

BRASIL E FRANÇA:

A ARBITRAGEM NA VISÃO COMPARADA

BRÉSIL ET FRANCE:

L'ARBITRAGE DANS UNE VISION COMPARATIVE

ORGANIZADORES

ORGANISATEURS

LUIS FELIPE SALOMÃO

CESAR CUNHA CAMPOS

ARNOLDO WALD

JEAN-NÖEL ACQUAVIVA

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

ISABEL GALLOTTI

LUIZ OLAVO BAPTISTA

NANCY ANDRIGHI

PATRICK MATET

OG FERNANDES

BRASIL E FRANÇA:

A ARBITRAGEM NA VISÃO COMPARADA

BRÉSIL ET FRANCE:

L'ARBITRAGE DANS UNE VISION COMPARATIVE

ORGANIZADORES

ORGANISATEURS

LUIS FELIPE SALOMÃO

CESAR CUNHA CAMPOS

ARNOLDO WALD

JEAN-NÖEL ACQUAVIVA

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

ISABEL GALLOTTI

LUIZ OLAVO BAPTISTA

NANCY ANDRIGHI

PATRICK MATET

OG FERNANDES



Diretor | Directeur
Cesar Cunha Campos

Diretor Técnico | Directeur technique
Ricardo Simonsen

Diretor de Controle | Directeur de contrôle
Antônio Carlos Kfourir Aidar

Diretor de Qualidade | Directeur de qualité
Francisco Eduardo Torres de Sá

Diretor de Mercado | Directeur de marché
Sidnei Gonzalez

FICHA TÉCNICA | FICHE TECHNIQUE

Organizadores | Organisateurs
Cesar Cunha Campos | Luis Felipe Salomão

Editor Responsável | Editeur responsable
Sidnei Gonzalez

Orientação técnica | Conseil technique
Juliana Loss

Coordenação editorial | Coordination éditoriale
Manuela Fantinato

Coordenação de design | Coordination de conception
Patricia Werner

Produção editorial | Production éditoriale
Talita Marçal | Luísa Pontes

Projeto gráfico e diagramação | Projet graphique et mise en page
Julia Travassos | Bianca Sili

Edição e revisão | Edition et révision
Isabel Ferreira | Ligia Lopes | Marina Bichara

Tradução | Traduction
Patrice Charles Guillaume | Maria Paula Autran

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.
A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: www.fgv.br/fgvprojetos.
Le contenu de cette publication engage les seuls auteurs et ne reflète pas nécessairement l'opinion de la FGV.
La divulgation de cette édition est gratuite, et est disponible en téléchargement sur le site : www.fgv.br/fgvprojetos.

ISBN 978-85-64878-53-2

SUMÁRIO

SOMMAIRE

Prefácio

<i>Préface</i>	05
Cesar Cunha Campos	

Apresentação

<i>Présentation</i>	09
Luis Felipe Salomão e Jean-Philippe Rivaud	

Capítulo 1. Concepções Brasileiras e Francesas sobre Contrariedade à Ordem Pública em Matéria de Arbitragem Internacional

<i>Chapitre 1. Conceptions brésiliennes et françaises concernant la contrariété à l'ordre public en matière d'arbitrage international</i>	15
Nancy Andrighi	16
Isabel Gallotti	24
Patrick Matet	36
Luiz Olavo Baptista	52

Capítulo 2. Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira

<i>Chapitre 2. Homologation de la sentence arbitrale étrangère</i>	60
João Otávio de Noronha	62
Og Fernandes	70
Jean-Noël Acquaviva	82
Arnoldo Wald	108

NOTA DOS EDITORES

NOTE DES ÉDITEURS

Esta publicação é resultado do seminário “Superior Tribunal de Justiça e Corte de Cassação Francesa: A Arbitragem na Visão Comparada”, realizado no dia 25 de setembro de 2017, no STJ, em Brasília. Os textos reunidos nesta compilação foram baseados no conteúdo das palestras proferidas durante o seminário, ou a partir de suas gravações, adotando-se as devidas adaptações. Os artigos que compõem essa publicação expressam a opinião dos autores, não representando necessariamente a opinião institucional da Fundação Getúlio Vargas, e a venda deste livro é proibida.

Cette publication est le résultat du Séminaire «Brésil et France : l'arbitrage dans une vision comparative» réalisé le 25 septembre 2017, au siège du STJ à Brasilia. Les textes réunis dans cette compilation ont été produits sur la base des interventions prononcées au cours du séminaire, ou de l'enregistrement de celles-ci, avec les ajustements appropriés. Les articles qui composent cette publication expriment l'opinion des auteurs, et ne représentent pas nécessairement l'opinion institutionnelle de la Fondation Getúlio Vargas. La vente de cet ouvrage est interdite.

PREFÁCIO

PRÉFACE

Brasil e França são exemplos bem-sucedidos do uso da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos, notadamente os empresariais internacionais. Ano após ano, ambos figuram na lista dos cinco países com mais partes que aderem à arbitragem na Câmara de Comércio Internacional em Paris. No Brasil, o êxito da arbitragem internacional influenciou positivamente o crescimento da prática em âmbito doméstico.

Uma das principais razões para o sucesso e segurança da via arbitral reside justamente na forma de atuação do Poder Judiciário e na existência de normas claras e seguras – como é o caso da lei brasileira nº 9.307/1996 e dos Códigos de Processo Civil dos dois países.

No campo do direito comparado, a arbitragem oferece grande riqueza e espaço para análises da atuação em diferentes países, uma vez que compreende um arcabouço robusto de normas internacionais (como a Convenção de Nova York) e uma certa consonância nos moldes da prática, promovendo o fortalecimento e legitimidade do uso métodos extrajudiciais.

Le Brésil et la France sont des exemples réussis de l'utilisation de l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des conflits, tout particulièrement ceux qui concernent les affaires internationales. Année après année, les deux pays figurent sur la liste des cinq pays dont le plus grand nombre de parties adhèrent à la procédure d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale à Paris. Au Brésil, le succès de l'arbitrage international a influencé de façon positive l'approfondissement de cette pratique au niveau national.

L'une des principales raisons du succès et de la sécurité de la voie d'arbitrage est précisément la forme d'action du Pouvoir judiciaire à son endroit, et l'existence de normes précises et solides – comme c'est le cas de la loi brésilienne n° 9.307/1996 et des codes de Procédure civile des deux pays.

Dans le domaine du droit comparé, l'arbitrage est susceptible d'offrir des espaces particulièrement riches pour l'analyse des actions dans différents pays, du fait de compter une structure solide de normes

Com vistas a estabelecer intercâmbio entre as jurisprudências francesa e brasileira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a Corte de Cassação realizaram, no segundo semestre de 2017, em Brasília, o seminário “Superior Tribunal de Justiça e Corte de Cassação Francesa: A Arbitragem na Visão Comparada”, cujos debates originaram os textos publicados nesta obra. Todos reproduzem o conteúdo das palestras proferidas durante o evento, exprimindo proposições e reflexões acerca de temas como as concepções dos dois países sobre contrariedade à ordem pública em matéria de arbitragem internacional e a homologação da sentença arbitral estrangeira.

Sob a coordenação técnica e científica do ministro Luis Felipe Salomão, do STJ, o evento foi concebido de forma inédita, acompanhando a tendência atual de estímulo ao uso de meios adequados para resolução de conflitos. Os autores (juristas, autoridades e especialistas) assumiram o desafio de promover o diálogo entre a cultura jurisdicional de ambos os países, ao abordarem os principais desafios e contornos dos precedentes da arbitragem no cenário franco-brasileiro. Um dos pontos debatidos de grande evidência foi o reconhecimento e cumprimento de sentença arbitral estrangeira e notas interpretativas em cada país, no que diz respeito ao conteúdo conceitual de ordem pública.

Ao publicar este livro, espera-se contribuir para o aprofundamento do estudo acerca do papel das instituições judiciárias nacionais - tanto na promoção do fortalecimento da arbitragem internacional, quanto no acesso às tendências jurisprudenciais dos dois países,

internationales (telles que la Convention de New York) en plus d'une certaine conformité dans les pratiques, ce qui encourage le développement et la légitimité de l'utilisation des méthodes extrajudiciaires.

Dans le but d'établir des échanges entre la jurisprudence française et brésilienne, le Tribunal supérieur de justice brésilien (STJ) et la Cour de cassation française ont réalisé à Brasilia, au cours la seconde moitié de 2017, le séminaire “Brésil et France : l'arbitrage dans une vision comparative”, dont les débats sont à l'origine des textes publiés dans le présent ouvrage. Ils reproduisent l'intégralité du contenu des interventions prononcées lors de cette manifestation, exprimant des propositions et des réflexions sur des sujets tels que les conceptions des deux pays en ce qui concerne l'occurrence de contradictions avec l'ordre public dans le domaine de l'arbitrage international, et l'homologation de sentences d'arbitrage étrangères.

Sous la coordination technique et scientifique du ministre Luis Felipe Salomão du Tribunal Supérieur de Justice, l'événement a été conçu sous un aspect sans précédents, conformément à la tendance actuelle d'encouragement à l'utilisation de moyens adéquats pour la résolution des conflits. Les auteurs (juristes, autorités et spécialistes) ont relevé la gageure de promouvoir le dialogue entre la culture judiciaire des deux pays en abordant les principaux défis et les grandes lignes des précédents d'arbitrage dans le contexte franco-brésilien. L'un des points les plus débattus a été la reconnaissance et la conformité des arbitrages et des notes inter-

que são referência em arbitragem.

Boa leitura!

prétatives à l'étranger dans chaque pays, en ce qui concerne le contenu conceptuel de l'ordre public.

La publication de ce livre se fait dans l'attente qu'il contribuera à l'approfondissement de l'étude sur le rôle des institutions judiciaires nationales - aussi bien en ce qui a trait à l'aspect de la promotion du renforcement de l'arbitrage international, que dans celui de l'accès aux tendances jurisprudentielles des deux pays, qui sont une référence dans le monde de l'arbitrage.

Bonne lecture!

APRESENTAÇÃO

PRÉSENTATION

A atualidade desta obra se insere em um movimento de aprofundamento das relações internacionais entre o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a Corte de Cassação Francesa.

Ao comparar a tradição do ordenamento jurídico francês - que há muito prestigia a arbitragem - com o grande impulso que tal mecanismo recebeu e vem recebendo no Brasil - especialmente na última década -, torna-se nítido o papel crucial que o Judiciário exerce no sentido do desenvolvimento e fortalecimento da arbitragem, notadamente a internacional.

Na trilha de questões em comum compartilhadas pelas duas cortes, durante o evento que originou esta obra, foram pinçados dois dos mais relevantes âmbitos de discussão e interesse sobre o tema: a concepção de ordem pública em matéria de arbitragem internacional e a homologação da sentença arbitral estrangeira.

As discussões contidas nos textos compilados neste material foram organizadas em dois capítulos. A primeira parte reflete as palestras e os debates abertos ao público - contando

L'actualité de cet ouvrage s'insère à l'intérieur d'un mouvement d'approfondissement des relations internationales entre le Supérieur Tribunal de Justice brésilien (STJ) et la Cour de cassation française.

Si l'on compare la tradition de l'ordre juridique français - qui depuis longtemps met en valeur l'arbitrage - à l'impulsion que ce mécanisme a reçu, et continue de recevoir au Brésil - tout particulièrement au cours des dix dernières années - le rôle crucial que le Judiciaire exerce en vue de développer et de renforcer la voie de l'arbitrage, et notamment celle de l'arbitrage international, apparaît particulièrement net.

Dans le sillage des questions communes partagées par les deux tribunaux, deux contextes majeurs de discussion et d'intérêt à l'endroit de ce thème ont été relevés : la conception de l'ordre public en matière d'arbitrage international, et la question de l'homologation de la sentence arbitrale étrangère.

Les discussions contenues dans les textes compilés ont été organisés en deux chapitres. Le premier contient les interventions et les

com a participação não apenas de ministros de ambos os tribunais, mas também de acadêmicos reconhecidos na área do direito arbitral brasileiro –, enquanto a segunda engloba a mesa redonda entre diversos magistrados da Corte de Cassação e do STJ.

Os temas escolhidos possuem grande conexão com o papel da autoridade judiciária de cada país, uma vez que dizem respeito à nacionalização das sentenças e dos laudos arbitrais estrangeiros, isto é, ao reconhecimento e à integração dessas decisões por parte dos ordenamentos jurídicos internos. Desde 2004, com a integração da emenda nº 45 ao texto da Constituição Federal de 1988, esse papel passou a se concentrar no STJ, ganhando relevância sobretudo pela grande expansão da arbitragem no país.

No Brasil, o crescente potencial da arbitragem contrasta positivamente com a experiência da França, que, historicamente, é considerada um dos países mais respeitados do mundo, devido ao grande respaldo à arbitragem internacional. Um contraste visível entre os tópicos de discussão desta obra é destacado no texto de Luiz Olavo Baptista, na ocasião em que menciona a discrepância de tempo entre a entrada em vigor da Convenção de Nova York na França e no Brasil. Enquanto na primeira a norma internacional que trata do reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras é aplicada desde 1959, no segundo, somente em 2002, passou a integrar o ordenamento jurídico interno.

Em seu texto, Arnaldo Wald lembrou que, como resultado da ratificação dessa convenção

débats ouverts au public – dont ont participé non seulement plusieurs ministres des deux tribunaux, mais également des représentants bien connus du milieu académique dans le domaine du droit arbitral brésilien – tandis que le deuxième englobe les débats suscités lors de la table ronde qui a réuni divers magistrats de la Cour de cassation et du STJ.

Les thèmes choisis sont fortement liés au rôle de l'autorité judiciaire de chaque pays, du fait qu'ils concernent la nationalisation des sentences et des rapports arbitraux étrangers, c'est-à-dire la reconnaissance et l'intégration de ces décisions par les ordres juridiques internes. Depuis 2004, après l'inclusion de l'amendement nº 45 au texte de la Constitution fédérale du 1988, ce rôle a été attribué au STJ, lequel s'est alors concentré de façon particulière sur une vigoureuse expansion de l'arbitrage dans le pays.

Au Brésil, le potentiel croissant de l'arbitrage contraste de façon positive avec l'expérience de la France, qui, historiquement, compte parmi les pays les plus respectés au monde dans ce domaine, du fait de l'appui considérable qu'elle apporte à l'arbitrage international. Un contraste visible entre les sujets de discussion contenus dans cet ouvrage est mis en lumière dans le texte de Luiz Olavo Baptista, lorsqu'il fait allusion à l'écart de temps entre l'entrée en vigueur de la Convention de New York, en France et au Brésil. Alors qu'en France, la norme internationale qui traite de la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères est appliquée depuis 1959, au Brésil, cette norme n'a été intégrée à l'ordre juridique interne qu'en 2002.

- somada à Lei de Arbitragem e à “jurisprudência construtiva pioneira” do STJ -, houve verdadeira revolução no campo da arbitragem no Brasil, com notável influência francesa.

Uma questão interessantíssima abordada, não somente para o direito arbitral, mas para o direito de uma forma geral, diz respeito à concepção de ordem pública. Precisamente no campo do direito arbitral, essa concepção tem o peso de balizar o controle dos órgãos responsáveis pelo reconhecimento das decisões arbitrais internacionais. Como destacado pela ministra Nancy Andrighi, a ordem pública implica conceito indeterminado, dependente de interpretação - por parte de instâncias como o STJ e a Corte de Cassação -, que norteia boa parte dos trabalhos desta obra.

Contextualizada a partir de documentos normativos e inúmeros precedentes, a visão francesa parte do prisma de uma ordem pública internacional, enquanto o Brasil assenta seu ordenamento na indispensabilidade do respeito à ordem pública interna. Como proposta de reflexão, é interessante notar os precedentes citados pelos magistrados brasileiros e franceses, a fim de se compreender detalhadamente os limites dessas concepções. Ainda que os prismas das ordens públicas internacional e nacional sejam diferentes, suas bases não se distanciam totalmente.

A compreensão histórica dessas construções e a contextualização constitucional do papel de atuação do Judiciário no campo do direito arbitral, como aponta a ministra Isabel Gallotti, sinaliza a preocupação com o respaldo das normas internas, aliada à previsibili-

Dans son texte, Arnaldo Wald rappelle que suite à la ratification de cette Convention - renforcée par la Loi d'arbitrage et par la "jurisprudence constructive pionnière" du STJ - une véritable révolution s'est accomplie dans le domaine de l'arbitrage au Brésil, influencée de façon particulière par l'expérience française.

Une question extrêmement intéressante, non seulement en ce qui concerne le droit de l'arbitrage, mais également la loi en général, a trait à conception de l'ordre public. Tout précisément dans le domaine du droit d'arbitrage, cette conception permet de baliser le contrôle des organes chargés de la reconnaissance des décisions arbitrales internationales. Comme l'a souligné la ministre Nancy Andrighi, l'ordre public implique l'existence d'un concept indéfini qui dépend de l'interprétation d'instances comme le STJ et la Cour de Cassation - une question traitée dans bon nombre de documents contenus dans cet ouvrage.

Contextualisée à partir de documents normatifs et de nombreux précédents, la conception française part du prisme d'un ordre public international, tandis que le Brésil assoit son ordonnement sur l'indispensabilité du respect à l'ordre public interne. En tant que proposition de réflexion, il est intéressant de noter les précédents cités par les magistrats brésiliens et français, pour pouvoir appréhender en détail les limites de ces conceptions. Bien que les prismes des ordres publics internationaux et nationaux soient différents, l'écart entre leurs bases n'est pas total.

L'entendement historique par rapport à ces constructions et à la contextualisation constitu-

dade e à segurança daqueles que convencionam a via arbitral.

A partir da análise dos debates com os magistrados franceses, percebe-se que a Corte de Cassação e os demais órgãos judiciários na França demonstram grande preocupação metodológica com a proibição de análise do mérito das decisões arbitrais. No Brasil, há preocupação semelhante, todavia, é interessante não apenas observar o resultado das apreciações das cortes, mas também o caminho que se percorre até o assentamento das respectivas compreensões.

Tanto Patrick Matet como Jean-Nöel Acquaviva ressaltam a enorme preocupação com a autonomia do direito arbitral, o que espelha a visão historicamente reconhecida da arbitragem internacional na França.

Por sua vez, as ponderações do ministro Og Fernandes delineiam o caminho constitucional percorrido até o momento em que o STJ assumiu a competência para conceder o *exequatur* (antes reservada ao Supremo Tribunal Federal).

Diversas outras questões relacionadas ao tema envolvem tanto o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras quanto os recentes casos contidos na jurisprudência do STJ, que, ao serem citados pelo ministro João Otávio de Noronha, demonstram o interesse em observar as percepções do direito nacional de diferentes países. Nesse contexto, ressaltam-se as diferentes compreensões entre a Justiça norte-americana e a brasileira, no que concerne à contrariedade e à imparcialidade do presidente do tribunal arbitral, justamente

tionnelle du rôle de l'action du Judiciaire dans le domaine du droit de l'arbitrage, comme le souligne la ministre Isabel Gallotti, témoignent de la préoccupation de soutien apporté aux normes internes, alliée à prévisibilité et la sécurité de ceux qui conviennent de la voie d'arbitrage.

Si l'on analyse les débats entre les magistrats français et brésiliens, il est possible de constater que la Cour de cassation et les autres instances judiciaires françaises font montre d'une grande préoccupation méthodologique à l'égard de l'interdiction de l'examen du fond des décisions arbitrales. Au Brésil, une inquiétude similaire est portée à ce sujet. Il est cependant intéressant d'observer non seulement le résultat des appréciations des Cours, mais également le chemin parcouru pour la sédimentation des entendements respectifs.

Aussi bien Patrick Matet que Jean-Nöel Acquaviva rapportent la forte préoccupation par rapport à l'autonomie du droit d'arbitrage, ce qui reflète la vision historiquement reconnue de l'arbitrage international en France.

Quant à elles, les considérations du ministre Og Fernandes décrivent le chemin constitutionnel parcouru jusqu'au moment où le STJ s'est vu doté de la compétence d'accorder l'exequatur (mission auparavant du ressort de la Cour Suprême).

Diverses autres questions liées à ce thème concernent autant la reconnaissance des sentenças arbitrales étrangères que les récentes affaires contenues dans la jurisprudence du STJ, qui, du fait d'être mentionnées par le ministre João Otávio de Noronha, font preuve de l'inté-

uma questão considerada como ordem pública no direito pátrio.

O estudo comparado entre jurisprudências, incluindo o caminho e a linha racional trilhados por cada país para alcançá-lo, possui grande valor e impacto no fortalecimento da arbitragem, bem como do próprio Poder Judiciário, cuja missão e dever é garantir a segurança jurídica e a previsibilidade aos cidadãos.

A Fundação Getulio Vargas - instituição de enorme prestígio, que vem desempenhando importante papel na articulação de entes internacionais em torno de temas jurídicos contemporâneos -, foi parceira neste importante encontro do Poder Judiciário dos dois países, e a presente publicação é mais um fruto desta relevante atividade.

rêt que présente l'observation des perceptions du droit national des différents pays. Dans ce contexte, il y a lieu de souligner les différences d'entendement de la justice américaine et de la justice brésilienne par rapport aux questions de la contrariété, et de l'impartialité du président du tribunal arbitral, matières justement tenues comme concernant l'ordre public dans la loi brésilienne.

L'étude comparée des jurisprudences, des voies adoptées et des lignes de rationalité poursuivies par chaque pays, est d'une grande valeur et impacte le processus de renforcement de l'arbitrage et de la propre magistrature, dont la mission et le devoir sont d'assurer la prévisibilité et la sécurité dues aux citoyens.

La Fundação Getulio Vargas - une institution de grand prestige, qui joue actuellement un rôle notable dans la démarche d'articulation des entités internationales autour des questions juridiques contemporaines - a été un partenaire de grande portée dans le processus d'organisation et de suivi de cette importante réunion du pouvoir judiciaire des deux pays, et cette publication est un fruit supplémentaire de cette activité.

Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Ministre du Supérieur Tribunal de Justice brésilien

Jean-Philippe Rivaud

Magistrado de Ligação da Embaixada da França no Brasil

Magistrat de liaison français au Brésil

CAPÍTULO 1

CHAPITRE 1

CONCEPÇÕES BRASILEIRAS E FRANCESAS SOBRE CONTRARIEDADE À ORDEM PÚBLICA EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL

CONCEPTIONS BRÉSILIENNES ET FRANÇAISES SUR LA CONTRARIÉTÉ À L'ORDRE PUBLIC EN MATIÈRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL

NANCY ANDRIGHI

ISABEL GALLOTTI

PATRICK MATET

LUIZ OLAVO BAPTISTA



NANCY ANDRIGHI

Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pós-graduada pela Universidade do Vale dos Sinos do Rio Grande do Sul, pelo Centro Unificado de Brasília e pela Universidade Católica de Brasília, mestre em mediação pelo Institut Universitaire Kurt Bosch e doutoranda em direito civil pela Universidade de Buenos Aires. Foi juíza no Tribunal de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal e Territórios. Atualmente, é ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Licenciée en droit de l'Université Catholique de Rio Grande do Sul, diplôme de 3e Cycle de l'Université de Vale dos Sinos de Rio Grande do Sul, du Centre Unifié de Brasilia et de l'Université Catholique de Brasilia, maîtrise en médiation de l'Institut Universitaire Kurt Bosch et doctorat en droit civil de l'Université de Buenos Aires, ancien juge au Tribunal de Justice de l'état de Rio Grande do Sul et au District Fédéral et Territoires. Elle occupe actuellement le poste de ministre au Tribunal Supérieur de Justice.

