46. *Idem, ibidem*, 234.

47. *Idem ibidem*, 235, nota 17.

48. Essa decisão, proferida em sede de arbitragem internacional, afirmou que um tribunal, diante de uma cláusula compromissória perfeita, vê-se privado de sua competência. Tratava-se de litígio surgido entre uma sociedade canadense e uma estatal polonesa, acerca de contrato de distribuição de filmes poloneses no Canadá, concluído em Montreal. A sociedade canadense alegava violação da cláusula de exclusividade e a anulação ilegal do contrato. Em conformidade com a cláusula compromissória inclusa no contrato, dirigiu-se a uma corte arbitral em Varsóvia, a fim de obter compensação. O tribunal arbitral rejeitou seu pleito, acolhendo o pedido reconvenicional da parte polonesa. Posteriormente, a parte canadense ajuizou nova demanda (judicial) perante a Corte Superior, no Québec, fundada nas mesmas causas do pedido julgado em sede de arbitragem. Baseando-se na cláusula compromissória, a sociedade polonesa apresentou, sete anos após a propositura da ação, exceção de incompetência. Sustentava a incompetência *rationae materiae* da Corte Superior. Esta última rejeitou a exceção, mas a Corte de Apelação reformou a decisão de primeiro grau, negando competência à corte estatal. A Corte Suprema do Canadá confirmou o julgado, nos termos seguintes: “A mera presença no contrato de cláusula compromissória seria suficiente para o malogro da ação da apelante. Adotando o art. 951 do C.p.c em sua forma atual, o legislador reconheceu a validade e a legalidade da cláusula compromissória perfeita no direito do Québec. Face a uma semelhante cláusula, um tribunal vê-se privado de sua competência; não pode examinar o fundo da controvérsia (art. 950 do C.p.c.). Na espécie, a cláusula estipulada no contrato é uma cláusula compromissória perfeita. Os termos utilizados pelas partes não podem ser interpretados de outro modo. A incompetência *rationae materiae* da Corte Superior poderia ser suscitada a qualquer momento. Quanto à questão da apelação, a jurisprudência orientou-se há muito no sentido de que uma decisão interlocutória que rejeita exceção de incompetência fica sujeita a recurso de apelação.”

49. “Commentaires du ministre de la Justice”, Québec, Les Publications du Québec, 1993, tome II, p. 1.649.

50. O artigo 2.639 enuncia as exceções ao princípio da arbitrabilidade, afirmado pelo artigo 2.638, e refere-se aos litígios que digam respeito ao: **estado e capacidade das pessoas; matéria de direito de família; e outras questões que interessem à ordem pública**. O parágrafo segundo do artigo 2.639 do C.c.Q. declara que a restrição concernente às questões de ordem pública não impedem que os árbitros decidam uma controvérsia aplicando normas de ordem pública. É lhes vedado, por certo, julgar questão de ordem pública inserida em relação privada das partes em litígio. Veja-se, a propósito, K. DELANEY-BEAUSOLEIL, *op. cit.*, p. 579, doutrina e jurisprudência citadas.

51. O artigo 3.138 do C.c.Q. fixa os critérios de competência das autoridades judiciárias do Québec nas ações pessoais de natureza patrimonial. Na hipótese em que as partes hajam convencionado submeter suas controvérsias à arbitragem, as autoridades estatais serão incompetentes para conhecer do litígio, a menos que o réu na ação judicial reconheça tal competência ou, ainda, que a controvérsia enquadre-se nas hipóteses previstas no artigo 3.149 (relação de consumo e contrato de trabalho).

52. O artigo 940.1 do C.p.c tem a seguinte dicção:

“940.1. Enquanto a causa não estiver inscrita, um tribunal, diante de litígio acerca do qual as partes concluíram uma convenção de arbitragem, remeterá as partes à arbitragem, a requerimento de uma delas, a menos que constate a nulidade da convenção.

O procedimento arbitral pode, todavia, iniciar-se ou prosseguir e uma sentença poderá ser proferida enquanto o tribunal não houver decidido.”