NANCY ANDRIGHI

A França possui uma ampla tradição no tocante à arbitragem empresarial e, a partir da observação da experiência francesa, poderemos implementar diversas boas práticas e soluções positivas em nosso cotidiano e em nossa arbitragem.

A participação do Poder Judiciário brasileiro no incentivo ao uso da arbitragem foi decisiva. Como exemplo, cito uma particularidade processual que adotamos, na qualidade de corregedora Nacional de Justiça: mediante a edição de um provimento, foi solicitado a todos os 27 Tribunais Estaduais de Justiça que destacassem duas varas cíveis, nas capitais, com competência exclusiva para receber os pedidos de tutela de urgência e medidas cautelares demandadas pelos árbitros. Com essa providência, alcançamos a especialização dos juízes de direito e o rápido trâmite dos pedidos formulados pelos árbitros, propiciando ao procedimento arbitral o diferencial que merece. Fazendo um balanço de atuação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), constatamos que, desde 30 de dezembro de 2004 (data em que a emenda constitucional nº 45 entrou em vigor) até 31 de dezembro de 2015, foram jul-

La France est riche d'une longue tradition dans le domaine de l'arbitrage du monde des affaires, et à partir de l'observation de l'expérience française il est possible d'instaurer diverses bonnes pratiques et solutions positives dans notre quotidien et au sein de notre procédure d'arbitrage.

La participation du pouvoir judiciaire brésilien à l'activité d'incitation à l'arbitrage a été décisive. À titre d'exemple, je cite une particularité procédurale que nous avons adoptée en qualité d'Inspecteur général de la Justice : une disposition interne invitant les 27 cours de justice des Etats fédérés à détacher deux chambres civiles dans les capitales des Etats, et les doter de compétences exclusives pour recevoir les demandes urgente de tutelle et les demandes de mesures provisoires de la part des arbitres. Cette mesure nous a permis de parvenir à la spécialisation des juges étatiques et d'assurer une procédure plus expéditive aux demandes interposées par les arbitres, en attribuant de ce fait à la procédure d'arbitrage le différentiel qu'elle mérite. En dressant le bilan des actions du Tribunal Supérieur de Justice (STJ), nous avons constaté que depuis le 30 décembre

gados 67 pedidos de homologação, dos quais apenas nove foram indeferidos ou denegados, cinco foram extintos e três foram parcialmente homologados, resultando em 50 sentenças arbitrais estrangeiras homologadas.

Para que os jurisdicionados abdicuem do processo judicial e confiem em outros meios de solução de controvérsias, é preciso que haja segurança e previsibilidade. Significa dizer, portanto, que, escolhida a arbitragem livremente pelas partes, caberá ao Poder Judiciário recuar e apenas zelar pela máxima preservação da autonomia da vontade destas. Especificamente em relação à arbitragem, respeitar a autonomia da vontade das partes equivale a honrar a autoridade do árbitro a quem elas confiaram a resolução da controvérsia, tratando-o de acordo com o estabelecido na nossa Lei de Arbitragem: o árbitro é juiz de fato e de direito e, como tal, suas decisões devem ser acatadas.

Neste contexto, a homologação da sentença arbitral estrangeira somente pode ter a sua homologação negada caso ofenda a ordem pública nacional. O conceito de ordem pública - embora indeterminado e dependente de interpretação, para que dele se extraia o seu real sentido e conteúdo -, pode ser representado por um conjunto de princípios incorporados na ordem jurídica interna, considerados essenciais à sobrevivência do Estado, e, portanto, não devem ser contrastados pelo direito estrangeiro. Tal conceito é fluido, pois varia no tempo e no espaço, de acordo com as mudanças culturais e valorativas da sociedade de cada época, mas, ao mesmo tempo, é estável, não-idêntico, e atua

2004 (date à laquelle l'amendement constitutionnel n° 45 est entré en vigueur) jusqu'au 31 décembre 2015, 67 demandes d'homologation ont été jugées, dont seulement neuf rejetées ou refusées, cinq ont été annulées et trois ont été partiellement homologuées, ce qui s'est traduit par l'homologation de 50 sentences arbitrales étrangères.

Pour que les citoyens renoncent à la procédure judiciaire et fassent confiance à d'autres moyens de règlement des différends, les éléments sécurité et prévisibilité sont indispensables. Cela signifie dire qu'une fois que l'arbitrage a été librement choisi par les parties, le pouvoir judiciaire devra se retirer et se borner à assurer la meilleure préservation possible de l'autonomie de la volonté de celles-ci. En ce qui concerne spécifiquement l'arbitrage, le respect de l'autonomie de la volonté des parties équivaut à honorer l'autorité de l'arbitre à qui elles ont confié le règlement du différend, en traitant celui-ci conformément aux dispositions de notre loi sur l'arbitrage : l'arbitre est le juge de fait et de droit et, en tant que tel, ses décisions doivent être acceptées.

Dans ce contexte, l'homologation de la sentence arbitrale étrangère ne pourra être refusée que si elle porte atteinte à l'ordre public national. La notion d'ordre public, bien qu'indéterminée et sujette à interprétation pour en extraire le sens réel et le contenu, peut être représentée par un ensemble de principes incorporés à l'ordre juridique interne, jugés essentiels à la survie de l'État et ne devra donc pas subir l'influence d'un droit étranger. Un tel concept est fluide, car il varie dans le temps et l'espace selon les changements culturels et

como limitador da vontade no direito interno, impedindo a aplicação de leis estrangeiras.

A nossa Lei de Arbitragem, em seu art. nº 39, § único, indica uma hipótese daquilo que não se considera ofensa à ordem pública, ao estabelecer que

“não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”.

Todavia, não poderia a lei enunciar, de forma exauriente, todas as situações em que há ou não há ofensa à ordem pública, de modo que cabe à doutrina e, especialmente, à jurisprudência, consolidar esse conceito e determinar a sua aplicação concreta.

Em suas decisões, o STJ tem usado o critério restritivo, uma vez que o Tribunal está atento aos termos do art. nº 5 da Convenção de Nova York. Temos como exemplo de ofensa à ordem pública nacional:

a) A ausência de expressa manifestação das partes, abdicando da jurisdição estatal, especialmente ao se verificar a ausência da assinatura de uma das partes contratantes no contrato onde se elegera a cláusula arbitral;¹

b) A submissão de litígio ao juízo arbitral

¹ Sentença estrangeira contestada (SEC) nº 967, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20/03/2006.

de valeur de la société à chaque époque, mais en même temps il est stable, non identique, et opère en tant que limitation de la volonté dans le droit interne, en faisant obstacle à l'application de lois étrangères.

Notre Loi sur l'arbitrage, à l'art. nº 39, paragraphe unique, indique ce qui n'est pas considéré comme une atteinte à l'ordre public, en stipulant que:

“Ne sera pas considéré comme atteinte à l'ordre public national l'effectivité de l'assignation de la partie résidente ou domiciliée au Brésil sous la forme prévue par la convention d'arbitrage ou par la loi procédurale du pays où l'arbitrage s'est tenu, y compris la notification postale avec avis indubitable de réception, à condition que ladite notification assure à la partie brésilienne un délai convenable pour exercer ses droit de défense”.

La loi, évidemment, ne saurait énoncer de manière exhaustive toutes les situations où une atteinte à l'ordre public pourrait ou ne pourrait pas intervenir, de sorte qu'il incombe à la doctrine et en particulier à la jurisprudence, de consolider ce concept et de fixer son application concrète.

Le STJ a fait appel dans ses décisions au critère restrictif selon les termes de l'art. nº 5 de la Convention de New York. Nous citons ci-dessous des exemples d'atteintes à l'ordre public national:

a) L'absence d'une manifestation expresse des parties concernant la renonciation à la juridiction de l'État, en particulier l'absence

quando celebrados contratos de compra e venda de produtos por via telefônica, em que não seja possível a comprovação da existência e aceitação de convenção de arbitragem tácita;²

c) A parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob pena de sanção, de ação anulatória em andamento no Brasil, tendo em vista que o acesso ao Judiciário é cláusula pétrea que não pode ser penalizada;³

d) A cumulação da correção monetária com a variação cambial; tendo a sentença estrangeira determinado a incidência cumulativa, sobre o débito principal, de correção monetária e variação cambial, mostra-se inviável a homologação total da sentença arbitral que condena ao pagamento de valor em dólares norte-americanos. Determina ainda a conversão do referido valor para reais na data do efetivo pagamento, somada à incidência de correção monetária (isto é, incidência cumulativa, sobre o débito principal, de correção monetária e variação cambial).⁴

Por outro lado, não ofende a ordem pública:

e) A decisão de Junta de Conciliação e Arbitragem do México, desenvolvida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ainda que nela a parte tenha renunciado a direitos trabalhistas, por ocasião da celebração de acordo firmado perante a referida Junta em que

*de la signature de l'une des parties contractantes dans le contrat où la clause arbitrale a été élue;*¹

*b) La soumission d'un litige à l'arbitrage lors de la conclusion de contrats d'achat et de vente de produits par téléphone, lorsqu'il n'est pas possible de confirmer l'existence et l'acceptation;*²

*c) La partie de la sentence étrangère qui détermine le retrait, sous peine de sanction, d'une action en annulation en cours au Brésil, compte tenu du fait que l'accès au judiciaire est une clause inamovible qui ne peut être pénalisée;*³

*d) Le cumul de la correction monétaire avec la variation du taux de change ; Comme la sentence étrangère déterminait l'incidence cumulative, sur la dette principale, de l'indexation monétaire et de la variation du taux de change, l'homologation intégrale de la sentence arbitrale qui condamne au paiement de la valeur en dollars des États-Unis n'était pas réalisable. Elle déterminait également la conversion de ladite valeur en chiffres réels à la date du paiement effectif, et ceci soumis à l'indexation monétaire (c.-à-d. cumul de l'indexation monétaire et de la variation du taux de change, sur la dette principale).*⁴

D'autre part, les cas suivants ne portent pas atteinte à l'ordre public:

2 SEC n° 866, el. Min. Felix Fischer, DJ de 16/10/2006.

3 SEC n° 854, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 07/11/2013.

4 SEC n° 2.410, de minha relatoria para acórdão, DJe de 19/02/2014.

1 *Sentence étrangère contestée (SEC) n° 967, Rapp. Min. José Delgado, DJe du 20/03/2006.*

2 *SEC n° 866, Rapp. Min. Felix Fischer, DJe du 16/10/2006.*

3 *SEC n° 854, Rapp. Min. Massami Uyeda, DJe du 07/11/2013.*

4 *SEC n° 2.410, de mon rapport au jugement, DJe du 19/02/2014.*

se deu quitação ampla e total do contrato de trabalho;⁵

f) A sentença arbitral que reconhece não ter havido abdicação ao direito laboral indisponível, mas apenas aplica a multa rescisória, constante de cláusula prevista no contrato, e declara a existência de violação do contrato de trabalho por atleta profissional para afirmar a exigibilidade da multa prevista.⁶

Os julgados citados demonstram que o conceito de “contrariedade à ordem pública” foi adequadamente aplicado nos julgamentos pinçados de um contexto maior, possibilitando que se tenha um panorama geral do entendimento fixado pela Corte. Não posso deixar de destacar que o monopólio estatal da jurisdição caminha na contramão do progresso. É preciso que se observe a tendência mundial de democratização do Poder Judiciário, o que somente se concretizará se houver a efetiva popularização dos meios adequados de solução de controvérsias, tão enfaticamente fomentados pela nova legislação processual civil brasileira. Não tenho dúvida que a arbitragem tem um papel de destaque da mais alta relevância nesse movimento migratório.

Para incentivar o uso da arbitragem no Brasil, tem uma história que gosto de contar. Numa terra muito distante, que vivia em guerra permanente, havia um rei que causava pavor. Cada vez que fazia prisioneiros, não os matava, mas levava-os a uma sala, onde,

e) La décision du Conseil de conciliation et d'arbitrage du Mexique, développée sous le crible du contradictoire et de l'ample défense, même si la partie a renoncé aux droits du travail, à l'occasion de la conclusion d'un accord signé devant ledit Conseil, qui a convenu d'une quittance ample et intégrale des obligations du contrat de travail;⁵

f) La sentence arbitrale qui reconnaît qu'il n'y a pas eu renonciation aux droit non disponibles du travail, mais seulement l'application d'une amende rescisoire faisant l'objet d'une clause prévue dans le contrat, dénonçant l'existence d'une violation du contrat de travail par un athlète professionnel, et qui affirme l'exigibilité de l'amende prévue.⁶

Les décisions susmentionnées démontrent que la notion «de contrariété à l'ordre public» a été adéquatement appliquée dans les décisions extraites d'un contexte plus vaste, ce qui permet d'obtenir un aperçu général de l'entendement établi par le tribunal. Je ne peux m'empêcher de souligner que le monopole étatique de la juridiction chemine en sens inverse au progrès. Il est impérieux d'observer la tendance mondiale de démocratisation du pouvoir judiciaire, qui ne pourra être atteinte qu'au moyen de la popularité effective des moyens appropriés de règlement des conflits, emphatiquement favorisés par la nouvelle législation procédurale civil brésilienne. Je n'ai aucun doute que l'arbitrage joue un rôle pré-

5 SEC nº 4.933, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 19/12/2011.

6 SEC nº 11.529, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 02/02/2015.

5 SEC nº 4.933, Rapp. Min. Eliana Calmon, DJe du 19/12/2011.

6 SEC nº 11.529, Rapp. Min. Og Fernandes, DJe du 02/02/2015.

em um canto, havia um grupo de arqueiros, e, em outro, se situava uma imensa e assustadora porta de ferro, na qual estavam gravadas figuras demoníacas, caveiras cobertas por sangue, desenhando um quadro verdadeiramente apocalítico. Nesta sala, o rei obrigava seus prisioneiros a andarem horas em círculos. Então, dizia: "Sou um rei democrático! Vocês podem escolher como querem morrer: flechados por meus arqueiros ou passando por aquela porta e lá serem trancados por mim". Todos os prisioneiros que por ali passavam escolhiam serem mortos pelos arqueiros, afinal, consideravam que seria uma morte segura e sem aumento de sofrimento. Ao término da guerra, um soldado, que há muito tempo servia o rei, indagou, com muito respeito:

- Senhor, posso lhe fazer uma pergunta?

- Diga, soldado. - respondeu o rei.

- O que há por trás daquela tão assustadora porta?

- Vá e veja - sugeriu o rei.

O soldado então se dirigiu à porta e, com

pondérant de la plus haute pertinence dans ce mouvement migratoire.

J'aime raconter une histoire qui est utile pour encourager l'usage de l'arbitrage au Brésil. Dans un pays lointain, en guerre permanente, un roi était cause de terreur. Toute les fois qu'il faisait des prisonniers, il ne les tuait pas, mais les emmenait dans une pièce où, dans un coin se tenait un groupe d'archers, et, dans un autre, une immense et effrayante porte de fer, sur laquelle étaient forgées des figures démoniaques, des crânes couverts de sang, dessinant une image véritablement apocalyptique. Dans cette pièce, le roi forçait ses prisonniers à marcher en rond pendant des heures. Puis il disait : "je suis un roi démocratique! Vous pouvez choisir comment vous désirez mourir : sous les flèches de mes archers ou bien traverser cette porte et être enfermés par moi. Tous les prisonniers qui passaient par cette pièce choisissaient d'être tués par les archers, car il s'agissait après tout d'une mort sûre et sans souffrance exagérées. La guerre finie, un soldat, qui avait longtemps servi le roi, lui demanda, avec beaucoup de respect :

muito cuidado e receio, a abriu vagarosamente. À medida que a abria, raios de sol adentravam e clareavam o ambiente, até que, ao abrir totalmente a porta, percebeu que ela levava ao caminho rumo à liberdade. Concluiu, deixando como reflexão: "A escolha pela arbitragem seria um caminho para uma liberdade, diante dos 70 milhões de ações que tramitam hoje no Poder Judiciário brasileiro".

- Seigneur, puis-je vous poser une question ?

- Faites-le, soldat. - répondit le roi.

- Que se trouve-t-il derrière cette porte aussi effrayante ?

- Va et regarde toi-même, suggéra le roi.

Le soldat se dirigea vers la porte et, très soigneusement et craintivement, l'ouvrit lentement. A mesure qu'il l'ouvrait, des rayons de soleil entraient et illuminaient l'environnement, jusqu'à ce que, finalement après avoir ouvert complètement la porte, il constata qu'elle conduisait à la liberté. Je conclus par une réflexion: "le choix de l'arbitrage serait-il un moyen d'atteindre la liberté, face aux 70 millions de procès qui encombrant aujourd'hui le pouvoir judiciaire brésilien".



ISABEL GALLOTTI

Bacharel em direito e mestre em direito e Estado pela Universidade de Brasília. Foi juíza do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e procuradora-chefe da Procuradoria Regional da República da 1ª Região. Atualmente, é ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Licenciée et détentrice d'une maîtrise en droit octroyée par l'Université de Brasilia, elle a exercé les fonctions de juge au Tribunal Régional Fédéral de la 1e Région, et de procureur en chef du Bureau du Procureur Régional de la République de la 1e Région. Elle exerce actuellement la fonction de ministre du Tribunal Supérieur de Justice.

ISABEL GALLOTTI

De acordo com a Constituição brasileira, a lei não pode excluir nenhuma lesão de direito da apreciação do Poder Judiciário. Trata-se de uma cláusula pétrea, um princípio tradicional em nosso sistema jurídico. Neste contexto, a arbitragem existe no direito brasileiro desde o período imperial, sendo prevista pelos códigos Civil e de Processo Civil. Até o ano de 1996, porém, o compromisso arbitral era firmado após a ocorrência do conflito. Ademais, as decisões arbitrais não tinham a força de decisão judicial, de forma que o seu mérito poderia sempre ser rediscutido perante o Poder Judiciário, o que reduzia a utilidade do instituto.

Em 1996, a lei nº 9.307 deu nova estatura à arbitragem, em consonância com as necessidades oriundas das mudanças sociais e econômicas, abrangendo o fenômeno da globalização da atividade comercial e dos processos produtivos cada vez mais dinâmicos, segmentados e internacionalizados, os quais demandam, de forma inexorável, soluções mais céleres e especializadas na resolução de conflitos. O que se verifica, atualmente, é que contratos internacionais frequentemente têm sua assinatura condicionada à celebração de cláusula com-

Selon la Constitution brésilienne, la loi ne peut exclure aucune atteinte au droit d'appréciation du Pouvoir Judiciaire. Il s'agit là d'une clause inamovible, un principe traditionnel de notre système juridique. Dans ce contexte, l'arbitrage existe dans le droit brésilien depuis la période impériale, et est prévu par le Code civil et par celui de la procédure civile. Jusqu'à 1996, cependant, l'engagement arbitral n'était établi qu'après l'occurrence du conflit. En outre, les décisions arbitrales n'avaient pas force de décision judiciaire, de sorte que le fond de ces décisions pouvait toujours être débattu devant le pouvoir judiciaire, ce qui amenait l'utilité de cette institution.

En 1996, cependant, une nouvelle loi, la loi nº 9.307 a nanti l'arbitrage d'une nouvelle stature, plus conforme aux besoins découlant des changements sociaux et économiques ressentis, et tenant compte du phénomène de la mondialisation de l'activité commerciale et des processus de plus en plus dynamiques, segmentés et internationalisés de la production, qui exigent, de façon inexorable, des solutions plus rapides et plus spécialisées de résolution des conflits. On constate aujourd'hui, que la conclusion des

promissória quanto ao princípio da confiança, que garante o cumprimento do ordenamento jurídico interno dos contratantes.

Sustentou-se, todavia, a inconstitucionalidade de dispositivos da lei nº 9.307/96, o que notadamente confere força executória à cláusula compromissória, isto é, a previsão que, em tese, em contratos celebrados entre partes capazes, futuros litígios que porventura surgissem ao longo da relação contratual seriam compostos pela via arbitral, com a exclusão de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

A segurança e a eficácia prática do instituto foi garantida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ocasião do julgamento da sentença estrangeira nº 5.206, julgamento em que foi sedimentada a compatibilidade da Lei de Arbitragem¹ com a Constituição Federal brasileira, reconhecendo-se que a sentença arbitral possui efeitos de decisão judiciária, não ofendendo a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.²

O Supremo Tribunal Federal considerou que não é a Lei de Arbitragem que exclui determinado litígio da apreciação judicial, pois se trata de negócio jurídico processual válido. São as próprias partes, capazes de contratar, que decidem submeter à via arbitral todos os eventuais litígios, ou determinados litígios, que porventura surgirem no decorrer da relação contratual. Assentou também o STF que, ao surgir de forma concreta o conflito, caberá ao Judiciário a última palavra, após ser acio-

contrats internationaux est bien souvent subordonnée à l'établissement d'une clause compromissoire impliquant le principe de la confiance, susceptible d'assurer le respect à l'ordre juridique interne des parties contractantes.

Toutefois, certaines dispositions de la loi n° 9.307/96 ont été considérées inconstitutionnelles, notamment ce qui confère de la force à la clause compromissoire, c'est-à-dire la prévision, en thèse, dans les contrats conclus entre parties capables, que les litiges futurs pouvant surgir au long de la relation contractuelle seront résolus par la voie arbitrale, leur appréciation par le pouvoir judiciaire étant exclue.

La sécurité et l'efficacité pratique de cette institution ont été assurées par la Cour suprême du Brésil (STF) à l'occasion du jugement de la sentence étrangère n° 5.206, occasion au cours de laquelle la compatibilité de la Loi d'arbitrage¹ avec la Constitution Fédérale Brésilienne a été sédimentée, du fait de reconnaître que la sentence arbitrale a des effets de décision judiciaire, et de cette sorte n'affecte d'aucune façon la garantie constitutionnelle de l'universalité de la compétence du Pouvoir Judiciaire.²

La Cour Suprême a estimé que ce n'est pas la loi d'arbitrage qui exclut certains litiges de l'appréciation de la justice, du fait qu'il s'agit d'une affaire juridique procédurale valable. Ce sont les parties elles-mêmes, capables de s'engager, qui décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends éventuels, ou certains différends pouvant surgir dans le cadre de la relation

1 Lei nº 9.307/96.

2 Art. nº 5, XXXV, CF/88.

1 Lei nº 9.307/96.

2 Art. nº 5, XXXV, CF/88.

nado para compelir a parte recalcitrante a assinar o compromisso arbitral. Deste modo, o juiz estatal verificará se aquele concreto litígio estaria, de fato, compreendido na abstrata cláusula compromissória pactuada no contrato, e somente a partir de então, será imposta a submissão dos contratantes à arbitragem.

Fortalecido o instituto da arbitragem pela afirmação de sua constitucionalidade, existem hoje centenas de centros e câmaras de mediação e arbitragem espalhados pelas 27 unidades federativas do Brasil. É neste contexto de clamor pela celeridade e pela especialidade que se impõe o papel do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tanto como elemento de garantia da efetividade da arbitragem no território brasileiro, quanto de compatibilização da arbitragem com a soberania estatal da atividade jurisdicional. Conforme os conflitos sobre arbitragem chegam ao STJ, a jurisprudência sedimenta essa efetivação e fortalece o processo arbitral, reconhecendo-o apto a obrigar as partes.

Diante da existência de cláusula arbitral, e em face de conflito concretamente ocorrido, podem surgir diversas questões que envolvam a atuação do juiz estatal previamente à instalação da arbitragem, concomitantemente à ela, ou posteriores à decisão arbitral. A delimitação do âmbito de atuação do tribunal arbitral e do juiz estatal tem sido construída em diversos julgados do STJ. A atuação do juiz estatal será cabível antes, durante, ou após o fi-

contractuelle. Le STF a également statué que, au cas où un conflit surgirait de façon concrète, le pouvoir judiciaire aura le dernier mot, après avoir été saisi, pour contraindre la partie récalcitrante à signer la Convention d'arbitrage. Ainsi, le juge étatique vérifiera si ce différend concret est, en fait englobé dans la clause d'arbitrage abstraite convenue dans le contrat, et ce ne sera qu'à partir de ce moment que les parties du contrat seront soumises à l'arbitrage.

Du fait du renforcement de l'institut de l'arbitrage par l'affirmation de sa constitutionnalité, des centaines de centres et de chambres de médiation et d'arbitrage sont aujourd'hui répartis au sein des 27 unités de la Fédération brésilienne. C'est dans ce contexte de clameur pour la rapidité et la spécialité que le rôle du Tribunal Supérieur de Justice (STJ) s'est imposé, autant comme un élément de garantie de l'efficacité de l'arbitrage sur le territoire brésilien, que de la compatibilité de l'arbitrage avec le principe de la souveraineté étatique de l'activité judiciaire. A mesure que les différends sur l'arbitrage sont déférés au STJ, la jurisprudence sédimente cet effet et renforce le processus d'arbitrage, du fait de reconnaître qu'il est apte à engager les parties.

Devant l'existence d'une clause compromissoire, et face à un conflit concrètement engagé, un certain nombre de questions préalablement à l'installation de l'arbitrage peuvent surgir, impliquant l'action du juge étatique, en même temps que la décision arbitrale ou ultérieure-

nal da arbitragem, sempre que for necessária a aplicação do poder de coerção ou a resolução de controvérsia acerca de direito indisponível.

Com efeito, antes da instalação da arbitragem, pode surgir a necessidade de aplicação de medidas cautelares urgentes, as quais podem ser requeridas ao Poder Judiciário, em face do princípio da universalidade da jurisdição. Foi o que decidiu a 3ª Turma, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, ao admitir a propositura de medida cautelar anterior à instituição do juízo arbitral, a qual deverá ser remetida ao tribunal arbitral logo após sua instalação.³ Este terá o poder de conhecer todas as questões pertinentes ao conflito sob sua apreciação, sendo consequentemente revestido de competência para confirmar ou rever a tutela cautelar. Medidas cautelares coercitivas ou instrutórias que demandem coerção, como a condução coercitiva de testemunhas ou a apreensão de bens, a despeito de serem decididas pelo árbitro, na hipótese de não serem espontaneamente cumpridas pela parte, deverão ter seu cumprimento requerido ao Poder Judiciário.

Outra situação em que se faz necessária a intervenção prévia à arbitragem, por parte do Poder Judiciário estatal, é na hipótese em que a parte – embora tenha pactuado cláusula compromissória diante do conflito concretamente instalado –, se recusa a assinar o compromisso arbitral, definindo os elementos necessários para a atuação do tribunal arbitral. A recusa pode basear-se em impugnação à exis-

ment à celle-ci. La délimitation de la portée du tribunal d'arbitrage et du juge étatique a été construite lors de divers jugements du STJ. L'action du juge étatique sera appropriée, avant, pendant ou après la conclusion de l'arbitrage, toutes les fois où l'application du pouvoir de coercition, ou le règlement des différends sur la loi indisponible deviendraient nécessaires.

En effet, avant l'installation de l'arbitrage, certaines mesures de précaution urgentes peuvent s'avérer nécessaires, et peuvent être demandées au pouvoir judiciaire, compte tenu du principe de l'universalité de la juridiction. C'est ce qu'a décidé la troisième chambre du tribunal dont le rapporteur était la ministre Nancy Andrighi : l'admission de l'interposition de mesures conservatoires avant l'institution du tribunal arbitral. Cette mesure doit être déférée au tribunal arbitral dès son installation.³ Ce dernier aura le pouvoir de connaître toutes les questions relatives au conflit dont il est saisi, et il est par conséquent muni de la compétence nécessaire pour confirmer ou réviser la tutelle provisoire. Les mesures de précaution, de coercition ou d'instruction faisant l'objet de coercition, comme le mandat d'amener de témoins ou la saisie de biens, en dépit d'être décidées par l'arbitre, et dans le cas où elles ne seraient pas spontanément remplies par la partie, devront être requises au pouvoir judiciaire.

Une autre situation où le pouvoir judiciaire étatique se doit d'intervenir préalablement à l'arbitrage, est le cas où la partie-même, en dépit d'avoir accepté la clause compromissoire, et

3 REsp. n° 1.297.974.

3 Recours Spécial n° 1.297.974.

tência, validade ou eficácia da cláusula compromissória. A Lei de Arbitragem estabelece que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, e que caberá ao árbitro decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

O STJ, vislumbrando a importância de sedimentar jurisprudência que consolide a arbitragem como instrumento de pacificação social e alternativa às soluções de conflitos, tem reconhecido a força vinculante dos contratos, aplicando o chamado princípio competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), segundo o qual, em síntese, o juízo arbitral decide sobre sua própria competência. A jurisprudência da Segunda Seção do STJ e de ambas as Turmas que a compõem (Terceira e Quarta) tem firmado reiteradamente seu posicionamento no sentido de que compete, em primeiro lugar, aos próprios tribunais arbitrais o pronunciamento sobre a validade e eficácia da cláusula compromissória arbitral. Cito como exemplos da aplicação do referido princípio no âmbito do STJ, entre outros, os recursos especiais: nº 1.327.619/MG, de minha relatoria; nº 1.278.852/MG e nº 1.082.498/MT, ambos de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão; bem como o nº 1.597.658/SP, de relatoria da ministra Nancy Andrighi. Nos referidos julgados, ficou reconhecida a competência dos juízos arbitrais eleitos pelas partes para se pronunciar sobre os limites da arbitragem e sobre a própria competência, o que resultou na extinção sem exame do mérito do processo ajuizado perante o Judiciário.

face au conflit concrètement installé – refuse de signer l’engagement arbitral en définissant les éléments nécessaires à l’action du tribunal arbitral. Le refus peut être fondé sur la contestation de l’existence, de la validité ou de l’efficacité de la clause compromissoire. La Loi d’arbitrage établit que la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat dans lequel elle est insérée et qu’il appartient à l’arbitre de trancher les questions relatives à l’existence, à la validité et à l’efficacité de la convention d’arbitrage et du contrat contenant la clause compromissoire.

*Le STJ, entrevoyant l’importance de sédimer la jurisprudence qui consolide l’arbitrage en tant qu’instrument de paix sociale et d’alternatives de solution des conflits, a reconnu la force contraignante des contrats, en appliquant ce qui est connu sous le nom de ‘principe de compétence-compétence’ (*Kompetenz-Kompetenz*), selon lequel, en résumé, le juge arbitral décide de sa propre compétence. La jurisprudence de la deuxième chambre du STJ et des deux groupes qui la composent (troisième et quatrième) a réaffirmé à plusieurs reprises sa position, en ce sens qu’il incombe tout d’abord aux tribunaux arbitraux eux-mêmes de prononcer la validité et l’efficacité de la clause compromissoire arbitrale. Je cite comme exemples de l’application dudit principe dans le cadre du STJ, entre autres, les appels spéciaux nº 1.327.619/MG, où j’ai participé en tant que rapporteur ; les appels nº 1.278.852/MG et nº 1.082.498/MT, dont le rapporteur était le ministre Luis Felipe Salomão ; et de plus l’appel nº 1.597.658/SP, dont le rapporteur a été le ministre Nancy Andrighi. Les sentences ont reconnu la compétence des juges arbitraux élus*

Há casos, no entanto, da chamada cláusula compromissória “vazia” ou “em branco”, em que os contratantes apenas manifestam seu interesse em submeter suas questões à arbitragem, sem mais informações ou detalhamento sobre a qual órgão arbitral se submeter. Nestes casos, caberá postular pronunciamento da jurisdição estatal para que, ao se verificar a existência, a validade e a eficácia da cláusula, a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso seja substituída. Em tais casos, na hipótese de recusa de uma parte a se submeter ao juízo arbitral, somente por meio de um órgão com poder cogente amplo é possível “fazer valer” o compromisso e implementar a corte arbitral. Assim, a parte pode se socorrer por meio do Judiciário, mas tão somente para implementar a arbitragem conforme contratada.⁴ Trata-se da ação de execução de cláusula arbitral, prevista no art. nº 7 da Lei de Arbitragem. Uma vez implementada a arbitragem, as questões de mérito ficam a cargo do próprio órgão decisório privado.

A jurisprudência do STJ ressalva que, mesmo em caso de cláusula arbitral cheia - ao se verificar uma nulidade manifesta, grotesca e perceptível logo ao primeiro olhar, denotando um compromisso nitidamente ilegal -, cabe ao Poder Judiciário estatal afastar a via arbitral. Foi o que se decidiu em recurso especial da relatoria da ministra Nancy Andrighi.⁵ No precedente citado, a ilegalidade da cláusula, inserida em contrato de adesão,

par les parties pour se prononcer sur les limites de l'arbitrage et sur leur propre compétence, ce qui a entraîné l'extinction de la procédure sans qu'il soit nécessaire d'examiner le fond du procès soumis à l'appréciation du judiciaire.

Il existe également des cas de clause d'arbitrage dites «vides» ou «vierges», dans lesquelles les parties contractantes ne font que manifester leur intérêt à soumettre leurs différends à une procédure d'arbitrage, sans autre information ni détail sur l'organisme arbitral qui serait saisi. Dans ce cas, c'est à la juridiction de l'État que reviendra de veiller à ce que - dans le cas d'existence de validité et de d'efficacité de la clause - la volonté de la partie récalcitrante d'établir l'engagement soit remplacée. Dans de tels cas, si une partie refuse de se soumettre à une procédure d'arbitrage, il ne sera possible de “faire respecter” cet engagement qu'au moyen d'un organe disposant de larges pouvoirs coactifs pour mettre en œuvre le tribunal d'arbitrage. La partie peut donc se secourir du pouvoir judiciaire, mais seulement pour mettre en œuvre la procédure d'arbitrage de la façon dont elle a été prévue.⁴ Il s'agit de l'action d'exécution de clause arbitrale, prévue à l'art. nº 7 de la Loi sur l'arbitrage. Une fois celui-ci mis en œuvre, les questions de fond reviendront à l'organe décisionnel privé.

La jurisprudence du tribunal souligne, cependant, que même dans le cas d'une clause d'arbitrage « pleine » - lorsque l'on constate une invalidité manifeste, grotesque et perceptible à première vue, ce qui dénote un engagement

4 REsp. 1.082.498/MT.

5 REsp. nº 1.602.076/SP.

4 REsp. 1.082.498/MT.

sem os requisitos e, tampouco, o necessário destaque previsto na Lei de Arbitragem, justificou a invalidação da cláusula pelo Poder Judiciário, antes mesmo da manifestação do tribunal arbitral. Cito ainda como exemplos de cláusulas patológicas de arbitragem passíveis de análise pelo Judiciário, para efeitos de anulação do compromisso arbitral, aquelas relativas a direitos indisponíveis, ou cujo objeto seja manifestamente ilícito, ou, ainda, assinada por pessoa incapaz para atos da vida civil.

Em síntese, como regra, havendo a convenção de arbitragem, reconhece-se a exclusão da jurisdição estatal e extingue-se o processo sem exame de mérito. Porém, admite-se, excepcionalmente, a análise pela justiça comum de ilegalidades manifestas, independentemente do estágio do procedimento de arbitragem.

Do mesmo modo, uma questão também digna de nota é a que diz respeito à potencial massificação da arbitragem na inclusão de cláusulas compromissórias, em contratos submetidos ao Código do Consumidor. Este tema merece especial atenção devido à natureza dos referidos contratos e pela realidade que os permeia.

Não é raro, notadamente em relações de consumo, o reconhecimento da hipossuficiência do aderente, que anui a diversas cláusulas como única opção para a realização do negócio. A cláusula arbitral – regra de procedimento que não é ligada diretamente

manifestement illégal – c'est au pouvoir judiciaire qu'appartiendra le pouvoir de supprimer la voie d'arbitrage. C'est ce qui a été décidé dans le cas de l'appel spécial rapporté par le ministre Nancy Andrichi.⁵ Dans le précédent susmentionné, l'illégalité de la clause, insérée dans un contrat d'adhésion, sans l'accomplissement des exigences nécessaires et, notamment, l'accent nécessaire prévu dans la loi sur l'arbitrage, justifiait l'annulation de cette clause par le pouvoir judiciaire, avant-même la manifestation du tribunal arbitral. Je cite également comme exemples de clauses d'arbitrage pathologiques susceptibles d'être examinées par le pouvoir judiciaire aux fins de l'annulation de la convention d'arbitrage, celles qui ont égard aux droits indisponibles, ou celles dont l'objet est manifestement illicite, ou bien encore signées par une personne incapable d'exercer les actes de la vie civile.

En synthèse, d'une façon générale, s'il existe une convention d'arbitrage, l'exclusion de la juridiction de l'État est reconnue et le procès, du fait de l'absence de fondement, est annulé. Nonobstant, l'analyse par la justice commune des illégalités manifestes est exceptionnellement admise, quel que soit le stade où se trouve la procédure d'arbitrage.

Un autre aspect digne d'attention est celui qui a trait à la massification potentielle de l'arbitrage due à l'inclusion de clauses compromissaires dans des contrats qui relèvent du Code du consommateur. Ce thème mérite une attention spéciale en raison de la nature de ces contrats et de la réalité qui traverse ces derniers.

5 REsp. n° 1.602.076/SP.

à aquisição do bem ou serviço pretendido pelo consumidor -, poderá ser um exemplo daquelas cláusulas que passam despercebidas ou se tornam excessivamente onerosas à parte mais fraca da relação. Sabe-se que a arbitragem redundante, em celeridade, à solução do conflito, em geral por órgão decisório mais especializado, mais afeito àquele tipo de causa. Essas celeridade e especialização, por outro lado, têm um custo, por vezes elevado. Não é incomum o aderente não ter condições materiais de arcar com esses custos, o que, de certo modo, implicaria o afastamento da jurisdição ou do acesso à jurisdição em casos tais.

É neste contexto que o STJ se posicionou na ocasião do julgamento de recurso especial sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão,⁶ entendendo que a cláusula compromissória só teria eficácia caso o consumidor aderente tome a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, de forma expressa, com sua instituição. Assim, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não é verdadeira. A recusa do consumidor não precisa ser motivada; basta que proponha a ação no Judiciário, o que implicará renúncia tácita da cláusula compromissória. Desta forma, firmou-se uma orientação que, ao mesmo tempo, consagra o sistema protetivo ao hipossuficiente e garante a arbitragem, desde que não ocorra de forma impositiva ao consumidor. Com esse entendimento, conciliam-se as disposições do art. nº 4, § 2º da

La reconnaissance de l'hypo-suffisance de l'adhérent, qui accepte plusieurs clauses du fait qu'il s'agit de la seule alternative permettant la réalisation de l'affaire, n'est pas rare, notamment dans le cadre des relations avec les consommateurs. La clause compromissoire - une règle de procédure qui n'est pas directement liée à l'acquisition du bien ou du service prétendu par le consommateur - peut être un exemple de ces clauses qui passent inaperçues ou qui deviennent excessivement onéreuses pour la partie la plus faible de la relation. On sait que l'arbitrage conduit à la célérité de la solution du différend, du fait d'être soumis à un organe décisionnel plus spécialisé, plus accoutumé à ce genre de cause. Toutefois, le coût de cette vitesse et de cette spécialisation est parfois élevé. Le fait de ne pas disposer de conditions matérielles pour supporter ces dépens n'est pas inhabituel chez l'adhérent, ce qui impliquerait d'une certaine manière l'écartement de la juridiction ou l'accès à la juridiction dans de tels cas.

C'est dans ce contexte que le STJ a pris position à l'occasion du jugement de l'appel spécial rapporté par le ministre Luis Felipe Salomão,⁶ du fait d'entendre que la clause compromissoire n'est efficace que si le consommateur adhérent prend l'initiative d'instituer l'arbitrage, ou d'accepter, de façon expresse, l'institution de cette procédure. Ainsi, l'instauration de l'arbitrage par le consommateur engage le fournisseur, mais l'inverse n'est pas valable. Le refus du consommateur n'a pas besoin d'être motivé; Il lui suffit de proposer une action dans le cadre du pouvoir judiciaire, ce qui signifiera une re-

⁶ REsp. nº 1.189.050/SP.

⁶ REsp nº. 1.082.498/MT.

Lei de Arbitragem com o art. nº 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, concluída a arbitragem, a sentença arbitral vale como título executivo judicial, podendo ser executada perante o Poder Judiciário caso não haja o cumprimento espontâneo do decidido. O rito da execução é o mesmo estabelecido para a execução de sentenças judiciais, inclusive com a imposição da multa de 10% prevista pelo art. nº 475-J do Código de Processo Civil de 1973 - na hipótese de a sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia líquida não ser cumprida espontaneamente pelo vencido, conforme julgado da relatoria do ministro Marco Buzzi.⁷

A invalidação da sentença arbitral somente pode ser pleiteada no prazo de 90 dias, nas hipóteses descritas no art. nº 32 da lei nº 9.307/96, todas voltadas à nulidade do compromisso, ao extravasamento dos limites da convenção de arbitragem e aos vícios relacionados à pessoa do árbitro ou defeitos formais da sentença. Seu mérito é adverso ao reexame pelo Poder Judiciário, quando há a conclusão de que a sentença arbitral produz coisa julgada material.

O STJ tem-se dedicado à construção prática e dinâmica desse importante sistema de jurisdição privado, reconhecendo tanto o caráter jurisdicional da atividade arbitral, quanto sua harmonia e convivência com a jurisdição estatal. Por um lado, o STJ reconhece a importância da efetivação da arbi-

nonciation tacite à la clause compromissoire. C'est ainsi qu'une ligne directrice a été établie qui, en même temps, consacre le système de protection à l'hypo-suffisant mais également garantit l'arbitrage, ceci cependant à condition que cet arbitrage ne soit pas imposé au consommateur. Cet entendement concilie les dispositions de l'art. nº 4, § 2º de la Loi sur l'arbitrage avec l'art. nº 51, point VII, du Code de la défense du consommateur.

Une fois l'arbitrage conclu, la sentence arbitrale est valable en tant que titre exécutoire judiciaire et peut être exécutée auprès du pouvoir judiciaire à moins que la décision ait été accomplie de façon spontanée. Le rite d'exécution est le même que celui qui est établi pour l'exécution des sentences judiciaires, y compris l'imposition de l'amende de 10% prévue à l'art. nº 475-J du Code de procédure civile de 1973 - si la sentence qui a établi le paiement du montant net n'a pas été accomplie de façon spontanée par la partie perdante, comme la Cour l'a décidé en conformité avec le rapport du ministre Marco Buzzi.⁷

La demande d'invalidation de la sentence arbitrale ne peut être interjetée que dans un délai de 90 jours, dans les hypothèses décrites à l'art. nº 32 de la loi nº 9.307/96, toutes relatives à la nullité de l'engagement, au dépassement des limites de la Convention d'arbitrage, aux vices liés à la personne de l'arbitre ou encore à des vices formels de la sentence. Le fond ne pourra être réexaminé par le pouvoir Judiciaire, que lorsqu'il s'avère que la sentence arbitrale a pro-

7 REsp. nº 1.102.460-RJ, DJe 23.09.2015.

7 REsp. nº 1.102.460-RJ, DJe 23.09.2015.

tragem e da soberania das cortes arbitrais no julgamento do mérito dos conflitos. Por outro, não se pode, a pretexto dessa consolidação, permitir a utilização da arbitragem como meio de inviabilizar o acesso à jurisdição por parte da população carente, ou descurar de direitos e garantias individuais e sociais asseguradas pela Constituição, o que comprometeria, notadamente, a universalidade da jurisdição. Atentar para o limite tênue dessas duas realidades é, ao mesmo tempo, o papel e o delicado desafio do STJ.

Toda a jurisprudência que tem sido sedimentada demonstra o esforço de órgãos como o STJ e, em maior escala, do Estado brasileiro, em se posicionar na vanguarda dos métodos de pacificação social, conferindo aos particulares o poder e a responsabilidade de se autorregular no que se refere aos mecanismos de determinação do direito e de sua autocomposição. O Brasil reconhece e enaltece a credibilidade, a segurança e a eficiência do instrumento da arbitragem, dando respostas positivas, na atualidade, ao desafio de incorporação deste mecanismo ao ordenamento jurídico pátrio e na própria jurisdição cotidiana.

duit chose jugée matérielle.

Le STJ s'est attelé à la tâche de la construction pratique et dynamique de ce système important de juridiction privée, en reconnaissant à la fois la nature juridictionnelle de l'activité arbitrale et son harmonie et coexistence avec la juridiction de l'État. D'une part, le STJ reconnaît l'importance de la mise en effectivité de l'arbitrage et de la souveraineté des tribunaux d'arbitrage dans le jugement du fond des conflits, et d'autre part, il n'est pas possible, sous prétexte de chercher une telle consolidation, d'admettre l'utilisation de l'arbitrage comme un moyen de rendre impossible l'accès à la juridiction par la population défavorisée, ou de négliger les droits et garanties individuelles et sociales assurés par la Constitution, ce qui compromettrait notamment l'universalité de la juridiction. La surveillance de la limite tenue entre ces deux réalités est en même temps le rôle et le défi délicat auquel doit faire face le STJ.

Toute la jurisprudence sédimentée jusqu'à présent démontre les efforts d'organes tels que le STJ et, à plus grande échelle, de l'État brésilien, en vue de se positionner à l'avant-garde des méthodes de pacification sociale, en accordant aux individus le pouvoir et la responsabilité de s'auto-réglementer en ce qui concerne les mécanismes de détermination du droit et de son auto-composition. Le Brésil reconnaît et loue la crédibilité, la sécurité et l'efficacité de l'instrument d'arbitrage, et fournit aujourd'hui des réponses positives au défi d'intégrer ce mécanisme à l'ordonnement du système juridique national et à sa propre juridiction quotidienne.



PATRICK MATET

Conselheiro decano da primeira câmara
cível da corte de cassação Francesa.

*Conseiller doyen à la première chambre
civile de la cour de cassation française*

PATRICK MATET

Antes de pesquisar a noção de ordem pública internacional no direito francês de arbitragem e antes de examinar os poderes do juiz francês no momento em que este controla uma sentença internacional diante da invocação de um desconhecimento da ordem pública internacional, eu verifico como a singularidade do direito francês de arbitragem exerce profunda influência sobre as perspectivas do controle da ordem pública internacional pelo juiz nacional.