53. K. DELANEY-BEAUSOLEIL, *op. cit.*, p456-590.

54. A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd., (1990) R.J.Q. 1681, 1685 (C.S)

55. Tratava-se de um contrato de montagem, venda e distribuição de produtos, concluído entre uma sociedade italiana e uma sociedade canadense, em que as partes inseriram uma cláusula de arbitragem, segundo a qual toda contravérsia acerca do referido contrato seria decidida por um árbitro, em Milão, na Itália. A sociedade italiana ajuizou ação no Québec e a ré, por sua vez, contestou-a, demandando sua rejeição sob o fundamento de que o contrato firmado entre as partes continha uma cláusula compromissória. A Corte Superior decidiu a lide nos termos seguintes: "Os artigos 940 e seguintes do C.p.c não distinguem a arbitragem doméstica da arbitragem internacional. A instituição da convenção de arbitragem faz hoje em dia parte de nosso direito civil (arts. 1926.1 a 1926.6 do C.c.Q). Tendo em vista a nova orientação claramente expressa a partir de 11 de novembro de 1986 (Lei modificativa do Código Civil e do Código de Processo Civil em matéria de arbitragem) pelo legislador a respeito das convenções de arbitragem, toda intervenção judiciária neste domínio deve, doravante, ficar limitada aos casos previstos na lei, a fim de permitir a realização do objetivo fundamental, visado pelo legislador na matéria, ou seja, o esgotamento do procedimento arbitral anteriormente ao recurso aos tribunais. O fato de uma das partes requerer precisões quanto à demanda inicial, proceder a interrogatório antes de apresentar defesa, sem reserva nem menção ao seu direito à arbitragem não constitui renúncia ao procedimento arbitral. O direito à arbitragem vale tanto tempo quanto a causa não se encontre inscrita para julgamento (art. 940.1 do C.p.c). A inscrição da causa *ex parte* apresentada pela ré no mês de dezembro de 1989 não constitui a inscrição visada pelo artigo 940.1 do C.p.c., mas sim a inscrição no rol, prevista nos artigos 175 e 274 do C.p.c.. O artigo 943 do C.p.c. prevê que o árbitro pode estatuir sobre a sua própria competência, de sorte que o árbitro decidirá se está ou não em presença de uma controvérsia visada pela cláusula compromissória. Não é impossível que o árbitro decline de sua competência, caso em que as partes deverão dirigir-se novamente a um tribunal de direito comum. Seria, portanto, inapropriado rejeitar a ação da ré no estado atual do processo. É mais oportuno suspender o presente processo até que se esgote todo o procedimento arbitral."

56. Segundo a jurisprudência da Corte de Apelação - Wolray Hotels Ltd. c. Québec City Hotel Partner-Ship, [1992] R.D.J. 349 (C.A), citada por K. DELANEY-BEAUSOLEIL, *op. cit.*, 453.

57. *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc. et autres*, [1944] R.J.Q. 1183 a 1188 (C.A.)

58. *Maryse Claves et autres* (autores principais) intentaram ação coletiva em nome de todos os espectadores que assistiram a um concerto onde deveriam se apresentar vários grupos musicais. Reclamavam do produtor do concerto Donald K. Donald Inc. o reembolso do valor da entrada e este último denunciou da lide o grupo musical Guns N'Roses, segundo ele responsável pelo fim prematuro do concerto. O grupo musical ofereceu exceção de incompetência, sustentando a ausência de competência da Corte Superior para apreciar a ação acessória (de garantia) em razão da presença, no contrato, de cláusula de arbitragem ligando-o ao produtor. A Corte de Apelação decidiu a controvérsia nos seguintes termos: "De um lado, as cláusulas de arbitragem devem ser interpretadas positivamente e não restritivamente, como decidiu o primeiro magistrado. De outro lado, a cláusula compromissória em litígio abrange a presente situação, ou seja, a sabotagem deliberada e gratuita do concerto, e ela se aplica mesmo se a reclamação vem de um terceiro e não de uma das partes do contrato. Ademais, em razão do artigo 71 do Código de processo civil, que prevê que a demanda incidental em garantia deve ser ajuizada perante o tribunal onde pende a demanda principal, a Corte Superior tem competência para conhecer na espécie a ação em garantia mesmo se normalmente ela não tivesse competência em razão da cláusula compromissória. Privar o produtor do exercício da denúnciação da lide (recurso em garantia) impediria a solução completa do litígio, pois a única causa da ação é a conduta do grupo musical, e tal circunstância lhe subtrairia o direito de que as duas ações fossem conhecidas conjuntamente e decididas em um único julgamento."