O regime jurídico da sentença arbitral estrangeira encontra sua origem, no Brasil e na França, assim como em mais de 140 países, na Convenção de Nova York, que trata do reconhecimento e da execução das sentenças arbitrais estrangeiras, de 10 de junho de 1958, aplicável na França desde 1959 e no Brasil, desde 2002. De acordo com o art. n° 7, § 1°, da Convenção de Nova York, a parte que demanda a execução da sentença na França conserva o direito da prevalência das disposições francesas. Estas são mais favoráveis à execução das sentenças na França que aquelas da Convenção: além disso, o beneficiário de uma sentença internacional, que demanda seu re-

Avant de rechercher ce que recouvre en droit français de l'arbitrage la notion d'ordre public international et avant d'examiner les pouvoirs du juge français lorsqu'il contrôle une sentence internationale en présence de l'invocation d'une méconnaissance de l'ordre public international, je vous propose de voir comment la singularité du droit français de l'arbitrage exerce une profonde influence sur les perspectives du contrôle de l'ordre public international par le juge national.

Le régime juridique de la sentence arbitrale étrangère trouve sa source, au Brésil et en France, comme dans plus de 140 pays, dans la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, du 10 juin 1958, applicable en France depuis 1959 et au Brésil en 2002. En vertu de l'art. n° 7 § n° 1 de la Convention de New York, la partie qui réclame l'exécution de la sentence en France conserve le droit de se prévaloir des dispositions françaises. Celles-ci sont plus favorables à l'exécution des sentences en France que celles de la Convention : aussi, le bénéficiaire d'une sentence internationale, qui en réclame la

conhecimento na França, se apoiará sobre as disposições do direito francês de arbitragem. O controle das sentenças é, então, marcado por soluções francesas favoráveis à execução e ao reconhecimento das sentenças internacionais, de modo que tais soluções possam ser diferentes daquelas aceitas em outros países.

Segundo o direito francês de arbitragem, a execução das sentenças proferidas em matéria de arbitragem internacional e aquelas sentenças proferidas em outros países estão sujeitas a um regime único, o do art. n° 1.520, § n° 5, do Código de Processo Civil francês, com sua redação proveniente do decreto de 13 de janeiro de 2011: o recurso de anulação só é possível caso o reconhecimento ou a execução da sentença seja contrário à ordem pública internacional. *A priori*, não há nada na redação desse texto que o distinga do controle exercido em muitos outros Estados no que tange à ordem pública.

A este respeito, a Convenção de Nova York, de 10 de junho de 1958, no art. n° 5, § 2° (b), permite que a violação à ordem pública do país onde se pretende homologar a sentença estrangeira seja fundamento para a recusa do seu reconhecimento ou execução.

Nossa concepção de autonomia da arbitragem unida àquela de uma ordem jurídica arbitral exerce forte influência sobre o controle das sentenças. Na verdade, na concepção francesa, o árbitro é um juiz de direito comum de uma ordem jurídica arbitral. Resulta que, se a sentença é uma decisão de justiça internacional, sua inserção na ordem jurídica francesa dá lugar a uma visão de controle que tende a respeitar a

reconnaissance en France, va prendre appui sur les dispositions du droit français de l'arbitrage. Le contrôle des sentences est donc marqué par des solutions françaises favorables à l'exécution et à la reconnaissance des sentences internationales, de sorte que ces solutions peuvent être différentes des solutions admises dans d'autres Etats.

Selon le droit français de l'arbitrage, l'exécution des sentences rendues en matière d'arbitrage international et celle des sentences rendues à l'étranger sont soumises à un régime unique, celui de l'art n° 1.520 § n° 1, du code de procédure civile français, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011: le recours en annulation n'est ouvert que si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. A priori, il n'y a rien dans la rédaction de ce texte qui le distingue du contrôle exercé dans beaucoup d'autres Etats à propos de l'ordre public.

A cet égard, la Convention de New York du 10 juin 1958, dans son art n° 5, § n° 2, lettre b, fait de la contrariété contraire à l'ordre public du pays où la sentence est invoquée un cas de refus de la reconnaissance ou de l'exécution.

Notre conception de l'autonomie de l'arbitrage jointe à celle d'un ordre juridique arbitral exerce une forte influence sur le contrôle des sentences. En effet, dans la conception française, l'arbitre est juge de droit commun d'un ordre juridique arbitral. Il en résulte que, si la sentence est une décision de justice internationale, son insertion dans l'ordre juridique français donne lieu à une vision du contrôle qui tend à respecter l'autorité de

autoridade de coisa julgada de uma sentença cuja existência não é condicionada à aprovação de uma ordem jurídica nacional.

Dois dificuldades vão surgir no momento em que a ordem pública está em jogo. A primeira deve-se ao fato de que a noção de ordem pública é um padrão do direito, porém seus contornos são pouco claros e a ordem pública está em constante evolução.¹ A segunda dificuldade deve-se ao fato de que a revisão do mérito da sentença é proibida ao juiz do controle da mesma.

A partir disso, proponho analisar primeiramente o conteúdo da noção de ordem pública internacional e o modo como o juiz estatal controla a alegada violação da ordem pública internacional e qual a intensidade de tal controle pelo juiz francês.

A NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

O motivo da recusa mantida pela Convenção de Nova York é a contrariedade à ordem pública, ao passo que a disposição francesa é menos ambígua, pois a recusa do reconhecimento incorre somente em caso de contrariedade à ordem pública internacional.

Em seguida ao recurso em anulação, a sentença internacional tem a vocação de integrar a ordem jurídica francesa. O juiz nacional vai operar seu controle aos olhos dos interesses

chose jugée d'une sentence dont l'existence n'est pas conditionnée par l'approbation d'un ordre juridique national.

Deux difficultés vont surgir lorsque l'ordre public est en jeu. La première tient au fait que la notion d'ordre public est un standard du droit mais que ses contours sont flous et que l'ordre public est évolutif.¹ Seconde difficulté, la révision au fond de la sentence est interdite au juge du contrôle de la sentence.

Cela me conduit naturellement à vous proposer d'examiner d'abord le contenu de la notion d'ordre public international, ensuite de rechercher comment le juge étatique contrôle la violation alléguée de l'ordre public international et enfin de préciser quel est l'intensité de ce contrôle par le juge français.

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

Le motif de refus retenu par la Convention de New York est la contrariété à l'ordre public, alors que la disposition française est moins ambiguë puisque le refus de reconnaissance est encouru seulement en cas de contrariété à l'ordre public international.

A la suite du recours en annulation, la sentence internationale a vocation à intégrer l'ordre juridique français. Le juge national va opérer son contrôle au regard des intérêts

1 J.B.Racine, le droit de l'arbitrage, n° 956, PUF.

1 J.B.Racine, le droit de l'arbitrage, n° 956, PUF.

públicos do Estado no qual ele é julgado, ou seja, a França. Da mesma maneira que em matéria de execução de julgamentos estrangeiros, que tratam prioritariamente de eliminar aqueles que parecem chocantes, como explica a doutrina,² a sentença estrangeira contrária à ordem pública internacional não será recebida.

Como em matéria de direito internacional privado, a noção de ordem pública internacional não deve ser confundida com a de ordem pública interna. A ordem pública internacional tem fonte francesa e a Corte de Cassação salientou-a em um acórdão³ que a ordem pública internacional é "tal qual como é concebida na França". Não havendo a lei qualificado a noção, a jurisprudência progressivamente definiu-a⁴ como sendo o que

"se entende da concepção francesa da ordem pública internacional, ou seja, o conjunto de regras e de valores dos quais a ordem jurídica francesa não pode padecer do desconhecimento, mesmo em situações de caráter internacional".

São, então, pertinentes os valores vistos através do prisma do sistema jurídico francês. Segundo o professor Racine,⁵ a ordem pública internacional é o canal de expressão de valores fundamentais.

No plano processual francês, o caso de re-

publics de l'Etat dans lequel il est juge, c'est à dire de la France. De la même manière qu'en matière d'exequatur des jugements étrangers où il s'agit a priori d'éliminer ceux qui lui paraissent choquants, comme l'explique la doctrine,² la sentence étrangère qui est contraire à l'ordre public international ne sera pas reçue.

Comme en matière de droit international privé, la notion d'ordre public international ne doit pas se confondre avec celle d'ordre public interne. L'ordre public international est de source française et la Cour de cassation l'a souligné dans un arrêt³ l'ordre public international est "tel qu'il est conçu en France". La loi n'ayant pas qualifié la notion, la jurisprudence l'a progressivement définie,⁴ comme étant celle de ce qui

« s'entend de la conception française de l'ordre public international, c'est-à-dire (de) l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international ».

Sont donc concernées les valeurs qui sont vues à travers le prisme du système juridique français. Selon le professeur Racine,⁵ l'ordre public international est le canal d'expression de valeurs fondamentales.

Au plan procédural français, le cas de recours contre une sentence pour violation de

2 Pierre Mayer e Vincent Heuzé, *Droit international privé*, n° 395.

3 Cass. Civ 1^o, 15 de março de 1988, *Grands Moulins de Strasbourg*.

4 Paris, 27 de outubro de 1994, *Revue de l'arbitrage* 1994, p. 709.

5 *op.cit.* n° 957.

2 Pierre Mayer e Vincent Heuzé, *Droit international privé*, n° 395.

3 Cass. Civ 1^{re}, 15 mars 1988, *Grands Moulins de Strasbourg*.

4 Paris, 27 octobre 1994, *Revue de l'arbitrage* 1994, p. 709.

5 *op.cit.* n° 957.

curso contra uma sentença por violação da ordem pública distingue-se daquele de não conformidade com o contraditório. Ocorre, no entanto, que as violações do processo justo permanecem sob custódia da ordem pública internacional.

A ordem pública processual abrange a exigência do respeito ao princípio do contraditório, quer seja nos debates, durante a instância arbitral, bem como a igualdade de armas entre as partes e a obrigação de se pronunciar apenas sobre as peças que foram submetidas à discussão entre as partes. Outra garantia do processo justo coberta pela ordem pública processual internacional é a exigência de imparcialidade e independência do árbitro; independência esta que é da essência de sua função jurisdicional, no sentido de que o árbitro acessa, a partir de sua designação, o status de juiz, excluindo qualquer relação de dependência com as partes. Essas fórmulas foram talhadas por diversos acórdãos franceses e testemunham o fato de que o árbitro cumpre uma missão jurisdicional, embora não seja investido de seus poderes pelo Estado.

A ordem pública internacional francesa essencialmente compreende os princípios fundamentais do sistema jurídico francês. Fazem parte dela os direitos humanos e os direitos fundamentais, como a proibição à discriminação, à corrupção, mas poderia ser uma violação grave ao direito à propriedade privada.

No entanto, no direito de arbitragem, como conciliar a ordem pública internacional, que

l'ordre public se distingue de celui du non-respect du contradictoire, Mais il arrive que des violations du procès équitable rentrent sous le couvert de l'ordre public international.

L'ordre public de procédure recouvre l'exigence du respect du principe de la contradiction que ce soit lors des débats, pendant l'instance arbitrale, ainsi que l'égalité des armes entre les parties et l'obligation de ne statuer que sur des pièces qui ont été soumises à la discussion des parties. Une autre garantie du procès équitable est couverte par l'ordre public international de procédure, c'est l'exigence d'impartialité et indépendance de l'arbitre; cette indépendance est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que l'arbitre accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance à l'égard des parties. Ces formules ont été ciselées par de nombreux arrêts français et témoignent du fait que l'arbitre remplit une mission juridictionnelle, bien qu'il ne soit pas investi de ses pouvoirs par l'État.

L'ordre public international français de fond comprend les principes fondamentaux du système juridique français. Ce qui en fait partie ce sont les droits de l'homme et les droits fondamentaux, comme la prohibition de la discrimination, de la corruption, mais pourrait l'être une atteinte grave au droit de la propriété privée.

Mais, en droit de l'arbitrage, comment concilier l'ordre public international, qui protège les valeurs essentielles du système français, avec la conception française selon laquelle l'arbitre

protege os valores essenciais do sistema francês, com a concepção francesa, segundo a qual o árbitro não é o guardião de uma ordem particular do Estado, uma vez que ele é um juiz transnacional?

A resposta a essa pergunta pode ser a seguinte: o árbitro, que é um juiz transnacional, está vinculado a uma ordem pública transnacional.⁶ De fato, uma parte da doutrina francesa considera tal ordem imaginária. Porém, para além dessa discussão acadêmica, cada um admite que existe uma ordem pública que é o reflexo de valores universais. Além disso, é uma noção construída pelos próprios árbitros. Em 1963, em uma sentença notória, um árbitro, Sr. Lagergren, declarou que “a corrupção é um mal internacional, ela é contrária aos bons costumes e a uma ordem pública internacional comum à comunidade das nações.”⁷ De fato, o conjunto da doutrina, sobretudo Pierre Lalive, insiste no fato de que a corrupção é universalmente condenada.

No acórdão relativo ao caso Westman,⁸ a Corte de Apelação de Paris precisou que poderia recusar a execução de uma sentença que daria efeito a um contrato de corrupção, na medida em que

“um contrato que tenha como causa e por objeto o exercício de tráfico de influência pelo pagamento subornos é (...) contrário à ordem pública interna-

n'est pas le gardien d'un ordre étatique particulier puisqu'il est un juge transnational ?

A cette question, il peut être répondu que l'arbitre qui est un juge transnational est tenu par un ordre public transnational.⁶ Il est vrai qu'une partie de la doctrine française considère qu'un tel ordre est imaginaire. Mais, au delà de cette discussion académique, chacun admet qu'il existe un ordre public qui est le reflet de valeurs universelles. Au demeurant, c'est une notion qui est construite par les arbitres eux-mêmes. En 1963 dans une sentence célèbre, un arbitre, M. Lagergren, a déclaré que « la corruption est un mal international, elle est contraire aux bonnes mœurs et à un ordre public international commun à la communauté des nations ».⁷ En effet, l'ensemble de la doctrine, notamment Pierre Lalive, insiste sur le fait que la corruption est universellement condamnée.

Dans son arrêt Westman,⁸ la cour d'appel de Paris a relevé qu'elle pouvait refuser l'exequatur d'une sentence donnant effet à un contrat de corruption, dans la mesure où

« un contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots de vins est (...) contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par les plus grandes parties des Etats de la com-

6 J.B.Racine, op.cit. n° 800 ss.

7 citado por JB.Racine, op. cit., n 802.

8 Corte de Apelação de Paris, 30 de setembro de 1993, Westman, Rev. arb. 1994. 359, nota D. Bureau; RTD com. 1994. 703,obs. E.Gaillard.

6 J.B.Racine, op.cit. n° 800 et s.

7 cité par JB.Racine,op. cit., n° 802.

8 Cour d'appel Paris, 30 septembre 1993, Westman, Rev. arb. 1994. 359, note D. Bureau; RTD com. 1994. 703, obs. E.Gaillard.

cional francesa bem como à ética dos negócios internacionais tal como ela é concebida pela maioria dos Estados da comunidade internacional”.

Igualmente, é possível pensar na lavagem de dinheiro, que é proibida em todos os Estados. O mesmo vale para o direito da concorrência, em matéria econômica. Assim, qual Estado poderia admitir, em matéria de concorrência, uma sentença que validasse um cartel oculto tendo permitido às empresas manipularem os preços e dividirem entre elas o mercado? Os árbitros devem punir tais práticas e fazem isso por meio de uma ordem pública que a jurisprudência francesa analisa como sendo transnacional.

Os Estados impõem igualmente em nome da ordem pública internacional o respeito, na arbitragem, das normas imperativas internas (*lois de police du for*).

Sua observância é necessária à salvaguarda da organização política, social e econômica do país. Elas são de aplicação imediata. A dificuldade de aplicação das normas imperativas deve-se ao fato de que o árbitro internacional não tem foro, portanto, não se estabelecem distinções entre as as normas imperativas internas ou as estrangeiras. Todas as leis são estrangeiras para ele, mas todas também têm potencial para serem aplicadas.

As disposições imperativas raramente são qualificadas como *lois de police* pelo legislador francês. Assim, incumbe-se o juiz nacional de fazer a classificação quando, por ocasião de um controle da sentença, é invocado o desconhecimento pelo árbitro de uma norma imperativa.

munauté internationale ».

On songe également au blanchiment d'argent qui est prohibé dans tous les Etats. Il en va de même du droit de la concurrence, en matière économique. Ainsi, quel Etat pourrait admettre en matière de concurrence une sentence qui validerait un cartel occulte ayant permis à des entreprises de manipuler les prix et de se répartir le marché ? Les arbitres doivent sanctionner de telles pratiques et ils le font au moyen d'un ordre public que la jurisprudence française analyse comme étant transnational.

Les Etats imposent également au nom de l'ordre public international le respect dans l'arbitrage des lois de police du for.

Il s'agit des lois de police du for dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays. Elles sont d'application immédiate. La difficulté de l'application des lois de police tient à ce que l'arbitre international n'ayant pas de for, il ne s'établit pas de distinction entre les lois de police du for ou étrangères. Toutes les lois lui sont étrangères, mais toutes aussi ont une potentialité à s'appliquer.

Les dispositions impératives ne sont pratiquement jamais qualifiées de lois de police par le législateur français. Il incombe donc au juge national d'opérer la qualification lorsqu'est invoquée, à l'occasion d'un contrôle de la sentence, la méconnaissance par l'arbitre d'une loi de police.

En tout état de cause, l'ordre public international ne peut se confondre avec l'intégralité des règles impératives internes. C'est

De qualquer forma, a ordem pública internacional não pode se confundir com a integridade das regras imperativas internas. Assim foi julgado⁹ que as disposições do Código do Consumidor francês, que edita uma proteção da caução pessoa física, são de ordem pública interna, mas que o desconhecimento dessa norma imperativa pela sentença não engendrou uma violação da ordem pública internacional. Além disso, no direito internacional privado francês, toda norma imperativa aplicável em uma instância direta na França não é necessariamente aplicável a uma instância indireta. Não surpreende, portanto, que a jurisprudência limite o controle das sentenças arbitrais internacionais apenas às regras imperativas que fazem parte da ordem pública internacional.

QUAIS SÃO OS PODERES DO JUIZ DO CONTROLE DA SENTENÇA?

Este controle do juiz estatal serve para permitir a inserção da sentença na ordem jurídica nacional. O reconhecimento da sentença não deve ser contrário à ordem pública internacional, diz a lei francesa.

A jurisprudência deduziu que o objeto do debate é o conteúdo da sentença. Outra forma de explicar: o controle do juiz deve portar apenas a solução dada ao litígio.¹⁰ Pela doutrina, trata-se menos da regra de direito abstrata

9 Cass, Civ 1^o, 2 de dezembro 2015, recurso n^o 14-25.147.

10 Cass.1^o Civ., 29 de junho de 2011, recurso 10-16.680.

ainsi qu'il a été jugé⁹ que les dispositions du code de la consommation français qui édicte une protection de la caution personne physique est d'ordre public interne, mais que la méconnaissance de cette loi de police par la sentence n'a pas engendré une violation de l'ordre public international. Au demeurant, en droit international privé français, toute loi de police applicable dans une instance directe en France ne l'est pas nécessairement dans une instance indirecte. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence limite le contrôle des sentences arbitrales internationales aux seules règles impératives qui font partie de l'ordre public international.

QUELS SONT LES POUVOIRS DU JUGE DU CONTRÔLE DE LA SENTENCE?

Ce contrôle du juge étatique sert à permettre l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique national. La reconnaissance de la sentence ne doit pas être contraire à l'ordre public international, nous dit la loi française.

La jurisprudence en a déduit que c'est le contenu de la sentence qui est l'objet du débat. Autre façon de l'exprimer : le contrôle du juge ne doit porter que sur la solution donnée au litige.¹⁰ Pour la doctrine, c'est moins la règle

9 Cass, Civ 1^o, 2 de dezembro 2015, pourvoi n^o 14-25.147.

10 Cass.1^{re} Civ., 29 juin 2011, pourvoi 10-16.680.

à qual os árbitros se referem e mais do resultado concreto de sua aplicação, que deve ser confrontado com as exigências da ordem pública internacional.

De fato, como implementar um controle da solução quando a maioria das sentenças condena ao pagamento de indenização por perdas e danos que, por si só, não são suscetíveis a infringir a ordem pública internacional?

O juiz francês deve examinar a sentença tal como ela é, tal como o árbitro a profere, sem retificá-la, como explica Dominique Hascher.¹¹ Do contrário, o juiz nacional a modificaria e infringiria a regra de proibição de revisão do fundamento da sentença. Consequentemente, o exame da sentença não deve ser a busca pela instrução do processo. Os árbitros apreciam, portanto, soberanamente, os elementos de prova submetidos à sua apreciação.

Como explicou o professor Fadlallah em seu curso na Academia de Haia, aprovando a posição jurisprudencial francesa, deve-se partir da ideia de que as jurisdições estatais não são juízes do caso que lhes foi precisamente subtraído pela convenção de arbitragem.

Em uma decisão de 2014,¹² a Corte de Cassação decidiu que o juiz do controle da sentença é juiz da sentença para admitir ou recusar sua inserção na ordem jurídica francesa e não juiz do caso pelo qual as partes concluíram a cláusula de arbitragem.

de droit abstraite à laquelle les arbitres se sont référés, que le résultat concret de son application qui doit être confronté aux exigences de l'ordre public international.

En effet, comment mettre en oeuvre un contrôle de la solution alors que la plupart des sentences allouent des dommages-intérêts qui, en eux-mêmes, ne sont pas de nature à porter atteinte à l'ordre public international?

Le juge français doit examiner la sentence telle qu'elle est, telle que l'arbitre l'a rendue, sans la rectifier, comme l'explique Dominique Hascher,¹¹ à défaut le juge national la changerait et enfreindrait la règle de l'interdiction de révision au fond de la sentence. En conséquence, l'examen de la sentence ne doit pas être la poursuite de l'instruction de l'affaire. Les arbitres apprécient donc souverainement les éléments de preuve soumis à leur appréciation.

Comme l'a expliqué le professeur Fadlallah dans son cours à l'Académie de La Haye, approuvant la position jurisprudentielle française, il faut partir de l'idée que les juridictions étatiques ne sont pas juges de l'affaire qui leur a été précisément soustraite par la convention d'arbitrage.

Dans un arrêt de 2014,¹² la Cour de cassation a jugé que le juge du contrôle de la sentence est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu la clause d'arbitrage.

11 Répertoire Dalloz, Droit international, l'arbitrage du commerce international.

12 Cass. civ. 1^o, 12 de fevereiro de 2014, n^o 10-17.076, Sté. Schneider Schaltgerätebau und Elektroinstallationen c/ CPL Industries Ltd.

11 Répertoire Dalloz, Droit international, l'arbitrage du commerce international.

12 Cass. civ. 1^o, douze février 2014, n^o 10-17.076, Sté. Schneider Schaltgerätebau und Elektroinstallationen c/ CPL Industries Ltd.

A INTENSIDADE DO CONTROLE PELO JUIZ FRANCÊS

Em se tratando dos poderes do juiz nacional, a questão mais delicada é a da intensidade de seu controle.

A jurisprudência forjou a condição segundo a qual a violação da ordem pública internacional deve ser flagrante, efetiva e concreta para ser sancionada.¹³

A violação flagrante é uma violação cuja natureza é evidente ou manifesta. A questão que se coloca é saber se uma violação não levantada ante o árbitro poderia ser manifesta. A jurisprudência forneceu uma resposta no acórdão do caso Thalès¹⁴ considerando que a violação de uma regra que faz parte da ordem pública deve poder ser invocada pela primeira vez diante do juiz do controle da sentença. Não há inadmissibilidade, pois o juiz nacional deve poder sancionar uma violação de um princípio essencial do direito francês ou do direito europeu.

Em um acórdão notório, a Corte de Cassação reiterou as três condições estabelecidas para que haja violação da ordem pública internacional. Eu vou me deter neste caso para

L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE PAR LE JUGE FRANÇAIS

S'agissant des pouvoirs du juge national, la question la plus délicate est celle de l'intensité de son contrôle.

La jurisprudence a forgé la condition selon laquelle la violation de l'ordre public international doit être flagrante, effective et concrète pour être sanctionnée.¹³

La violation flagrante est une violation dont le caractère est évident ou manifeste. La question s'est posée de savoir si une violation non soulevée devant l'arbitre pouvait être manifeste. La jurisprudence y a répondu dans l'arrêt Thalès¹⁴ en considérant que la violation d'une règle faisant partie de l'ordre public doit pouvoir être invoquée pour la première fois devant le juge du contrôle de la sentence. Il n'y a pas d'irrecevabilité car le juge national doit pouvoir sanctionner une violation d'un principe essentiel du droit français ou du droit européen.

Dans un arrêt célèbre, la Cour de cassation a repris les trois conditions posées pour qu'il y ait violation de l'ordre public international. Je vais m'arrêter un instant sur cette affaire

13 Civ. 1^{re}, 21 de março de 2000, n° 9811799, Verhoeft c/ Moreau, Rev. arb. 2001.805 obs. Y. Derains.

14 CA Paris, 18 de novembro de 2004, Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile, Rev. Arb. 2005.751.

13 Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n° 9811799, Verhoeft c/ Moreau, Rev. arb. 2001.805 obs. Y. Derains.

14 CA Paris, 18 novembre 2004, Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile, Rev. Arb. 2005.751.

compreender a metodologia empregada pelo juiz francês.¹⁵ O tribunal arbitral havia anulado o contrato de fornecimento firmado entre a empresa francesa SNF e a holandesa Cytec e decidido que, na ausência de posição dominante da Cytec no seio da União Europeia, a empresa não poderia ser considerada culpada por um abuso de tal posição.

A fim de se opor ao reconhecimento da sentença proferida em Bruxelas, a SNF alegou que o juiz nacional não podia se limitar a assinalar que o tribunal arbitral tinha aplicado as regras do direito da União Europeia e que o juiz nacional deveria verificar se o recebimento da sentença não conduziria a uma prática anticoncorrencial.

No entanto, quando da instância arbitral, estas questões de direito da concorrência foram discutidas em profundidade perante os árbitros, pois a demanda clamava sobretudo pela nulidade do contrato por violação do direito da concorrência. A sentença havia decidido que a Cytec não tinha poder de agir independentemente dos seus concorrentes, de impor seus preços e que, portanto, não havia abuso de posição dominante.

A Corte de Cassação julgou que a Corte de Paris havia procedido ao controle da sentença no que diz respeito à aplicação das regras europeias da concorrência nos limites de seus poderes, ou seja, sem revisão do mérito da sentença. Tratando-se da violação da ordem pública internacional, a corte de cassação

pour comprendre la méthodologie employée par le juge français.¹⁵ Le tribunal arbitral avait annulé le contrat de fourniture conclu entre les sociétés française SNF et néerlandaise Cytec et avait décidé qu'en l'absence de position dominante de la société Cytec au sein de l'Union européenne, la société Cytec n'avait pas pu se rendre coupable d'un abus de position dominante.

Pour s'opposer à la reconnaissance de la sentence rendue à Bruxelles, la société SNF avait soutenu que le juge national ne pouvait se borner à relever que le tribunal arbitral avait fait application des règles du droit de l'Union européenne et que le juge national devait contrôler si la réception de la sentence ne conduisait pas à consacrer une pratique anticoncurrentielle.

Or, lors de l'instance arbitrale, ces questions de droit de la concurrence avaient été débattues de manière approfondie devant les arbitres puisque la demande portait notamment sur la nullité du contrat pour infraction au droit de la concurrence. La sentence avait retenu que Cytec n'avait pas le pouvoir d'agir indépendamment de ses concurrents, d'imposer ses prix et qu'il n'existait donc pas d'abus de position dominante.

La Cour de cassation a jugé que la Cour de Paris avait procédé au contrôle de la sentence au regard de l'application des règles européennes de la concurrence dans les limites de ses pouvoirs, c'est à dire sans

15 Cass. civ. 1^{re}, 4 de junho de 2008, n^o 0615320, Sté. SNF c/ Sté. Cytec Industries BV, Rev. arb. 2008.473, nota I. Fadlallah, RTD com. 2008.518, obs. E. Loq in.

15 Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, n^o 0615320, Sté. SNF c/ Sté Cytec Industries BV, Rev. arb. 2008.473, note I. Fadlallah, RTD com. 2008.518, obs. E. Loq in.

lembrou que apenas o reconhecimento da sentença é examinado pelo juiz de anulação quanto à compatibilidade de sua solução com tal ordem pública, cujo controle se limita à natureza flagrante, efetiva e concreta da violação alegada.

Deveria, então, a argumentação do árbitro ser substituída pela apreciação do juiz nacional? O direito de concorrência visa regular o mercado a partir de uma análise econômica, que repousa sobre um estudo complexo de elementos factuais. No que tange o assunto *Cytec*, se o árbitro tivesse feito o balanço econômico do acordo litigioso, não haveria razão alguma para pôr novamente em questão as conclusões a que o tribunal arbitral chegara.

Alguns autores criticam a adição pela jurisprudência dessas três condições da contrariedade à ordem pública internacional. Eles sustentam que o controle francês da ordem pública internacional é superficial e conduz à neutralização do controle real.

No entanto, essa concepção maximalista do controle vai de encontro à exigência do direito de arbitragem, que não quer que o juiz estatal revise o mérito da sentença.

Por outro lado, é preciso que o juiz nacional aceite a ideia que sua análise da situação factual não é necessariamente mais pertinente que aquela que o tribunal arbitral procedeu. Além disso, na União Europeia, os diferentes Estados renunciaram a controlar plenamente a aplicação feita por juízes de outros Estados-membros de normas imperativas (*lois de police*) que eles mesmos editaram em nome da confiança mútua quando do reconhecimento

révision au fond de la sentence. Et s'agissant de la violation de l'ordre public international, la Cour de cassation a rappelé que seule la reconnaissance de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public dont le contrôle se limite au caractère flagrant effectif et concret de la violation alléguée.

*Fallait-il substituer au raisonnement de l'arbitre l'appréciation du juge national ? Le droit de la concurrence vise à réguler le marché à partir d'une analyse économique, qui repose sur une étude complexe d'éléments factuels. Dans l'affaire *Cytec*, si l'arbitre avait effectué le bilan économique de l'accord litigieux, il n'existait aucune raison de remettre en cause les conclusions auxquelles le tribunal arbitral était arrivé.*

Certains auteurs critiquent l'ajout par la jurisprudence de ces trois conditions de la contrariété à l'ordre public international. Ils soutiennent que le contrôle français de l'ordre public international est superficiel et conduit à neutraliser le contrôle réel.

Cependant, cette conception maximaliste du contrôle se heurte à l'exigence du droit de l'arbitrage qui veut que le juge étatique ne révise pas au fond la sentence.

Or, il faut que le juge national accepte l'idée que son analyse de la situation factuelle n'est pas nécessairement plus pertinente que celle à laquelle le tribunal arbitral a procédé. Par ailleurs, au sein de l'Union européenne, les différents Etats ont renoncé à contrôler pleinement l'application faite par les juges d'autres Etats membres des lois de police qu'ils ont eux mêmes édictées, au nom

dos julgamentos proferidos pelas jurisdições de outro Estado-membro. Por que não depositar um mínimo de confiança na sentença de arbitragem estrangeira?

A busca por um equilíbrio entre a efetividade da ordem pública internacional e o princípio da não revisão do mérito das sentenças levou a Corte de Cassação a intensificar o controle. Na decisão proferida em 2014,¹⁶ que já mencionei para ressaltar que, aos olhos da jurisprudência, o juiz de anulação não é juiz do caso pelo qual as partes firmaram uma convenção de arbitragem, a Corte de Cassação não reproduziu a fórmula clássica relativa à condição de uma violação flagrante, efetiva e concreta da ordem pública que havia sido declarada por um acórdão de apelação.

Para testemunhar a vigilância do juiz francês sobre o controle da ordem pública internacional, citarei um acórdão muito recente.¹⁷ Um recurso havia sido apresentado contra uma sentença proferida em Londres. O contrato, que continha uma cláusula compromissória, tratava da venda de produtos destinados a países africanos. A sentença condenou uma das empresas a pagar diversas quantias à outra. No entanto, pelo julgamento posterior ao pronunciamento da sentença, um tribunal penal declarou a empresa credora culpada pelo delito de corrupção por ter pago comissões ilícitas a um dos empregados da outra empresa. Face à Corte de Cassação, a empre-

de la confiance mutuelle lors de la reconnaissance des jugements rendus par les juridictions d'un autre Etat membre. Pourquoi n'accorderait on pas un minimum de confiance à la sentence arbitrale étrangère?

La recherche d'un équilibre entre effectivité de l'ordre public international et principe de non-révision au fond des sentences a conduit la Cour de cassation a reserrer le contrôle. Dans l'arrêt rendu en 2014¹⁶ dont j'ai déjà parlé pour souligner qu'aux yeux de la jurisprudence, le juge de l'annulation n'est pas juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, la Cour de cassation n'a pas reproduit la formule classique relative à la condition d'une atteinte flagrante, effective et concrète à l'ordre public qui avait été énoncée par l'arrêt d'appel.

Pour témoigner de la vigilance du juge français sur le contrôle de l'ordre public international, je citerai un arrêt très récent.¹⁷ Un recours avait été formé contre une sentence rendue à Londres. Le contrat qui contenait une clause compromissoire portait sur la vente de produits à destination d'Etats africains. La sentence a condamné l'une des sociétés à payer à l'autre société diverses sommes. Or, par jugement postérieur au prononcé de la sentence, un tribunal pénal a déclaré la société qui était créancière coupable du délit de corruption pour avoir versé à un des salariés de l'autre société des commissions illicites. Devant la Cour de cassation, la société créancière de la sentence a fait valoir que la

16 Sté. Schneider Schaltgerätebau und Elektroinstallationen c/ CPL Industries.

17 Cass. Civ., 1^ee, 13 de setembro de 2017, recurso n° 16-25.657, Indrago.

16 Sté. Schneider Schaltgerätebau und Elektroinstallationen c/ CPL Industries.

17 Cass. Civ., 1^{re}, 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-25.657, Indrago.

sa credora da sentença alegou que a mesma devia ser executada. A Corte de Cassação aprovou o entendimento da Corte de Paris, que havia decidido que a venda litigiosa havia sido concluída, sob condições desequilibradas, em detrimento da empresa devedora, por seu empregado, em razão de corrupção deste pela outra empresa; que a ilicitude deste contrato havia sido estabelecida pelo juiz penal e que o reconhecimento da sentença permitiria a um contratante retirar seus benefícios do pacto corruptivo. Assim, foi julgado que a solução dada por esta sentença violava a concepção francesa de ordem pública internacional.

Assegurar o desenvolvimento de um direito de arbitragem eficaz supõe debruçar-se sobre as experiências do direito comparado. É a razão pela qual volto maior atenção às soluções relativas à inserção ou não da sentença na ordem jurídica brasileira.

sentence devait recevoir l'exequatur. La Cour de cassation a approuvé la cour de Paris qui avait relevé que la vente litigieuse avait été conclue, à des conditions déséquilibrées au détriment de la société débitrice, par son salarié, en raison de sa corruption de celui-ci par l'autre société, que l'illicéité de ce contrat avait été établie par le juge pénal et que la reconnaissance de la sentence permettrait à un contractant de retirer les bénéfices du pacte corruptif. Ainsi, il a été jugé que la solution donnée par cette sentence violait la conception française de l'ordre public international.

Assurer le développement d'un droit de l'arbitrage efficace suppose de se pencher sur les expériences du droit comparé. C'est la raison pour laquelle je porte la plus grande attention aux solutions relatives à l'insertion ou non de la sentence dans l'ordre juridique brésilien.



LUIZ OLAVO BAPTISTA

É bacharel em direito e em ciências sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, doutor pela Université de Droit, d'Économie et Sciences Sociales de Paris, doutor *honoris causa* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi professor do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Atualmente, é professor emérito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, fundador do Atelier Jurídico e integra o Centro Regional de Arbitragem de Kuala Lumpur.

Luiz Olavo Baptista est licencié en droit et en sciences sociales de l'Université Catholique de São Paulo, et possède un doctorat octroyé par l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris. Il est également docteur Honoris Causa à la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne. Ancien professeur du Département de Droit International de l'Université de São Paulo (USP), il est actuellement professeur émérite à la Faculté de Droit de Ribeirão Preto, également de l'USP. Il est, de plus, fondateur de l'Atelier juridique et intègre le Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur.

LUIZ OLAVO BAPTISTA

Começo este artigo abordando a questão da ordem pública na arbitragem do ponto de vista da presença de diferenças que existem na legislação entre a França e o Brasil. Depois, examino sumariamente as características e a ação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em relação a este assunto e a outros relacionados.

No direito comparado de hoje em dia, o que se busca não é mais a semelhança nos discursos, mas a similaridade no resultado que a interpretação desses discursos produz, inserida no contexto de uma determinada cultura. Essa foi uma experiência que vivi na Organização Mundial do Comércio (OMC), ocasião em que o órgão de apelação era composto por sete membros e, em quase 40 casos que acompanhei durante o tempo em que estive lá, houve um consenso global e completo.

A pirâmide de Maslow trata das necessidades básicas, que são: a alimentação, o abrigo e a segurança, respectivamente. Quando se trata de segurança, há também a previsibilidade dos fatos. O Poder Judiciário se coloca na obtenção da segurança e previsibilidade, tal como a arbitragem deveria fazê-lo. Seguran-

J'entame cet article en abordant la question de l'ordre public dans l'arbitrage, du point de vue de la présence de différences entre la législation française et celle du Brésil. J'examinerai, ensuite, de façon sommaire, les caractéristiques et l'action du Tribunal Supérieur de Justice brésilienne (STJ), non seulement par rapport à ce sujet, mais également à d'autres questions qui lui sont liées.

Ce que l'on recherche aujourd'hui dans le domaine du droit comparé, n'est plus la ressemblance des discours, mais plutôt la similitude des résultats que l'interprétation de ce discours produit, insérée dans le contexte d'une culture particulière. C'est une expérience que j'ai vécue au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). À cette occasion, l'organe d'appel était composé de sept membres : j'y ai constaté un consensus global et complet dans près des 40 cas que j'ai suivis lors de mon séjour dans cet organe.

La pyramide des nécessités, de Maslow, traite des nécessités de base : la nourriture, le logement et la sécurité, respectivement, et en matière de sécurité, la prévisibilité des faits. Le

ça e previsibilidade constroem-se por meio de interpretação, quando esta induz e busca esse resultado. Tal busca se dá mediante métodos que incitem a coerência do pensamento. No entanto, esta não é uniforme e nem hierarquizada, pois a coerência do pensamento e da ação depende da mudança que ocorre na ordem social, até porque o que era inaceitável antigamente, hoje em dia pode ser visto como desejável. A mudança advinda do decorrer do tempo reflete-se na coerência que as decisões devem ter.

O sistema brasileiro aceita a ordem pública internacional e a nacional. Busca-se a coerência entre as duas ordens porque as causas que chegam ao STJ estão ligadas, em primeiro lugar, pelo respeito às características típicas da arbitragem, o que a caracteriza como tal. Em segundo lugar, há a especialização dos juízes, que é algo que começa por uma inclinação natural da pessoa, cuja curiosidade intelectual a leva a buscar novos saberes. Além disso, o mais importante é a preocupação com a aplicação dos direitos da pessoa, algo sempre presente em decisões do STJ. Como exemplos desta preocupação que aparecem em todos os casos, são considerados a exigência da citação e o respeito do devido processo legal. Todas as ações protegem, além de outros princípios, a liberdade de expressão da vontade, mas exigem que ela seja escrita, condição essencial para a existência do ato.

A cláusula arbitral é um ato que depende da renúncia, que é um direito que a Constituição garante às pessoas, e da faculdade de escolha de outro caminho. A visão do STJ é democrática porque respeita ambas variáveis.

pouvoir judiciaire se positionne sur la question de l'obtention de la sécurité et la prévisibilité, de la même façon dont l'arbitrage le devrait. La sécurité et la prévisibilité se construisent au moyen de l'interprétation lorsque celle-ci induit et cherche ce résultat. Cette exploration s'accomplit au moyen de méthodes qui incitent à la cohérence de la pensée. Celle-ci, cependant, n'est ni uniforme ni hiérarchique, car la cohérence de la pensée et de l'action dépend des changements survenus dans l'ordre social, notamment du fait de la possibilité que ce qui était inacceptable dans le passé, peut être considéré aujourd'hui comme quelque chose de souhaitable. Le changement dû à l'écoulement du temps se reflète sur la cohérence que les décisions devraient garder.

Le système brésilien accepte l'ordre public national et international. On recherche la cohérence entre les deux ordres parce que les affaires qui atteignent le Tribunal Supérieur de Justice sont rattachées, tout d'abord par le respect aux caractéristiques propres à l'arbitrage, ce qui les caractérisent en tant que telles, et deuxièmement, du fait de la spécialisation des juges, quelque chose qui commence par un penchant naturel de la personne, dont la curiosité intellectuelle l'amène à chercher de nouvelles connaissances. En outre, ce qui est le plus important est le souci de l'application des droits de la personne, un élément toujours présent dans les décisions de cette cour. Parmi les exemples de cette préoccupation, constatée dans tous les cas, se trouvent les exigences de l'assignation et du respect envers la procédure juridique équitable. Tous les procès protègent, en plus d'autres principes, celui de la

Observa-se também que o direito brasileiro está coerente com a *Model Law* da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral), que prevê o afastamento da sentença quando houver choque com a ordem pública, e também aborda o reconhecimento, caso seja contrário à ordem pública do Estado. A decisão, então, tem efeitos amplos.

Qual a diferença entre a ordem pública internacional e a interna? Na ordem pública internacional, de efeito limitado, o que aparece não é uma afirmação de uma cultura jurídica nacional, regional, etc., mas de uma comunhão, por parte da humanidade, acerca da necessidade de certas coisas, à nossa condição de seres humanos. Assim, por exemplo, se uma arbitragem for realizada em um país que admite a escravidão, e decidisse que tal contrato de vendas de escravos é válido, na maioria avassaladora dos países, em qualquer país do mundo, a decisão não será reconhecida porque o objeto fere uma questão que é inaceitável em todas as partes, pois exige-se o respeito à liberdade das pessoas.

Na França, o art. n° 1.514 do Código Civil¹ prevê que as sentenças serão estabelecidas, mas não serão aceitas, se forem manifestamente contrárias à ordem pública internacional. O art. n° 1.520 do mesmo código aborda de novo o recurso e a anulação, no que fere a ordem pública internacional.

No caso brasileiro, há dois artigos no regulamento do STJ, que também tem força

libre expression de la volonté, mais exigeant qu'elle soit écrite, une condition essentielle à l'existence de l'acte.

La clause arbitrale est un acte qui dépend de la renonciation à un droit que la Constitution assure aux personnes, et de la faculté de choisir une autre voie. Le regard du STJ est démocratique car il respecte ces deux variables. Il est également à noter que le droit brésilien est cohérent avec la Model Law de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), qui prévoit l'écartement de la sentence lorsqu'un choc se produit à l'encontre de l'ordre public, et aborde également la reconnaissance de celle-ci dans le cas où elle ne nuit pas à l'ordre public de l'État. L'effet de la décision est alors élargi.

Quelle est la différence entre l'ordre public international et l'ordre public interne? Dans l'ordre international, dont l'effet est limité, ce qui affleure n'est pas l'affirmation d'une culture juridique nationale, régionale, etc., mais plutôt une communion de la part de l'humanité sur la nécessité de certaines choses, de certains éléments du fait de notre condition d'êtres humains. Ainsi, par exemple, si une procédure d'arbitrage est réalisée dans un pays qui admet l'esclavage, et que la sentence arbitrale déclare la validité d'un contrat de vente d'esclaves, cette décision dans la majorité écrasante des pays, ne sera absolument pas reconnue, et ceci parce que l'objet porte atteinte à une question inacceptable du fait de l'exigence du respect à la liberté des personnes.

¹ Modificado em 13 de janeiro de 2011 pelo decreto n° 2011-48, art. n° 12.

de lei, que preveem que a sentença não será homologada se ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana ou a ordem pública. Pode-se dizer, então, que a dignidade da pessoa humana está à altura da ordem pública. Então, tendo visto todas essas decisões, constatei na minha pesquisa que o Poder Judiciário brasileiro rejeitou cinco casos com menção expressa: a sentença estrangeira contestada nº 9412 (caso Abengoa), além das SEC nº 9666, nº 8425, nº 507 e nº 8666. No primeiro caso,² foi alegada uma parcialidade do árbitro e a homologação foi indeferida. No segundo,³ a sentença foi homologada porque não houve o exercício válido do contraditório. No terceiro,⁴ também houve violação à ampla defesa e ao devido processo legal, caracterizando ofensa à ordem pública. No quarto⁵ e no quinto,⁶ configurou-se ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Percebe-se, portanto, a diferença de consolidação da Convenção de Nova York⁷ no Brasil e na França. Enquanto na França ela está em vigor desde 1959, no Brasil ela só começou a valer a partir de 2002, quando foi ratificada. Pode-se dizer, então, que o valor de um texto legislativo cresce de acordo com sua permanência no tempo. Essa permanência é importante também na jurisprudência, uma vez que

En France, l'art. n° 1.514 du Code civil¹ stipule que les sentences seront rendues, mais ne seront pas acceptées si elles sont manifestement contraires à l'ordre public international. L'art. n° 1.520 du même code, mentionne encore une fois le recours et l'annulation dans le cas d'atteinte à l'ordre public international.

Dans le cas brésilien, deux articles du règlement du STJ, qui ont également force de loi, prévoient que la sentence ne sera pas homologuée si elle porte atteinte à la souveraineté nationale, à la dignité de la personne humaine ou à l'ordre public. On peut affirmer, alors, que la dignité de la personne humaine est à la hauteur de l'ordre public. En examinant toutes les décisions, j'ai constaté, lors de mes recherches, que le pouvoir judiciaire brésilien a rejeté de façon expresse cinq cas d'homologation : la sentence étrangère (SEC) n° 9412 (procès Abengoa), et les SECs n° 9666, n° 8425, n° 507 et n° 8666. Dans le premier cas,² la partialité de l'arbitre a été alléguée et l'homologation a été rejetée. Dans le deuxième cas,³ la sentence n'a pas été homologuée du fait de l'absence d'exercice valide du principe du contradictoire. Le troisième cas,⁴ exposait clairement une violation des droits de la défense et de violation du principe de la procédure équitable, ce qui caractérisait, de cette sorte, une atteinte

2 SEC nº 9412.

3 SEC nº 9666.

4 SEC nº 8425.

5 SEC nº 507.

6 SEC nº 8666.

7 Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958.