59. O direito anterior (regas do Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência), somente reconheciam esse efeito ao compromisso arbitral, desde que este último satisfizesse as inúmeras

exigências formais do artigo 1074 do CPC, hoje revogado. A cláusula compromissória era desprovida de toda eficácia executiva (*specific performance*).

60. Bélanger c. 2846-7405 Québec inc., J.E. 91 - 1064 (C.S), citado por K. DELANEY-BEAUSOLEIL, *op. cit.*, p. 586.

61. Ou quando tratar-se de uma arbitragem *ad hoc* semi-organizada, em que as partes a submetem às regras de arbitragem de uma determinada instituição, reproduzindo o regulamento da referida instituição, que preveja uma "autoridade incumbida da nomeação" no caso em que problemas dessa espécie emergirem entre as partes.

62. C. A ESPLUGUES, *op. cit.*, 239. Por exemplo, podemos citar o artigo 2 (3) (4) do Regulamento de arbitragem da CCI e as seções 13 e 14 do Regulamento de arbitragem internacional da AAA.

63. Artigos 941.3; 942.7; 943.2 e 945.8 do C.p.c.

64. C.A. ESPLUGUES, *op. cit.*, p92-7.

65. Tal como no artigo 940.2 do C.p.c do Québec, a autoridade judiciária mencionada na lei brasileira é aquela que seria competente para conhecer e decidir o litígio confiado aos árbitros.

66. Trata-se de um procedimento sumário, previsto no artigo 7º da nova lei brasileira.

67. Na hipótese de revelia do réu, o juiz decidirá sobre o compromisso arbitral e a nomeação dos árbitros, reenviando a questão à arbitragem.

68. Artigos 796 e seguintes do C.p.c (*medidas cautelares*).

69. no Québec e no Brasil, os árbitros são competentes para estatuir sobre a sua própria competência - *kompetenz-kompetenz* - tal como previsto no artigo 943 do C.p.c do Québec e no artigo 20, *caput*, e §§ 1º e 2º, da lei brasileira.

70. C.A ESPLUGUES, *op. cit.*, P. 93.

71. Artigo 2.642 do C.c.Q. e artigo 8º da Lei nº 9.307/96.

72. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD e B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 227. Segundo os autores, a jurisprudência arbitral também reconhece que, em razão da autonomia da convenção de arbitragem, o direito aplicável à convenção pode ser diverso do direito aplicável ao fundo da controvérsia ou ao contrato litigioso.

73. As normas do direito internacional privado do Québec constituem um código, localizado no interior do Novo Código Civil, em vigor desde o dia 1º de janeiro de 1994. Sua regras são encontradas nos artigos 3.076 a 3.168 do C.c.Q.

74. "Art. 3.109. A forma do ato jurídico é regida pela lei do local de sua celebração.

É todavia válido o ato celebrado na forma da lei aplicável à sua substância ou na forma da lei do local em que, por ocasião de sua conclusão, são situados os bens objetos do ato, ou ainda na forma da lei do domicílio de uma das partes, por ocasião da conclusão do ato.

...

Art. 3.111. O ato jurídico, apresentando ou não um elemento de estraneidade, é regido pela lei designada expressamente no ato ou cuja designação resulta de modo certo das disposições do próprio ato.

Todavia se o ato não apresenta qualquer elemento de estraneidade, mantém-se sujeito às disposições imperativas da lei do Estado que se aplicaria na ausência de designação.

Pode-se designar expressamente a lei aplicável à totalidade ou somente a uma parte do ato jurídico.

Art. 3.112. Na ausência de designação da lei aplicável ao ato ou se a lei designada torna inválido o ato jurídico, os tribunais aplicarão a lei do Estado que, tendo em vista a natureza do ato e as circunstâncias que o envolvem, apresenta os vínculos mais estreitos com o dito ato jurídico.