1 Modifié le 13 janvier 2011 par le décret n° 2011-48, art. n° 12.

2 SEC nº 9412.

3 SEC nº 9666.

4 SEC nº 8425.

não a deixa congelada, pois é coerente com o que aconteceu antes. Na arbitragem, os árbitros buscam essa coerência: ao lerem o que outros árbitros decidiram, podem avaliar se o raciocínio e as condições do caso são coincidentes. Isto é uma influência da *Common Law*, que trabalha com precedentes, sendo que o precedente é obrigatório. O precedente é um caso que, sob todos os pontos de vista jurídicos aceitos até aquele momento, tem as mesmas características legais, respondendo ao mesmo teste. Na verdade, o que o tribunal da *Common Law* faz é aplicar um teste, aferindo se é uma sociedade de responsabilidade limitada, ou uma *joint venture*, que é um tipo diferente de sociedade, ou até mesmo uma sociedade entre pessoas. Conforme as situações novas aparecem, as características do teste vão crescendo e aumentando, logo a coerência está relacionada à existência deste teste. Isto é diferente do nosso processo interno: no Brasil, é feita uma comparação com a lei. Em pesquisas que realizei, notei alguns casos que são interessantes, em que não se faz menção à ordem pública, mas se decide usando o princípio dela. Isto é fruto dessa coerência.

Acho interessante a este ponto lembrar as causas dessa diferença de abordagem, no direito francês e no brasileiro. O pensamento de Descartes trouxe para dentro do direito francês uma característica típica das ciências naturais, a de que se deve decompor a consequência de uma relação em causa e efeito. Se este padrão for repetido por outra pessoa, levará à mesma conclusão. Esta visão, que é do chamado método científico, leva a um rigor maior. A leitura das decisões da cassação

à l'ordre public. Dans le quatrième⁵ et le cinquième cas,⁶ une atteinte avait été commise à l'encontre du principe du contradictoire et des droits de la défense.

Les différences du résultat de la consolidation de la Convention de New York⁷ au Brésil et en France sont donc bien perceptibles. Alors qu'en France cette convention est en vigueur déjà depuis 1959, au Brésil, elle n'a pris force qu'à partir de 2002, après sa ratification. On peut dire, alors, que la valeur d'un texte législatif croît en fonction de sa permanence dans le temps. Cette permanence est également importante dans la jurisprudence, car celle-ci l'empêche de se figer, du fait de sa cohérence avec ce qui s'est passé antérieurement. Lors de la procédure d'arbitrage, les arbitres recherchent cette cohérence: en prenant connaissance de ce que les autres arbitres ont décidé, ils sont à même d'évaluer si le raisonnement et les conditions de ce cas coïncident. Il s'agit là d'une influence de la common law, qui opère en utilisant les précédents, et le précédent est obligatoire. Le précédent est un cas qui, à partir de tous les points de vue légaux acceptés jusqu'à ce moment, détient les mêmes caractéristiques juridiques, et répond aux mêmes tests. En réalité le tribunal de la common law applique un test, en vue de déterminer s'il s'agit d'une société à responsabilité limitée ou d'une joint venture, qui est un type différent de société, ou même d'une société entre personnes. À mesure que de nouvelles situations

⁵ SEC n° 507.

⁶ SEC n° 8666.

⁷ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958.

nos acórdãos da Corte de Cassação francesa é singular, e contém uma espécie de preâmbulo, que é uma súmula do direito aplicável ao caso concreto em específico. Ela contém um comentário da situação de fato, para que o leitor possa refletir e perceber que a regra legislativa foi cumprida adequadamente.

No Brasil, durante o julgamento dos processos, entra-se diretamente na exposição do fato e do direito. Essa diferença metodológica faz com que a abordagem da ordem pública pareça diferente da que existe no ordenamento jurídico francês.

Outra diferença é que a França depende economicamente do turismo, assim quantas mais pessoas promoverem a arbitragem em Paris, melhor será, pois elas vão fisicamente até um tribunal arbitral francês e movimentam a economia, se hospedando em hotéis, usando táxis, frequentando restaurantes etc. Isto significa que a arbitragem passou a fazer parte de um interesse econômico nacional. Evidentemente, é algo feito de modo que se contemple os trâmites processuais próprios da Justiça, com respeito à lei e com um viés de proteção.

No caso da realidade brasileira, não consideramos que a arbitragem tenha qualquer efeito sobre o turismo ou sobre a economia locais. O ato de se extrair alguns casos, diante de sua complexidade e especialização, atravancaria o Poder Judiciário. O juiz teria que parar para aprender coisas novas, pois se trata de um direito novo, se não o fizesse, essas matérias estariam sem discussão, aguardando que alguém as analisasse. São essas as razões

apparaissent, les caractéristiques du test s'élargissent et croissent. La cohérence est donc liée à l'existence de ce test. Ceci est différent du processus interne brésilien : au Brésil, la comparaison est effectuée avec la loi. Lors de la recherche que j'ai menée, j'ai remarqué quelques cas intéressants, dans lesquels l'ordre public n'est effectivement pas mentionné, mais où la décision est prise en faisant valoir le principe de cet ordre. Ceci est le fruit de cette cohérence.

Il devient intéressant à ce moment de rappeler les causes de cette différence d'approches en droit français et en droit brésilien. La pensée de Descartes a introduit dans la législation française une caractéristique typique des sciences naturelles : il faut décomposer la conséquence d'une relation en cause et effet. Si ce modèle est répété par une autre personne, il mènera nécessairement à la même conclusion. Cette vision, que l'on appelle la méthode scientifique, conduit à une plus grande rigueur. La lecture des décisions de cassation dans les arrêts de la Cour de cassation française est singulière, et contient une sorte de préambule, qui est un résumé de la loi applicable spécifiquement au cas concret. Il contient un commentaire sur la situation de fait, afin que le lecteur puisse réfléchir et se rendre compte que la règle législative a été accomplie de façon correcte.

Au Brésil on passe directement, au cours de la procédure, à l'exposition du fait et du droit. Cette différence méthodologique fait que l'approche de l'ordre public semble différente de celle de l'ordre juridique français.

Une autre différence est que la France dépend économiquement du tourisme. Ainsi, plus

sociológicas que têm fundamentado as causas das mudanças.

Por fim, neste percurso de direito comparado, tanto as considerações jurídicas, que abrangem os interesses, quanto as comparações puramente jurídicas de interpretação e aplicação da lei, levam a ilações similares. Conclui-se que tudo o que se faz em relação à ordem pública tem como finalidade utilizar um instrumento dos sistemas jurídicos que concede às pessoas garantias para que possam ser reconhecidas como pessoas, e passem a viver a partir deste hábito.

il y aura d'utilisateurs de l'arbitrage à Paris, le mieux ce sera. Ils iront physiquement à un tribunal arbitral français, s'hébergeront dans des hôtels, prendront des taxis, mangeront dans des restaurants etc. Cela signifie que l'arbitrage fait désormais partie d'un intérêt économique national. De toute évidence, cependant ceci se fait en faveur des procédures procédurales appropriées de la justice, en respectant la Loi avec un biais de protection.

Dans le cas de la réalité brésilienne, nous ne considérons pas que l'arbitrage ait un quelconque effet sur le tourisme ou sur l'économie locale. L'acte de sélectionner certains cas, du fait de leur complexité et leur spécialisation, encombrerait le pouvoir judiciaire. Le juge devra interrompre sa tâche pour apprendre des nouveautés du fait qu'il s'agit d'un droit nouveau, car s'il ne le faisait pas, ces matières ne seraient pas débattues en attendant que quelqu'un les analyse. Ce sont ces raisons sociologiques qui sont à la base des causes des changements.

Pour finir ce parcours dans le droit comparé, aussi bien les considérations juridiques, qui englobent les intérêts, que les comparaisons purement juridiques de l'interprétation et de l'exécution de la Loi, conduisent à des conclusions similaires. D'où on peut conclure que tout ce que l'on fait, en ce qui concerne l'ordre public, a pour but l'utilisation d'un instrument des systèmes juridiques qui confère aux personnes des garanties pour que celles-ci puissent être reconnues comme telles, et vivre de cette habitude.

CAPÍTULO 2

CHAPITRE 2

HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA

ARBITRAL ESTRANGEIRA

HOMOLOGATION DE LA

SENTENCE

ARBITRALE ÉTRANGÈRE

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

OG FERNANDES

JEAN-NOËL ACQUAVIVA

ARNOLDO WALD



JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, onde se especializou em direito do trabalho, processual do trabalho e processual civil. Foi corregedor nacional de Justiça e, atualmente, é ministro-presidente do Superior Tribunal de Justiça. Também é professor do Instituto de Educação Superior de Brasília, da Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e do Centro Universitário de Brasília.

Licencié en droit de la Faculté de Droit du Sud de Minas, où il s'est spécialisé en droit du travail, en droit procédural du travail et en droit procédural civil. Il était Inspecteur général de la justice, et est actuellement ministre-président du Tribunal Supérieur de Justice. Il est également professeur à l'Institut d'Éducation Supérieure de Brasília à l'Ecole supérieure de la magistrature du Tribunal de Justice du District Fédéral et des Territoires, et du Centre Universitaire de Brasília.

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

É instigante discutir a arbitragem sob a perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que se refere à homologação de sentença estrangeira. A análise de alguns julgados do STJ possibilitará extrair a tese que mais importa para a eficácia da arbitragem e da homologação de sentença arbitral no Brasil. Como exemplo, cita-se a Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 9.412, dos Estados Unidos, que trata do famoso caso da Abengoa, em que o STJ, pela primeira vez, deixou de homologar uma decisão de corte arbitral em razão de ofensa à ordem pública. Segundo o acórdão, se, por um lado, é certo que a homologação de sentença estrangeira não autoriza o STJ a examinar o mérito, por outro, também é certo que, no controle da homologação, cabe ao Tribunal zelar por uma série de princípios que tem relação com o devido processo legal e, sobretudo, com a manutenção da ordem pública.

É vedado ao STJ homologar decisão arbitral que implique ofensa à ordem pública. A primeira questão é: de qual ordem pública estamos falando? É evidente que se trata da ordem pública nacional. Assim, deve-se ave-

Il est intéressant de discuter l'arbitrage sous la perspective de la jurisprudence du Tribunal Supérieur de Justice (STJ) en ce qui touche l'homologation de sentences étrangères. L'analyse de certaines décisions de cette cour, permettra d'extraire la thèse qui importe le plus pour l'efficacité de l'arbitrage et l'homologation des sentences arbitrales au Brésil. A titre d'exemple, je citerai la Sentence Étrangère Contestée (SEC nº 9.412) des Etats-Unis, qui traite du fameux cas Abengoa, où le STJ, pour la première fois, a refusé l'homologation d'une décision d'une cour arbitrale en raison d'une atteinte à l'ordre public. Selon l'arrêt, si d'une part il est établi que l'homologation d'une sentence étrangère n'autorise pas le STJ à examiner le fond de l'affaire, il est, d'autre part certain que le tribunal qui contrôle l'homologation, doit veiller à l'intégrité d'une série de principes liés à l'application régulière de la loi.

Il est interdit au STJ d'homologuer une décision arbitrale impliquant une atteinte à l'ordre public. La première question qui se pose est : de quel ordre public parle-t-on ? Il est indubitable qu'il s'agit de l'ordre public national. Il s'avère donc nécessaire de vérifier si la déci-

riguar se a decisão a ser homologada fere ou não a ordem pública brasileira, e não a ordem pública do país em que foi proferida, uma vez que será cumprida no Brasil. Só cabe a homologação da sentença estrangeira que terá eficácia no Brasil. A homologação agrega eficácia nacional à decisão.

O propósito da homologação da sentença estrangeira como forma de obter o exequatur é simplesmente o de torná-la eficaz no Brasil e, se revestida de força condenatória, possibilitar a execução. Fora desse propósito, não tem cabimento o procedimento de homologação ante a manifesta ausência de interesse jurídico, este considerado sob o aspecto do binômio necessidade/utilidade do provimento pleiteado.

No caso citado,¹ o que feriu a ordem pública? A parcialidade de um dos árbitros da Corte. Tratava-se de um tribunal americano de arbitragem. Constatou-se, por meio dos documentos acostados à petição de homologação, que o presidente do tribunal arbitral, que processou e julgou a arbitragem, havia sido contratado por uma das partes não para lhe prestar consultoria diretamente, mas ao governo americano em assunto do interesse dela. O governo americano, em certas situações, determina o advogado que será contratado pela parte, mas, de modo geral, na estrutura governamental americana, não há parecerista: contrata-se ou determina-se que a parte proceda à contratação.

O advogado, que era árbitro, recebeu uma

sion soumise à l'homologation porte ou non atteinte à l'ordre public brésilien, et non pas à l'ordre public du pays où cette décision a été rendue, ceci du fait qu'elle sera accomplie au Brésil. L'homologation de la sentence étrangère ne sera possible que si elle est efficace au Brésil. L'homologation confère de l'efficacité nationale à la décision.

Le but de l'homologation de la sentence étrangère comme moyen d'obtenir l'exequatur est simplement de la rendre efficace au Brésil et, au cas où elle serait revêtue de force condamnatoire, de permettre son exécution ici. En dehors de cette finalité, la procédure n'a pas sa place, compte tenu de l'absence manifeste d'intérêt juridique, celui-ci étant pris sous l'aspect du binôme nécessité/utilité de l'accueil demandé.

Revenons au cas cité:¹ Qu'est-ce qui a porté atteinte à l'ordre public? La partialité de l'un des arbitres du tribunal. Il s'agissait d'un tribunal américain d'arbitrage. Il a été constaté, à l'aide de documents joints à la requête d'homologation, que le président du tribunal arbitral, qui a conduit la procédure et a jugé l'arbitrage, avait été embauché par l'une des parties, non pas pour lui prêter conseil directement, mais au gouvernement américain sur une matière qui intéressait cette partie. Le gouvernement américain, en certaines situations, indique l'avocat qui sera contracté par la partie, mais en général, dans la structure organisation gouvernementale, il n'y a pas d'opinion juridique : ou bien on l'engage, ou bien on en-

1 SEC n° 9.412.

1 SEC n° 9.412.

quantia pelo serviço prestado, e seu escritório também havia prestado pequenos serviços à outra parte, embora ele próprio não o tivesse feito. Assim, não se pode reconhecer a neutralidade ou a imparcialidade de tal ato. O causídico estabeleceu relações econômicas com ambas as partes. Não se pode presumir, nessa hipótese, a imparcialidade.

A sentença ainda tinha outro vício que feria a ordem nacional. O direito brasileiro é categórico em dizer que a indenização não pode ultrapassar os prejuízos efetivamente comprovados. No caso em evidência, o valor estipulado pela Corte de Arbitragem superava em muito o valor máximo que a parte receberia caso o processo corresse no Brasil, observada a regra nacional.

Surge aí uma questão importante: havia sido proposta, no juízo americano, uma ação para anular a decisão arbitral, porquanto o presidente da Corte era suspeito. A Justiça americana entendeu que aquele tipo de procedimento - com envolvimento dos juízes - não caracterizaria parcialidade, algo que poderia ser feito naquele país. No Brasil, quando se afere a imparcialidade dos juízes, faz-se com base na ordem jurídica nacional. Verifica-se que o caso se enquadra, exatamente, nas hipóteses de suspeição e impedimento, regulados pelo Código de Processo Civil brasileiro.

É certo que a natureza contratual da arbitragem põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e o árbitro. A violação do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de gerar dúvida sobre a imparcialidade e independência do árbitro obsta a homolo-

joint à la partie de l'engager.

L'avocat, qui était arbitre, a reçu une somme pour rémunérer le service rendu, et son cabinet avait également prêté service à l'autre partie, quoique qu'il ne l'ait pas fait personnellement. Il n'était donc pas possible de reconnaître la neutralité ou l'impartialité de cet acte. En fait, l'avocat avait établi des relations économiques avec les deux parties. Impossible, donc, dans cette hypothèse de présumer l'impartialité.

La sentence était entachée également d'un autre vice portant atteinte à l'ordre national. Le droit brésilien est catégorique lorsqu'il établit que la valeur stipulée par la cour d'arbitrage ne peut pas dépasser les dommages effectivement prouvés. Dans ce cas précis, la valeur stipulée par la cour d'arbitrage était considérablement supérieure à la valeur maximale que la partie aurait reçu si la procédure était conduite au Brésil, compte tenu de la règle nationale.

Mais une question importante se pose à ce sujet : un procès avait été intenté devant la juridiction américaine dans le but d'annuler la décision arbitrale, du fait de la suspicion pesant sur le président de la cour. La justice américaine, cependant, a entendu que ce type de conduite - engageant des juges - ne caractérisait pas une situation de partialité, car ce genre de conduite était possible dans ce pays. Au Brésil lorsque l'on évalue l'impartialité des juges, on le fait sur la base de l'ordre juridique national. On constate que ce cas s'inscrit exactement dans les hypothèses de suspicion et d'empêchement, régents par le Code de procédure civile brésilien.

gação da sentença arbitral. No caso, o árbitro não revelou a existência do relacionamento referido, razão pela qual o STJ concluiu pela não homologação da decisão arbitral.

Há outro caso interessante, em que se discute se a corte arbitral pode ou não decretar a falência de uma das partes. Quanto a isso, é preciso muita atenção à ordem pública nacional porque o processo de falência, como processo de execução, é reservado à atividade jurisdicional. Não compete ao particular promover a execução da sentença arbitral, e a razão é simples: não pode o particular invadir a esfera patrimonial do devedor para alcançar bens, determinar sua constrição, avaliá-los e aliená-los. Essa é uma atividade privativa do Estado-Juiz. Por isso, não se admite a homologação da sentença arbitral que decreta a falência de uma das partes.

Outra questão é se o eventual decreto da falência importa ou tem alguma repercussão na homologação da sentença. A resposta seria “em termos” porque a representação da falência só vai acarretar a regularização da legitimidade processual do falido, uma vez que, com a falência, ele sofre uma *capitis diminutio*, ficando proibido de administrar seus bens. A partir daí, a ação deve correr contra a massa falida, e não mais contra o devedor, de quem foi subtraída a administração dos bens. Quem seguirá no procedimento de arbitragem instaurado, portanto, será a massa falida, representada pelo administrador judicial.

Há um caso que merece reflexão, inclusive por parte dos juízes brasileiros. O STJ já definiu - e é entendimento pacífico - que a exis-

Il est certain que la nature contractuelle de l'arbitrage met en exergue la confiance fiduciaire entre les parties et l'arbitre. La violation du devoir de révéler toute circonstance susceptible de lever des doutes sur l'impartialité et sur l'indépendance de l'arbitre est un obstacle à l'homologation de la sentence arbitrale. Dans le cas précis, l'arbitre n'avait pas déclaré l'existence des rapports susmentionnés, raison pour laquelle le STJ a décidé de ne pas homologuer la décision arbitrale.

Un autre cas intéressant est la question de savoir si la cour arbitrale peut ou non déclarer la faillite de l'une des parties. À cet égard, il est nécessaire de porter une attention toute spéciale à l'ordre public national étant donné que la procédure de faillite, en tant que procédure d'exécution, est réservée à l'activité juridictionnelle. Ce n'est pas au particulier que revient la tâche de promouvoir l'exécution de la sentence arbitrale, et la raison en est simple : le particulier ne peut pas envahir la sphère patrimoniale du débiteur pour y chercher des biens, déterminer leur indisponibilité, les évaluer et les aliéner. C'est une activité réservée exclusivement au juge d'État. De ce fait, une sentence arbitrale déclarant la faillite de l'une des parties ne pourra pas être homologuée.

*Une autre question qui se pose : la déclaration éventuelle de faillite a-t-elle ou non des répercussions sur l'homologation de la sentence. La réponse serait «cela dépend», parce que la représentation de la faillite n'entraînera que la régularisation de la légitimité procédurale du failli, puisque, du fait de la faillite, il est l'objet d'une *capitis diminutio*, et est interdit de gérer ses biens. A partir de ce point, l'action devra*

tência de ação anulatória da decisão arbitral não impede a homologação judicial. Surge então a discussão: após homologada, a ação anulatória perderia o objeto? A resposta é negativa, pois a ação continua. O propósito da homologação é nacionalizar, em outras palavras, é dar executividade à decisão judicial.

Uma vez homologada, a decisão arbitral deverá ser executada perante o juiz federal competente. Caso se trate de execução de obrigação de fazer - ou de execução de obrigação por quantia certa, que é a hipótese mais comum -, essa execução poderá sofrer embargos. É lógico que ela está sujeita às limitações previstas em lei para a oposição de embargos à sentença, que hoje seriam aquelas da impugnação ao cumprimento da execução de decisão judicial.

O que ocorreria com essa ação que visava desconstituir a obrigação? Deve ser apensada à execução por conexão, fazendo as vezes da impugnação, sem a necessidade de que se renove a ação ou o procedimento cominativo para que o juiz, ao apreciar, possa acolher ou não os argumentos a fim de dar ou não seguimento à execução. Essa é uma peculiaridade que não pode passar despercebida. Não é razoável entender que, pelo fato de haver primeiramente a homologação, esvazia-se a ação anulatória ou, porque esta foi anulada, acabou-se o objeto da homologação. É preciso, então, tomar cuidado.

Consequentemente, surge um problema: o juiz de primeiro grau estaria apto a desconstituir decisão do STJ? É válido lembrar que o STJ, ao homologar decisão, não adentra o mé-

être dirigée contre la masse de la faillite, et non plus contre le débiteur, dont la capacité de gestion de ses biens a été soustraite. L'acteur suivant dans la procédure d'arbitrage instaurée, sera par conséquent la masse de la faillite, représentée par l'administrateur judiciaire.

Un autre cas mérite réflexion, y-compris de la part des juges brésiliens. Le STJ a déjà établi - et il s'agit là d'une interprétation pacifique - que l'existence d'une action en annulation de la décision arbitrale n'exclut pas l'homologation judiciaire. Mais une discussion s'établit sur un point : après l'homologation, l'action en annulation perdrait-elle son objet ? La réponse est non, parce que l'action se poursuit. Le but de l'homologation est de nationaliser, autrement dit, de conférer exécutabilité à la décision judiciaire.

Une fois homologuée, la décision arbitrale devra être exécutée devant le juge fédéral compétent. S'il s'agit de l'exécution d'une obligation de faire ou de l'exécution d'une obligation de payer une somme certaine, qui est l'hypothèse la plus commune, cette exécution pourra être l'objet d'une opposition. Il est logique qu'elle soit soumise aux limitations prévues par la loi pour les oppositions à la sentence, qui sont aujourd'hui celles de la contestation de l'accomplissement de l'exécution de la décision judiciaire.

Qu'en sera-t-il de cette action dont le but était de déconstituer l'obligation ? Elle devra être annexée à l'exécution par connexité, jouant quelque-peu le rôle de contestation, sans qu'il soit nécessaire que l'action ou la procédure comminatoire soient retirées pour que le juge lors de son appréciation puisse accueillir ou

rito. Examina os requisitos formais, extrínsecos à relação jurídica de direito material. Essa questão, portanto, está intacta.

Outra questão deveras interessante foi resolvida pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.231.554: a definição do critério da nacionalidade da sentença. Nesse recurso especial, firmou-se o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio elegeu o critério geográfico para a determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se, exclusivamente, no local onde a decisão foi proferida. Logo, se a Câmara de Comércio Internacional (CCI), Corte instalada em Paris, abrir um tribunal no Brasil e proferir decisão aqui, já que o critério é geográfico, terá sido proferida decisão nacional, e, conseqüentemente, não se submeterá a homologação. Só se homologa decisão estrangeira.

Como uma decisão de corte arbitral é equiparada pela legislação brasileira e pela legislação da maioria dos países a uma decisão judicial, a homologação ocorre por causa do conceito de jurisdição como expressão da soberania do país. Por isso, o título executivo extrajudicial não precisa de homologação, mas a sentença arbitral ou a sentença de um tribunal estrangeiro sim, porque toca na questão da soberania do país.

Concluo, ressaltando que será sempre considerada estrangeira, carecendo, desse modo, da necessária homologação do STJ, toda sentença arbitral proferida no estrangeiro, ainda que por árbitros brasileiros e mesmo que a lei adotada tenha sido a brasileira.

non les arguments pour donner ou non suite à l'exécution. C'est une particularité qui ne peut pas passer inaperçue. Il n'est pas raisonnable d'entendre qu'en raison de l'homologation préalable, l'action en annulation s'épuise, ou du fait que celle-ci a été annulée, l'objet de l'homologation s'éteint. Il faut donc être attentif.

En conséquence, un problème se pose : le juge de la première instance est-il apte à déconstituer une décision du STJ ? Il convient de rappeler que le STJ, lorsqu'il homologue une décision n'en touche pas le fond. Il examine les exigences formelles extrinsèques à la relation juridique de droit matériel. Cette question, par conséquent, reste intacte.

Une autre question assez intéressante a été réglée par le STJ au cours de la procédure d'appel spécial nº 1.231.554 : la définition du critère de la nationalité de la sentence. Lors du jugement de ce recours spécial, il a été établi que l'ordonnement juridique brésilien a élu le critère géographique pour déterminer la nationalité des sentences arbitrales, en se fondant uniquement sur le lieu où la décision a été rendue. Par conséquent, si la Chambre de commerce internationale (CCI), cour installée à Paris, crée un tribunal au Brésil et prend une décision ici, et du fait que le critère est géographique, une décision nationale aura été prononcée, et l'on n'homologue que les sentences étrangères.

Comme les décisions des cours d'arbitrage sont assimilées par le droit brésilien et par la législation de la plupart des pays à des décisions judiciaires, l'homologation se produit en raison de la notion de juridiction en tant

qu'expression de la souveraineté du pays. Par conséquent, le titre exécutif extrajudiciaire n'a pas besoin d'être homologué, mais la sentence d'arbitrage ou la sentence d'un tribunal étranger si, parce qu'elle affecte la question de la souveraineté du pays.

Je conclus, en soulignant que toute sentence arbitrale rendue à l'étranger sera toujours considérée comme étrangère, même si elle est rendue par des arbitres brésiliens et même si la loi adoptée a été la loi brésilienne, et de cette sorte exigera l'homologation du STJ.



OG FERNANDES

Bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco e em jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco. Ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Atualmente, é ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Licencié en droit de l'Université Fédérale de Pernambuco et en journalisme de l'Université Catholique de Pernambuco. Ancien président du Tribunal de Justice de l'Etat de Pernambuco, il occupe maintenant le poste de ministre du Tribunal Supérieur de Justice.

OG FERNANDES

Apesar de historicamente recente, a Constituição brasileira já apresenta 99 emendas,¹ dentre as quais, destaco a de nº 45, de 30 de dezembro de 2004, cujo grande contributo foi o de transferir ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a competência para conceder exequatur às cartas rogatórias e homologar sentenças estrangeiras, a fim de que pudessem produzir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, outrora pertencente a nossa Corte Constitucional (STF), e, de forma ainda mais significativa para a magistratura brasileira, instituir um órgão centralizador, disciplinador e de planejamento, que é o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a exemplo do que ocorre na França.

¹ Em 2017.

En dépit du fait d'être historiquement récente, la Constitution brésilienne a déjà été amendée 99 fois.¹ Parmi ces amendements je mentionne particulièrement le 45e, du 30 décembre 2004, dont la considérable contribution a été de transférer au Tribunal Supérieur de Justice (STJ) la compétence pour accorder l'exéquatur aux lettres rogatoires, et pour homologuer les sentences étrangères de sorte que ces dernières puissent produire des effets au sein de l'ordonnement juridique brésilien, mission antérieurement du ressort de la Cour Suprême (STF), outre - ce qui est encore plus significatif pour la magistrature brésilienne - la création, à l'exemple de la France, d'un organe centralisateur, disciplinateur et planificateur de la justice : le Conseil National de la Justice (CNJ).

¹ En 2017.

LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

No Brasil, o tema em debate é disciplinado pela Constituição Federal de 1988, no art. n° 105, inciso I, alínea “i”; pelo Código de Processo Civil (CPC/2015), nos arts. n° 960 a 965; por normas internas do STJ, por meio do regimento interno (RISTJ); e pela Lei de Arbitragem,² a qual, com a previsão do art. n° 35, atribuiu unicamente ao STJ a homologação de sentença arbitral estrangeira.

Para a doutrina, o STJ, ao ser instado a se manifestar sobre a possibilidade de a sentença ou o laudo arbitral estrangeiro gerar efeitos jurídicos no território nacional, deverá analisar acerca da importância da eficácia da decisão para o país, dando, em tese, executividade apenas àquela subordinada à homologação.

Vale destacar que a homologação em exame, a depender do país, na verdade, poderá se referir a pronunciamentos outros que não apenas decisões judiciais. No caso do Brasil, o CPC/2015 trata da homologação de “decisões” estrangeiras, o que torna claro que “é passível de homologação a decisão judicial definitiva, bem como a decisão não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional”.³ Nesse sentido, o STJ já examinou pedido de homologação de ato administrativo alemão, pelo qual foi celebrado acordo de guarda compartilhada,⁴ fato que demonstra a multiplicidade de

2 Lei n° 9.307/1996.

3 Art. n° 961, § 1°, do CPC/2015, e art. n° 216-A, § 1°, do RISTJ.

4 Sentença Estrangeira Contestada n° 5.635/DF.

LÉGISLATION QUI RÉGENTE LA MATIÈRE

Au Brésil, le thème aujourd’hui en débat est discipliné par la Constitution Fédérale de 1988, à l’art. n° 105, point I, alinéa « I » ; par le Code de la Procédure Civile (CPC/2015), aux arts. n° 960 à 965 ; par les normes internes du STJ réunies dans le règlement interne (RISTJ) ; et par la Loi de l’Arbitrage,² laquelle, à son art. n° 35, attribue exclusivement au Tribunal Supérieur de Justice, la compétence pour homologuer les sentences arbitrales étrangères.

Pour la doctrine, lorsque le STJ est saisi pour se manifester sur la possibilité qu’une sentence ou la décision arbitrale puisse générer des effets juridiques sur le territoire national, il devra analyser l’importance de l’efficacité de cette décision pour le pays, et ne devra, en thèse, concéder le pouvoir d’exécution qu’à celle qui est subordonnée à l’homologation.

Il est important de préciser que l’homologation or examinée, pourra, en fait, se référer également à d’autres prononcés, et ne sera pas tenue à se circonscrire aux seules décisions judiciaires. Dans le cas brésilien, le CPC/2015 traite de l’homologation de « décisions » étrangères, et précise de façon claire que « sont susceptibles d’être homologuées autant les décisions judiciaires définitives, que les décisions non-judiciaires, lesquelles, selon la loi brésilienne seraient de nature juridictionnelle ».³ À

2 Loi n° 9.307/1996.

3 Art. 961, § 1°, du CPC/2015, et art. 216-A, § 1°, du RISTJ.

situações envolvidas no conceito de decisão.

Uma questão interessante trazida pelo tema é a que trata da sentença estrangeira de divórcio consensual, pois o CPC/2015 pugna pela não obrigatoriedade da homologação nesse caso, entendendo que deverão, em tese, predominar os efeitos característicos da legislação alienígena, conforme dispõe o art. n.º 961, § 5º, do CPC/2015: “a sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça”.

Existe ainda a possibilidade de haver homologação parcial de decisão estrangeira, cuja previsão encontra-se no regimento interno do STJ (art. n.º 216-A, § 2º), além do CPC/2015 (§ 2º do art. n.º 961). Nessa esteira, como exemplo, pode ocorrer de um dos pontos da decisão ser homologado e outro não, por violar coisa julgada ocorrida no âmbito da Justiça brasileira.⁵ Como ilustração, retrato o caso de, em outubro de 2017, uma sentença de partilha de bens decretada pela Justiça dos Estados Unidos ter sido contestada em razão do deferimento parcial do pedido de homologação.⁶ Assim, ainda que a partilha de bens imóveis situados no Brasil em decorrência de divórcio ou separação judicial seja de competência exclusiva da Justiça brasileira,⁷ a jurisprudência admite que a Justiça estrangeira ratifique os acordos firmados pelas partes. Contudo, tal entendimento não pôde ser

cet égard, d'ailleurs le STJ a déjà eu l'occasion d'examiner une demande d'homologation d'un acte administratif allemand, à la faveur duquel, un accord de garde partagée avait été conclu,⁴ un exemple qui démontre la multiplicité de situations impliquées dans le concept de décision.

Une question intéressante que ce thème fait ressortir, tient à la question de la sentence étrangère de divorce consensuel. Ceci parce que le CPC/2015 établit que l'homologation, dans ce cas, n'est pas obligatoire car il entend, qu'en thèse les effets caractéristiques de la législation étrangère, devront, en théorie, prévaloir comme prévu à l'art. n.º 961, § 5, du CPC/2015: « La sentence étrangère de divorce consensuel produit des effets au Brésil, indépendamment de l'homologation accordée par le Tribunal Supérieur de Justice».

La possibilité d'une homologation partielle d'une décision étrangère existe également, comme prévu dans le règlement intérieur du STJ (art. n.º 216-a, § 2), et dans le CPC/2015 (§ 2 de l'art. n.º 961). A ce sujet, à titre d'exemple, il est possible que l'un des points de la décision soit homologué tandis qu'un autre ne le sera pas, du fait de porter atteinte à la chose jugée dans le cadre de la justice brésilienne.⁵ Nous citons ici, en manière d'illustration, le cas d'une sentence de partage de biens proférée en octobre 2017, décrétée par la justice des États-Unis, qui a été contesté en raison de l'agrément partiel de la

5 CPC/2015, art. n.º 963, IV.

6 Sentença Estrangeira Contestada n.º 15.639/EX, Rel. ministro Og Fernandes, Corte Especial.

7 Nos termos do art. n.º 23, III, do CPC.

4 Sentence étrangère contestée n.º 5.635/DF.

5 CPC/2015, art. n.º 963, IV.

aplicado à situação em exame, uma vez que não houve acordo, inclusive porque o réu não se apresentou no processo estrangeiro. Logo, a partilha decretada no estrangeiro é válida somente em relação ao imóvel adquirido no Brasil em data anterior ao casamento, não havendo como homologar a partilha dos imóveis adquiridos após essa data ou situados em outro país.

FORMALIDADES E PEDIDOS DE URGÊNCIA

No Brasil, para que seja acolhido o pedido de homologação, devem ser respeitadas as seguintes formalidades: a homologação será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial ser instruída juntamente com o original da sentença arbitral ou cópia certificada pelo consulado brasileiro, acompanhada de tradução oficial, e com o original da convenção de arbitragem ou cópia certificada, acompanhada de tradução oficial.⁸

Além disso, de acordo com o CPC/2015, “a autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira”,⁹ tal como também preconiza o art. n° 216-G do RISTJ.

Em seu art. n° 300, o CPC/2015 estabelece que:

demande d'homologation.⁶ De la sorte, malgré le fait que le partage des biens immobiliers situés au Brésil à la suite d'un divorce ou d'une séparation judiciaire soit de la compétence exclusive de la justice brésilienne,⁷ la jurisprudence admet que la justice étrangère ratifie les accords signés par les parties. Cet entendement, cependant ne pouvait pas être appliqué à la situation examinée, car il n'y avait point d'accord, y compris en raison du fait que le défendeur ne s'était pas présenté devant la justice étrangère. Par conséquent, le partage décrété à l'étranger n'était valable que par rapport au bien acquis au Brésil à une date antérieure au mariage, et qu'il n'était donc pas possible d'homologuer le partage des biens acquis après cette date, ou situés dans un autre pays.

FORMALITÉS ET DEMANDES D'URGENCE

Au Brésil, pour que la demande d'homologation soit reçue, les formalités suivantes doivent être accomplies : l'homologation devra être requise par la partie intéressée et la requête initiale devra être instruite conjointement avec l'original de la sentence arbitrale ou une copie de celle-ci certifiée par le consulat brésilien, accompagnée de sa traduction officielle, et de l'original de la convention d'arbitrage ou de la copie certifiée de celle-ci, accompagnée également de sa traduction officielle.⁸

8 Art. n° 37 da lei n° 9.307/1996.

9 Art. n° 961, § 3°.

6 Sentence Etrangère Contestée n° 15.639/ex, rapportée par le ministre Og Fernandes, Cour Spéciale.

7 Aux termes de l'art. n° 23, III de la CPC.

8 Art. n° 37 de la loi n° 9.307/1996.

“Art. n° 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

[...]

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

A título de exemplo, em 2014, o STJ admitiu a concessão de tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira, em relação à decisão que se referia à alienação de bens, que colocava em risco a solvência do devedor, configurando fundado receio de dano. Na espécie, foi considerado que a sentença estrangeira, ainda que pendente de homologação, constituía prova literal de dívida líquida e certa.

De plus, selon le CPC/2015, “L’autorité judiciaire brésilienne peut accorder des demandes urgentes et réaliser des actions d’exécution provisoire au cours de la procédure d’homologation d’une décision étrangère,⁹ tel que le préconise également l’art. n° 216-G du RISTJ.

À son art. n° 300, o CPC/2015 statue que:

« Art. n° 300. La protection d’urgence sera accordée s’il existe des éléments qui établissent la probabilité du droit et le danger d’un dommage ou d’un risque susceptible d’affecter le résultat utile de la décision.

[...]

§ 3º la sauvegarde d’urgence de nature anticipée ne sera concédée que lorsque il y a risque d’irréversibilité des effets de la décision. »

À titre d’exemple, en 2014, le STJ a admis l’octroi d’une mesure de protection urgente lors de procédures d’approbation des sentences étrangères, dans le cas d’une décision se référant à l’aliénation de biens susceptible de mettre en péril la solvabilité du débiteur, un souci justifié par la possibilité de dommages. En l’espèce, la cour a statué que la sentence étrangère, même en attente d’homologation, constituait une preuve littérale de dette liquide et certaine.

⁹ Art. n° 961, § 3º.

RECUSA DA HOMOLOGAÇÃO E POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DO PEDIDO

O STJ apenas poderá recusar a homologação quando o réu demonstrar que:

i) As partes que celebraram a convenção eram incapazes;

ii) A convenção de arbitragem não era válida de acordo com 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 arbitral, ou que tenha sido violado o contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

iv) A sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção (e desde que não seja possível separar a parte excedente daquela submetida à via arbitral);

v) A instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou com a cláusula compromissória;

vi) A sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, suspensa por órgão judicial do país onde foi prolatada.

Ademais, segundo a lei brasileira, será negada a homologação se o STJ constatar que o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem ou se a sentença arbitral estrangeira ofender a ordem pública nacional.¹⁰ Essa é uma grande discussão, pois o

REFUS D'HOMOLOGATION ET POSSIBILITÉ DE RENOUVELLEMENT DE LA DEMANDE

O STJ ne pourra refuser l'homologation que si le défendeur prouve que :

i) Les parties qui ont conclu la convention étaient incapables ;

ii) La convention d'arbitrage n'était pas valide selon la loi à laquelle les parties l'ont soumise, ou, en l'absence d'indication, en vertu de la loi du pays où la sentence arbitrale a été rendue ;

iii) La désignation de l'arbitre ou de la procédure arbitrale n'a pas été notifiée, ou le contradictoire a été violé, en empêchant de ce fait l'exercice d'une pleine défense ;

iv) La sentence arbitrale a été rendue en dehors des limites de la convention (à condition qu'il ne soit pas possible de séparer la partie excédente, de celle qui a été soumise à la voie arbitrale) ;

v) L'institution d'arbitrage n'est pas conforme à la convention d'arbitrage ou à la clause compromissoire ;

vi) La sentence arbitrale n'ayant pas encore été rendue obligatoire pour les parties, a été annulée ou alors suspendue par un organe judiciaire du pays où elle a été proférée.

Au surplus, selon la législation brésilienne, l'homologation sera rejetée si le STJ constate que l'objet du litige n'est pas susceptible d'être résolu par la voie de l'arbitrage, ou si la sentence arbitrale étrangère porte atteinte à l'ordre public

¹⁰ Art. n° 39 da lei n° 9.307/1996.

próprio conceito de ordem pública - usando a expressão de Norberto Bobbio: "não é lógico, mas ideológico". Assim, a partir de uma primeira leitura dos comandos normativos aplicáveis, o conceito de ordem pública estaria associado a aspectos de processo e procedimentos jurídicos, na medida em que, na homologação, não seria possível adentrar no direito material de uma decisão que foi objeto de acordo em arbitragem.

Tal impossibilidade, no entanto, entra em conflito com o sentido atribuído pela doutrina ao referido instituto, pois o que a ordem pública representa se adapta à cultura, à sociedade, à ordem e ao momento posto. Esse conceito varia para efeitos penais e civis, além de se compatibilizar com a história jurídica e social de um determinado país durante o tempo em que ele é acionado. Sendo assim, é imperativo verificar se a contrariedade à ordem pública pela decisão arbitral afronta o direito material brasileiro ou as regras constitucionais.

No que tange ao conceito de ordem pública nacional, o STJ já se posicionou em casos de relevância, como no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 9.412/EX, em que foi indeferida a homologação, considerando que o juízo arbitral condenou determinado empresário a pagar a importância de US\$ 100 milhões a uma companhia na qual ele era sócio de escritório nos Estados Unidos, tendo recebido a quantia de US\$ 6,5 milhões da empresa no decorrer do processo. O Tribunal entendeu, portanto, que as

national.¹⁰ Ici, s'instaure une sérieuse discussion, du fait du propre concept de Norberto Bobbio: ce n'est pas logique mais idéologique ». De cette sorte, sur la base d'une première lecture des commandements normatifs applicables, le concept d'ordre public serait associé à certains aspects de la procédure et du dossier, dans la mesure où, dans l'homologation, il ne serait pas possible d'entrer dans le droit matériel d'une décision qui a été déjà l'objet d'un accord par la voie de l'arbitrage.

Cette impossibilité, cependant, est en conflit avec le sens attribué par la doctrine à cet institut, étant donné que ce que l'ordre public représente, s'adapte à la culture, à la société, à l'ordre et au moment posé. Ce concept varie selon les effets pénaux et civils, tout en étant compatible avec l'histoire juridique et sociale d'un pays, en particulier lors du moment où il est déclenché. Par conséquent, il est impératif de vérifier si la contrariété à l'ordre public de la décision affronte la loi matérielle brésilienne ou les règles constitutionnelles.

Pour ce qui est de la notion d'ordre public national, le STJ a pris déjà position dans des cas fondamentaux, comme celui de la sentence étrangère contestée nº 9.412/EX, où la demande d'homologation a été déboutée, compte tenu du fait que la procédure arbitrale avait condamné un certain homme d'affaires à verser une somme de 100 millions de dollars US à une société dont il était partenaire du bureau implanté aux États-Unis, et de qui il avait reçu la somme de US \$6,5 millions pendant le cours de

10 Art. nº 39 de la loi nº 9.307/1969.

circunstâncias do caso ofendiam o princípio da imparcialidade do juízo. Em outro caso,¹¹ o STJ examinou decisão arbitral que condenou uma concessionária de trens a atualizar valores que devia a outra pessoa jurídica, utilizando, como critérios de atualização, variação cambial e correção monetária. O Tribunal considerou que a cumulação de critérios de atualização corresponderia a *bis in idem* (repetição de uma sanção sobre mesmo fato) e violaria a ordem pública nacional.

É importante acrescentar que, na forma do disposto no art. nº 40 da lei nº 9.307/1996, se a homologação da sentença arbitral estrangeira for recusada por vícios formais, a parte interessada poderá renovar o pedido ante o saneamento do respectivo vício.

PROCEDIMENTO E JULGADOS RELEVANTES

É importante frisar que, no processo de homologação, não se discutem questões de mérito e nem há a análise de eventual injustiça cometida pela decisão arbitral, uma vez que a admissibilidade deve ser restrita ao exame dos requisitos exigidos pela legislação brasileira.

Eis as etapas do procedimento de homologação: cita-se a parte interessada, no prazo de 15 dias, para fins de contestar o pedido. Na sequência, caso seja identificada a ausência de algum requisito formal ou ofensa à soberania nacional, à dignidade da pessoa huma-

la procédure. La Cour a entendu que les circonstances de l'affaire portaient atteinte au principe de l'impartialité du jugement. Lors d'un autre cas,¹¹ le STJ a examiné une décision arbitrale qui avait condamné une société concessionnaire de chemin-de-fer à actualiser les valeurs qu'elle devait à une autre personne morale, en utilisant, en tant que critères d'actualisation la variation du change et l'ajustement monétaire. La Cour a estimé que le cumul des critères d'actualisation correspondrait à un bis in idem (répétition d'une sanction correspondant à un même fait) ce qui, de cette sorte, violerait l'ordre public national.

Il est important d'ajouter que, selon les dispositions de l'art. 40 de la loi nº 9.307/1996, au cas où une homologation de sentence étrangère serait refusée du fait d'être entachée de vices de forme, la partie intéressée pourra renouveler la demande avant même que le vice soit remédié.

PROCÉDURE ET PRONONCÉS IMPORTANTS

Il est bon de souligner ici, que la procédure d'homologation n'admet pas la discussion de questions de fond, ni, non plus, l'examen d'une éventuelle injustice commise par la décision arbitrale, du fait que l'admissibilité doit se restreindre à l'examen de ce qui est exigé par la législation brésilienne.