Art. 3.113. Os vínculos mais estreitos presumem-se existentes com a lei do Estado no qual a parte que deve cumprir a prestação característica do ato jurídico possui sua residência, se o ato é concluído no curso das atividades de uma empresa, seu estabelecimento."

Nota: Os artigos 3.114 e 3.116 determinam regras especiais sobre o direito aplicável ao contrato de venda e ao de representação convencional.

75. Trata-se de um elemento alternativo de conexão, que exprime o princípio do **favor negotii** e que visa a favorecer a validade dos atos jurídicos.

76. J. TALPIS et J. -G. CASTEL, "Le Code Civil du Québec - Interprétation des règles du droit international privé". in **La Réforme du Code Civil**, Sainte-Foy (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 1993, vol. II, 2384.

77. "Art. 3.083. O estado e a capacidade de uma pessoa física são regidos pela lei de seu domicílio.

O estado e a capacidade de uma pessoa jurídica são regidos pela lei do Estado em virtude da qual foi constituída, sob reserva, quanto à sua atividade, da lei do local onde tal atividade é exercida.

Art. 3.084. Em caso de urgência ou de sério inconveniente, a lei do tribunal (lei do foro) poderá ser aplicada a título provisório, no objetivo de assegurar a proteção de uma pessoa ou de seus bens.

Art. 3.086. A parte num ato jurídico, que é incapaz segundo a lei do Estado de seu domicílio não poderá invocar tal incapacidade se era capaz segundo a lei do Estado do domicílio da outra parte, quando o ato foi celebrado neste último Estado, a menos que a outra parte tivesse conhecimento ou devesse ter conhecimento da referida incapacidade.

Art. 3.087. A pessoa jurídica que é parte num ato jurídico não pode invocar restrições ao poder de representação das pessoas que agem em seu nome se tais restrições não existiam segundo a lei do Estado do domicílio da outra parte, quando o ato tiver sido celebrado neste último Estado, a menos que a outra parte tivesse conhecimento ou devesse ter conhecimento de tais restrições em razão de sua função ou de sua relação com a parte que as invoca."

Nota: o artigo 3.085 não foi transcrito, dada a ausência de ligação com o tema aqui tratado.

78. "Art. 3.076. As regras do presente livro aplicam-se sob reserva das regras de direito em vigor no Québec cuja aplicação se impõe em razão de seu objetivo particular.

Art. 3.079. Quando interesses legítimos e manifestamente preponderantes o exigirem, poderá dar-se efeito a uma disposição imperativa da lei de um outro Estado com qual, a situação jurídica apresente um vínculo estreito.

Para assim decidir, ter-se-á em conta o objeto da disposição, assim como as consequências que trará a sua aplicação."

79. Quanto à doutrina, ver, por todos, NADIA DE ARAÚJO, **Contratos Internacionais - Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**, atualizado com a Lei de Arbitragem (nº 9.307/96), Rio, Ed. Renovar, 1997. O princípio não é consagrado pela jurisprudência dos Estados-membros do MERCOSUL (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai). Porém, esses países são signatários da Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, que adota expressamente o princípio da autonomia da vontade nos artigos 7º e 8º. Espera-se, portanto, uma importante mudança de atitude quando essa convenção entrar em vigor entre os países do MERCOSUL.

80. Ver, em seguida, a discussão acerca da lei aplicável à substância do litígio.

81. Tais regras constituem um direito costumeiro transnacional das relações econômicas internacionais, conhecido pela denominação de **lex mercatoria**. A título de exemplo, podemos citar: os Princípios relativos aos contratos do comércio internacional elaborados pelo UNIDROIT e os INCOTERMS da CCI. Sobre a discussão acerca de sua existência e conteúdo, ver: Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, p2313-847, doutrina e jurisprudência citados.

82. A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, pp. 103-4.

83. Segundo Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD e B. GOLDMAN (*op.cit.*, p2384-889), trata-se de método criticável, tendo em vista a missão delicada atribuída aos árbitros. Em síntese, o árbitro dispõe de três alternativas: o **método cumulativo**, que consiste na aplicação simultânea das regras de conflitos de todos os sistemas que apresentem vínculo com a relação litigiosa,

resultando, tal aplicação, num resultado idêntico; o **método dos princípios gerais do direito internacional privado**, que consiste na identificação, no conjunto dos principais sistemas de direito internacional privado, de princípios comuns ou de princípios geralmente aceitos; e o **método da livre escolha de uma regra de conflito**, que consiste na seleção - ou mesmo na elaboração - da regra de conflito que pareça a mais adequada na espécie.

84. O artigo 13 (3) do Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional prevê que: "As partes são livres para determinar o direito que o árbitro deverá aplicar ao fundo do litígio. Na ausência de indicação do direito aplicável pelas partes, o árbitro aplicará a lei designada pela regra de conflito que julgar apropriada na espécie".

De modo diverso, nas arbitragens submetidas às Regras de Arbitragem Internacional da Associação Americana de Arbitragem (AAA) - artigo 29 - ou as regras de arbitragem da CAMCA (**Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas**) - art. 30, prevê-se que: "O tribunal deve aplicar a lei substantiva ou leis designadas pelas partes como aplicáveis à controvérsia. Na ausência de uma tal designação pelas partes, o tribunal deve aplicar a lei ou as leis que julgar apropriadas."

85. Quanto à possibilidade de aplicação de um sistema jurídico a-nacional, A. REDFERN et M. HUNTER (*op. cit.*, p. 100) opinam no sentido de que a Lei-Modelo, ao mesmo tempo em que outorga expressamente às partes a liberdade de escolher "aquelas regras de direito" que desejem, parece exigir que o tribunal arbitral aplique "a lei designada pela regra de conflito de leis que julgue aplicável na espécie", se essa escolha lhe for incumbida. Em outras palavras, a Lei-Modelo não autoriza a escolha, pelos árbitros, de um direito a-nacional. No mesmo sentido, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, 2393.

86. A Comissão, criada em 1934 por resolução da VII Conferência Internacional dos Estados Americanos, é uma instituição não-governamental com sede em Washington, D.C., dotada de seções nacionais na maioria dos Estados latino-americanos.

87. Aprovado pela Resolução nº 31/76 da Assembléia Geral das Nações Unidas de 15 de dezembro de 1976.

88. O mencionado artigo tem a seguinte dicção:

"1. O tribunal arbitral aplicará a lei que as partes hajam indicado como aplicável ao fundo do litígio. Se as partes não indicarem a lei aplicável, o tribunal arbitral aplicará a lei determinada pelas regras de conflitos de leis que estime aplicáveis.

2. O tribunal arbitral decidirá como amigável compositor (**ex aequo et bono**) somente se as partes o hajam expressamente autorizado e se a lei aplicável ao procedimento arbitral permitir esse tipo de arbitragem.

3. Em todo caso, o tribunal arbitral decidirá em conformidade com as estipulações do contrato e levará em consideração os usos comerciais aplicáveis ao caso."

89. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, 2354.

90. *Idem*, *ibidem*, 2354-878.

91. No Brasil, tais normas seriam denominadas, conforme o caso, de: **leis imperativas, normas de ordem pública ou leis cogentes**.

92. Esses são os critérios gerais de determinação das leis de aplicação imediata (leis imperativas) estabelecidos pelo legislador suíço, citados por H. PATRICK GLENN, "Droit International Privé", in **La Réforme du Code Civil**, Sainte-Foy (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 1993, vol. 3, p. 679.

93. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, 2360.

94. Código Civil do Québec, artigos 3.076 e 3.079; Lei federal sobre o direito internacional privado suíço, artigos 18 e 19; Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, artigo 7º; Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais (México, 1994), artigo 11. No Brasil, os limites à aplicação da lei estrangeira encontram-se previstos no artigo 17 de LICC (DIP), que determina, de modo genérico, que nenhum ato, lei ou sentença estrangeira terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. No direito da arbitragem, os

únicos limites à escolha da lei aplicável pelas partes ligam-se à violação dos bons costumes e à ofensa à ordem pública, previstos no art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/96.

95. As leis de aplicação imediata do sistema jurídico eleito pelas partes devem incontestavelmente ser aplicadas, seja pelos juízes, seja pelos árbitros, a menos que ofendam a ordem pública do foro ou a ordem pública verdadeiramente internacional a que se sujeitam os árbitros.

96. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, p2362-3.

97. *Idem, ibidem*, p2361-3.

98. Nesse caso, uma lei diversa que a lei aplicável ao contrato, que profbe, por exemplo, a exportação de mercadorias nas condições fixadas pelo contrato, poderia ser considerada como evento de força maior pela lei aplicável ao contrato, tendo em vista as condições definidas por esta última.

99. O autor alude a árbitros que realizem sua missão em solo francês e observa que não estão adstritos à aplicação do artigo 7º, § 1º, da Convenção de Roma. Ademais, critica a idéia, surgida na Suíça, de obrigar os árbitros que ali realizam sua missão, a aplicar o artigo 19 da lei de direito internacional privado, que permite ao juiz estatal levar em consideração leis de política estrangeiras.

100. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, 2361-3.

101. *Idem, ibidem*, 2366.

102. R. B. SANTOS BELANDRO, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Montevideo, Fundacion de Cultura Universitaria, 1996, pp. 114-122.

103. *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publication du Québec, 1993, tome II, p. 1649.

104. Essas normas tratam da competência jurisdicional, da notificação de documentos, do recurso contra decisão judicial proferida sobre o procedimento arbitral e da homologação e da anulação da sentença arbitral.

105. A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, p. 288.

106. Que, segundo o artigo 940 do C.p.c., não podem ser afastadas pela vontade das partes.

107. **Requête**, em francês, que não se identifica com **action**, necessariamente.

108. No direito anterior, tal não era o caso, pois o Código de Processo Civil exigia a homologação da sentença arbitral pelo tribunal estatal, a fim de que tal decisão lhe conferisse força executiva. Esse procedimento, sem revisão do mérito da decisão, era por vezes mais longo que a arbitragem. Veja-se nota 34, *supra*.

109. Veja-se nota 2, *supra*.

110. K. DELANEY-BEAUSOLEIL, *op. cit.*, 670.

111. O primeiro parágrafo do artigo 949.1 do C.p.c. possui a seguinte dicção:

“O requerimento deve ser acompanhado do original ou de um cópia da sentença arbitral e da convenção de arbitragem. O original ou a cópia dessas últimas devem estar autenticadas, seja por um representante oficial do governo do Canadá, seja por um delegado geral, um delegado ou chefe de serviço do Québec que exerça suas funções no exterior, seja pelo governo ou por um servidor público do lugar onde a sentença foi proferida.”

112. A Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional (Panamá 1975) está em vigor em 16 Estados americanos: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai, e Venezuela (em 1º de agosto de 1996). Essa convenção reproduz, em essência, as disposições da Convenção de Nova Iorque (1958).

113. Sob o aspecto procedimental, a Convenção do Panamá complementa-se com as disposições da Convenção interamericana sobre a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros (Montevideo, 1979), igualmente ratificada pelo Brasil.

114. Artigo 35 da Lei nº 9.307/96. Segundo a Constituição Brasileira (art. 102, I, h) os pedi-

dos de reconhecimento e de execução de sentenças estrangeiras - judiciais ou arbitrais -, assim como as cartas rogatórias são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, sem que haja revisão do mérito da decisão. A execução forçada do julgado faz-se perante o juiz federal de primeira instância.

115. Trata-se aqui da ordem pública internacional e não da ordem pública interna. Veja-se sobre o assunto, a decisão proferida pela Corte de Apelação do Québec no caso **Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.** [1992] R.J.Q. 302 - sobre o reconhecimento de uma dívida de jogo contraída em cassino norte-americano -, bem como várias decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

116. O artigo 951 do C.p.c possui a seguinte dicção:

“951. O tribunal poderá adiar o pedido de reconhecimento e de execução de uma sentença arbitral se sua anulação ou sua suspensão forem requeridas à autoridade competente referida no § 6º do artigo 950.

O tribunal poderá, então, a requerimento da parte que pede o reconhecimento e a execução da sentença, determinar que a parte contrária preste caução.”