Voici les étapes de la procédure d'homologation : la partie intéressée est citée dans un délai

11 SEC nº 2.410.

11 SEC nº 2.410.

na e/ou à ordem pública,¹² será apresentada defesa, esta restrita à inteligência da decisão estrangeira. Protocolada a contestação, serão admitidas réplica e tréplica no prazo de cinco dias.¹³ Ao atingir tal fase, o processo deixará de ser apreciado monocraticamente pela presidência do STJ e aguardará deliberação pela Corte Especial, órgão do STJ constituído pelos 15 ministros mais antigos. Porém, antes do pronunciamento da Corte, o Ministério Público Federal será ouvido para, se assim entender, impugnar o pedido no prazo de dez dias.¹⁴

Vale destacar que o cumprimento das decisões estrangeiras se dá por meio de carta de sentença (reprodução documental dos autos referentes à homologação) perante o juiz federal competente, em razão, basicamente, territorial.¹⁵ Trata-se de uma competência federal territorial. Como exemplo, tem-se o caso de existirem duas ações, sendo uma perante a justiça brasileira e outra perante a justiça americana. Tal fato, por se tratar de competência concorrente, jamais obstará o procedimento homologatório, conforme arts. n° 88 e n° 90 do CPC/2015.¹⁶

Outro exemplo a ser retratado é o do contrato negociado e executado no Brasil, mas não assinado pela parte requerida. A forma escrita para a cláusula compromissória é exigência prevista na legislação,¹⁷ aplicável, pri-

de 15 jours en vue de contester la demande. Ensuite, en cas d'absence d'un problème de forme ou d'une atteinte à la souveraineté nationale, à la dignité de la personne humaine et/ou à l'ordre public,¹² la défense sera présentée, limitée, cependant à l'intelligence de la décision étrangère. Une fois la requête déposée, une réplique et une duplique seront acceptées dans un délai de cinq jours.¹³ Cette phase dépassée, le processus ne sera plus apprécié de façon monocratique par la présidence du STJ et attendra la délibération du Tribunal spécial, un organe du STJ composé des 15 ministres les plus anciens. Cependant, avant le prononcé de la Cour, le Ministère Public fédéral sera entendu, pour contester, s'il l'entend, la demande dans un délai de dix jours.¹⁴

Il convient de noter que l'accomplissement des décisions étrangères se concrétise par l'envoi d'une "lettre de sentence" (reproduction documentaire du dossier relatif à l'homologation) au juge fédéral compétent, en raison essentiellement de la compétence territoriale.¹⁵ Il s'agit d'une compétence fédérale territoriale. A titre d'exemple, prenons le cas de l'existence de deux procès, le premier devant la juridiction brésilienne et l'autre devant la juridiction américaine. Cette situation, du fait qu'il s'agit d'une compétence concurrente, n'empêchera jamais l'instauration de la procédure d'homologation, conformément aux arts. n° 88 et n° 90 du CPC/2015.¹⁶

12 Art. n° 216-H do RISTJ.

13 Art. n° 216-J do RISTJ.

14 Art. n° 216-L do RISTJ.

15 Art. n° 965 do CPC/2015; art. n° 216-N do RISTJ.

16 SEC n° 10.093/EX, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 17/12/2014, DJe 2/2/2015.

17 Art. n° 4, § 1°, da lei n° 9.307/1996.

12 Art. n° 216-H de la RISTJ.

13 Art. n° 216-J de la RISTJ.

14 Art. n° 216-L de la RISTJ.

15 Art. n° 965 du CPC/2015; art. n° 216-N do RISTJ.

16 SEC n° 10.093/EX, rapporteur ministre Felix Fischer, Tribunal spécial, jugement rendu le 17/12/2014, DJE 2/2/2015.

meiramente, para a verificação da validade de cláusula de foro.¹⁸ Na medida em que não pôde ser demonstrada a competência do juízo arbitral que proferiu a sentença estrangeira, restou inviabilizada sua homologação, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).¹⁹

Un autre exemple à rapporter est celui d'un contrat négocié et exécuté au Brésil, mais non signé par la partie défenderesse. L'exigence de la forme écrite pour la clause compromissoire est prévue dans la législation,¹⁷ applicable, premièrement, en vue de permettre la vérification de la validité de la clause de juridiction.¹⁸ Etant donné que la compétence du tribunal arbitral qui a proféré la sentence étrangère n'a pas pu être démontrée, l'homologation n'a pas été être accordée, aux termes de la Loi d'introduction aux normes du droit brésilien (LINDB).¹⁹

18 Art. n° 9, § 1°, da LINDB.

19 SEC n° 11.593/EX, Rel. ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 16/12/2015, DJe 18/12/2015.

17 Art. n° 4, § 1, de la loi n° 9.307/1996.

18 Art. n° 9, § 1, de la Loi d'introduction aux normes du droit brésilien (LINDB).

19 Sec n° 11.593/ex, rapporteur. ministre Benedito Gonçalves, Tribunal spécial, jugement rendu le 16/12/2015, DJE 18/12/2015.



JEAN-NOËL ACQUAVIVA

Conselheiro da Primeira Câmara Cível da
Corte de Cassação da França.

*Conseiller à la première chambre civile de
la Cour de cassation française.*

JEAN-NOËL ACQUAVIVA

Quando um juiz da jurisdição civil francesa recebe um recurso de anulação de sentença arbitral internacional proferida na França, ou um pedido de exequatur de uma sentença proferida no exterior, o direito francês que rege o processo de arbitragem estabelece de forma estrita os limites do seu controle, exercido em esfera singular, na forma enunciada no art. n° 1.520 do Código de Processo Civil, que prevê cinco casos de abertura.

Isso significa que esse recurso não pode pretender a revisão do mérito da decisão arbitral, mas tão somente controlar sua harmonia, no âmbito internacional, com as regras fundamentais do processo de arbitragem (existência e validade da convenção de arbitragem, validade do processo de designação dos árbitros e conformidade com a ordem pública internacional, tanto no que diz respeito ao mérito quanto ao procedimento).

Tendo em vista o objeto da presente discussão, cuja proposta é refletir sobre a ordem pública internacional, limitar-me-ei aqui a discutir as condições concretas nas quais o juiz de direito francês irá examinar a conformida-

Lorsque le juge étatique français est saisi d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale internationale rendue en France ou d'une demande d'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, le droit français de l'arbitrage fixe strictement les limites de son contrôle qui s'exerce dans un cadre unique, énoncé à l'art. n° 1.520 du code de procédure civile qui prévoit cinq cas d'ouverture.

Cela signifie que ce recours ne peut tendre à la révision au fond de la décision arbitrale, mais seulement à contrôler sa régularité internationale, au regard des règles fondamentales (existence et validité de la convention d'arbitrage, régularité de la désignation des arbitres, conformité à l'ordre public international de fond et de procédure).

Compte tenu de l'objet de ce colloque consacré à une réflexion sur l'ordre public international, je m'en tiendrai aux conditions concrètes dans lesquelles le juge étatique français va vérifier la conformité de la sentence à cet ordre public international, dans l'acceptation retenue par le droit français.

Cette condition de conformité va être véri-

de da sentença arbitral com essa ordem pública internacional, no âmbito da aceção aceita pelo direito francês.

Essa condição de conformidade deverá ser apreciada em relação a todas as etapas do processo de arbitragem. Por um lado, quanto à sua implementação, por outro, quanto à sua condução, e finalmente no que tange ao proferimento da sentença.

IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM

A jurisprudência, hoje bem firmada sobre a matéria, fundamenta-se na noção de ordem pública internacional para estabelecer um limite à validade da convenção de arbitragem no campo da arbitragem internacional.

Pode-se considerar, com efeito, que o interesse geral ou até mesmo a necessidade de proteção de determinados interesses privados constituam motivo para impedir que a competência da jurisdição do Estado seja esvaziada em proveito de uma justiça privada.

Assim, em direito interno, certas matérias, cujo campo é balizado de forma precisa pela lei, são, pela sua própria natureza, subtraídas à arbitragem.

O art. n° 2.060 do Código Civil Francês veda compromissos que afetem questões relativas ao Estado e à capacidade das pessoas, questões de divórcio ou de separação de corpos, contestações interessando as coletividades públicas ou, de forma mais geral, quaisquer

fiée à toutes les étapes de l'arbitrage. D'une part lors de sa mise en oeuvre, d'autre part lors de sa conduite, enfin, lors de reddition de la sentence.

MISE EN ŒUVRE DE L'ARBITRAGE

Une jurisprudence désormais bien établie fait appel à la notion d'ordre public international pour poser une limite à la validité de la convention d'arbitrage dans le domaine de l'arbitrage international.

Il est considéré, en effet, que l'intérêt général ou même la protection de certains intérêts privés peuvent imposer que la compétence de la juridiction étatique ne puisse être évincée au profit d'une justice privée.

Ainsi, en droit interne, des matières dont le domaine est précisément délimité par la loi sont, par leur nature même, soustraites à l'arbitrage.

L'art. n° 2.060 du code civil énonce qu'on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

De tels différends sont dans ce cas inarbitrables et la convention qui aurait pour objet de les soustraire au juge étatique serait nulle pour avoir un objet illicite, privant ainsi l'arbitre

matérias que digam respeito à ordem pública.

Controvérsias desse tipo são, nesse caso, não arbitráveis, e, portanto, qualquer convenção que tenha por finalidade subtrair essas questões ao juízo do Estado será nula em razão da ilicitude de seu objeto, o que priva assim o árbitro de seu poder de julgá-las.

Conforme decisão do Tribunal de Apelação de Paris, em acórdão lavrado no dia 29 de março de 1991 (Acórdão Ganz),¹ quando a não arbitrabilidade decorre dessas matérias, ela exclui de forma absoluta a competência arbitral em razão mesmo da nulidade da convenção de arbitragem.

A investigação do juiz estatal francês será feita sob a ótica da ordem pública internacional jurisdicional, no que diz respeito à limitação, por essa ordem pública internacional, da liberdade de estabelecer uma convenção arbitral, e não em relação à ordem pública fundamental aplicável à controvérsia submetida ao árbitro.

Caso um litígio seja considerado como não arbitrável pelo direito francês, pelo fato de interessar à ordem pública, não significará que a sentença que julgou essa controvérsia será considerada, na sua íntegra, contrária à ordem pública internacional francesa.

Na verdade, a área da não arbitrabilidade no campo internacional tem se reduzido de forma apreciável. Assim, foi reconhecida a validade de uma cláusula compromissória estipulada em um contrato internacional de

de son pouvoir de juger.

Comme l'a indiqué, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 mars 1991 (arrêt Ganz),¹ lorsque la non arbitrabilité relève de la matière, en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international, elle exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage.

Le contrôle du juge étatique français s'effectuera à l'aune de l'ordre public international juridictionnel, en ce qu'il limite la liberté de passer une convention d'arbitrage et non au regard de l'ordre public de fond, applicable au différend soumis à l'arbitre.

Si un litige peut être considéré comme inarbitrable par le droit français car intéressant l'ordre public, la sentence qui aura jugé ce litige ne sera pas pour autant jugée, dans tous les cas, contraire à l'ordre public international français.

En effet, le domaine de l'inarbitrabilité dans le domaine international s'est singulièrement réduit. Ainsi ont été reconnues la validité d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat international de consommation ou encore la capacité de compromettre des personnes morales de droit public.

Outre les litiges relatifs aux droits de la personne, le périmètre de prohibition continue à inclure le contentieux du contrat de travail en ce sens qu'une clause compromissoire stipulée dans un contrat international est inopposable au salarié, le contentieux de la validité

¹ C.A Paris, 1^o Câmara. Supl., 29 de março de 1991, Rev. Arb. 1991.478, nota L. Idot.

¹ C.A Paris, 1^{re} ch. Suppl., 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991.478, note L. Idot.

consumo, ou ainda a capacidade de compromisso de pessoas jurídicas de direito público.

Além dos litígios relativos aos direitos humanos, o perímetro da proibição continua a abranger o contencioso do direito trabalhista - no sentido de que uma cláusula compromissória estipulada em um contrato internacional não é oponível ao empregado -, respeitando-se o contencioso da validade das patentes e o de processos de insolvência.

Essa verificação da conformidade com a ordem pública será também efetuada relativamente à fase de condução da arbitragem.

CONDUÇÃO DO PROCESSO DE ARBITRAGEM

Embora os princípios orientadores do processo não sejam aplicáveis à arbitragem internacional, o árbitro deverá respeitar os princípios resultantes da ordem pública processual. Na execução de seu mandato, ele deverá observar determinadas regras processuais unanimemente admitidas como cobertas pela ordem pública internacional processual, questão essa que o juiz do Estado francês irá verificar.

Além do princípio do contraditório que a lei francesa erigiu em caso de verificação distinta da sentença, a ordem pública internacional inclui também a proteção aos direitos de defesa de modo geral, ou seja:

- A igualdade de tratamento das partes;
- A cláusula de Stoppel e o princípio da lealdade;

des brevets, le contentieux des procédures d'insolvabilité.

Ce contrôle de la conformité à l'ordre public sera également effectué dans la phase de conduite de l'arbitrage.

CONDUITE DE L'ARBITRAGE

Si les principes directeurs du procès sont sans application en matière d'arbitrage international, toutefois l'arbitre doit se plier aux principes résultant de l'ordre public procédural. Dans l'exécution de sa mission il doit faire observer et observer lui-même certaines règles processuelles, unanimement admises comme relevant d'un ordre public international de procédure, ce dont le juge étatique français va s'assurer.

Outre le principe de la contradiction que le droit français a érigé en cas de contrôle distinct de la sentence, l'ordre public international englobe la protection des droits de la défense en général lesquels incluent:

- *L'égalité de traitement des parties,*
- *L'estoppel et le principe de loyauté*
- *Et l'accès au juge arbitral.²*

Droits de la défense et principe de la contradiction

Bien que la violation du principe de la contradiction constitue une voie d'ouverture du recours en annulation, distincte de celle

2 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, nos 1652 et s.

- O acesso ao juízo arbitral.²

Direitos de defesa e princípio do contraditório

Muito embora a violação do princípio do contraditório constitua uma forma de abertura para um recurso de anulação – distinta, portanto, daquela da violação da ordem pública internacional –, o respeito ao contraditório permanece consubstancial ao exercício dos direitos de defesa e, em decorrência, também afeta a ordem pública processual.

Tal como enuncia o Tribunal de Apelação de Paris, o princípio do contraditório exige tão somente que as partes litigantes tenham tido condições de apresentar suas alegações de fato e de direito e de discutir aquelas de seus respectivos adversários, de modo que nada escape ao debate contraditório, levando-se em consideração toda a fundamentação jurídica que engendrou o laudo do árbitro.³

Entretanto, o princípio do contraditório não obriga os árbitros a submeterem às partes a argumentação jurídica que esteia a motivação de seu pronunciamento.⁴ Em contrapartida, a jurisprudência exige dos árbitros que fundamentem sua decisão em regras ou fatos invocados durante os debates.⁵

Tal princípio foi ilustrado de forma particu-

de la violation de l'ordre public international, le respect du contradictoire est consubstantiel à l'exercice des droits de la défense et par là touche également à l'ordre public de procédure.

Ainsi que l'énonce la cour d'appel de Paris, le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision de l'arbitre n'ait échappé à leur débat contradictoire.³

Toutefois, la contradiction ne fait pas obligation aux arbitres de soumettre aux parties l'argumentation juridique étayant la motivation de leur sentence avant son prononcé.⁴ En revanche, la jurisprudence exige des arbitres de fonder leur décision sur des faits ou règles qui ont été invoqués au cours des débats.⁵

On trouve une illustration particulièrement parlante du principe dans l'annulation d'une sentence en raison de la modification par le tribunal arbitral dans son délibéré du fondement de l'indemnisation d'une partie réclamée sur la perte de gain par une indemnisation allouée pour perte de chance.⁶

Ce principe de la contradiction est plus largement en relation avec l'exercice des droits

2 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, nos 1652 et seq.

3 1ª CâM.Cível, 6 de maio de 2009, recurso nº 08 10.281, Boletim 2009, I, nº 86.

4 1ª CâM.Cível, 19 de dezembro de 2012, recurso nº 11 10.973, Boletim 2012, I, nº 262.

5 1ª CâM.Cível, 14 de março de 2006, recurso nº 03 19.764, Boletim 2006, I, nº 145 ; 1ª CâM.Cível, 23 de junho de 2010, recurso nº 09 12.399 ; 1ª CâM.Cível, 26 de junho de 2013, recurso nº 12 6.224.

3 1re Civ., 6 mai 2009, pourvoi nº 08 10.281, Bull. 2009, I, nº 86.

4 1re Civ., 19 décembre 2012, pourvoi nº 11 10.973, Bull. 2012, I, nº 262.

5 1re Civ., 14 mars 2006, pourvoi nº 03 19.764, Bull. 2006, I, nº 145 ; 1re Civ., 23 juin 2010, pourvoi nº 09 12.399 ; 1re Civ., 26 juin 2013, pourvoi nº 12 16.224.

6 1re Civ., 29 juin 2011, pourvoi no 10 23.321, Bull. 2011, I, nº 125 ; 1re Civ., 1 juin 2017, pourvoi nº 16 18.029.

larmente significativa no caso de uma anulação de sentença decorrente da substituição pelo tribunal arbitral, na fundamentação de sua sentença, da indenização da reclamada por perda de ganhos, por uma indenização por perda de oportunidade.⁶

De modo bem mais amplo, o princípio do contraditório está ligado ao exercício dos direitos de defesa. Assim, para que um debate contraditório seja efetivo, é imperativo que as partes tenham tido a possibilidade de organizar sua defesa. Para tanto, os prazos de comunicação das peças processuais, dos documentos, ou memórias devem ser suficientes para que os direitos da defesa sejam respeitados.⁷ Por outro lado, o reclamado deverá dispor de um prazo suficiente para preparar sua defesa.⁸

O princípio do contraditório mantém, na verdade, relações estreitas com o princípio da igualdade, já que a jurisprudência francesa se preocupa com a igualdade de tratamento entre as partes na organização da sua defesa e no desenvolvimento de um processo equânime.

Igualdade das Partes

O princípio da igualdade das partes recobre um campo mais vasto do que o do simples

de la défense. En effet pour qu'un débat contradictoire soit effectif, il est impératif que les parties aient été à même d'organiser leur défense. Ainsi, les délais de communication des pièces, documents ou mémoires doivent être suffisants pour respecter les droits de la défense.⁷ Par ailleurs, le défendeur doit disposer d'un délai suffisant pour préparer sa défense.⁸

Le principe de la contradiction entretient, de fait, des rapports étroits avec le principe d'égalité, la jurisprudence française se montrant soucieuse de l'égalité de traitement entre les parties pour l'organisation de leur défense et le déroulement d'un procès équitable.

Egalité des parties

Le principe d'égalité des parties recouvre un champ plus vaste que le seul principe de la contradiction et il doit être observé dans la constitution du tribunal arbitral.

La Cour de cassation l'a consacré dans l'arrêt Dutco,⁹ décision qui a connu un retentissement dans le monde de l'arbitrage et a toujours contribué à la réaffirmation du principe de l'égalité des parties tant en arbitrage international qu'en arbitrage interne d'ailleurs.¹⁰

6 1ª Câm.Cível, 29 de junho de 2011, recurso nº 10 23.321, Boletim 2011, I, nº125 ; 1ª Câm.Cível, 1º de junho de 2017, recurso nº 16 18.029.

7 CA Paris, 18 de nov. de 2004, nº 2004/01551: JurisData nº 2004 262345 ; Rev. arb. 2006, p. 759, obs. P. Duprey.

8 1ª Câm.Cível 1, 5 de fevereiro de 1991, Boletim I, nº 44, p. 28.

7 CA Paris, 18 nov. 2004, nº 2004/01551 : JurisData nº 2004 262345 ; Rev. arb. 2006, p. 759, obs. P. Duprey.

8 1re Civ. 1, 5 février 1991, Bull. I, nº 44, p. 28.

9 1re Civ., 7 janvier 1992, pourvoi nº 89 18.726, Bull. 1992, I, nº 2 ; Rev. arb. 1992, p. 470, note P. Bellet; JDI 1992, p. 707, note Ch. Jarrosson; RTD com. 1992, p. 796, obs. J. Cl. Dubarry et E. Loquin.

10 1re Civ., 8 juin 1999, pourvoi nº 96 21.837, Bulletin civil 1999, I, nº 190

princípio do contraditório e deve ser observado na constituição do tribunal arbitral.

A Corte de Cassação francesa consagrou esse princípio no acórdão Dutco,⁹ decisão que teve repercussão no mundo da arbitragem, tendo contribuído para a reafirmação do princípio da igualdade das partes tanto na área da arbitragem internacional quanto na da arbitragem interna.¹⁰

Além do respeito devido de uma forma mais geral a esse princípio, é o comportamento das partes no decurso do procedimento arbitral que necessita ser cotejado com a ordem pública processual internacional que impõe às partes uma atitude de lealdade.

Lealdade e Cláusula de Stoppel

A jurisprudência estabeleceu um princípio de lealdade na condução do processo arbitral, e o juiz que conduz a verificação deverá assegurar-se de que esse princípio foi respeitado.¹¹

Ao conceito mais geral do princípio de lealdade das partes, pode ser acrescentada a cláusula de Stoppel, considerada pela jurisprudência como uma regra fundamental do instituto da arbitragem. Essa regra assenta-se em uma

Au-delà du respect de ce principe, c'est, plus généralement, le comportement des parties au cours de la procédure arbitrale qui doit être confronté à l'ordre public international de procédure lequel leur impose une attitude loyale.

Loyauté et Estoppel

La jurisprudence a dégagé un principe de loyauté dans la conduite de la procédure arbitrale dont le juge du contrôle de la sentence doit s'assurer qu'il a été respecté.¹¹

Au concept plus global de loyauté des parties peut être rattaché l'estoppel qui est considéré par la jurisprudence comme une règle fondamentale de l'arbitrage. La règle repose sur une exigence de loyauté qui impose aux parties un devoir de cohérence.¹²

En matière d'arbitrage international, la cour de cassation a utilisé le terme d'estoppel, dans un arrêt Golshani du 6 juillet 2005¹³ pour décider qu'une fin de non-recevoir pourrait être tirée de ce qu'une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui en invoquant devant le juge de l'annulation un moyen inconciliable avec la position qu'elle avait adoptée devant

9 1^o Câm.Cível, 7 de janeiro de 1992, recurso n^o 89 18.726, Boletim 1992, I, n^o 2; Rev. arb. 1992, p. 470, nota P. Bellet; JDI 1992, p. 707, nota Ch. Jarrosson; RTD com. 1992, p. 796, obs. J. Cl. Dubarry e E. Loquin.

10 1^o Câm.Cível, 8 de junho de 1999, recurso n^o 96 21.837, Boletim cível 1999, I, n^o 190.

11 1^o Câm.Cível, 8 de julho de 2010, recurso n^o 09 14.280, Boletim 2010, I, n^o 157; ver G. Pluyette, * Le principe de loyauté dans le déroulement de la procédure arbitrale (O princípio da lealdade na condução do processo arbitral +, in La Diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte Rose, Bruylant, 2012, p. 1121.

11 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n^o 09 14.280, Bull. 2010, I, no 157; voir G. Pluyette, *Le principe de loyauté dans le déroulement de la procédure arbitrale +, in La Diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte Rose, Bruylant, 2012, p. 1121.

12 Paris, 20 septembre 2007, Rev. arb. 2008 p. 325 note Danis et Siino.

13 1^{re} Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n^o 01 15.912, Bull. 2005, I, n^o 302.

exigência de lealdade que impõe às partes um dever de coerência.¹²

Em matéria de arbitragem internacional, a Corte de Cassação francesa fez uso desse termo no acórdão Golshani, de 6 de julho de 2005,¹³ ao estatuir que um processo poderá ser arquivado em caso de contradição de uma das partes em prejuízo de outrem, invocando, perante o juiz do processo de anulação, um meio inconciliável com a posição que essa parte havia adotado diante do árbitro. Outras aplicações dessa doutrina foram feitas posteriormente pelo citado tribunal.¹⁴

A regra da cláusula de Stoppel e o princípio da renúncia são próximos, tendo em vista que as mesmas circunstâncias poderão ser consideradas tanto sob o enfoque da cláusula de Stoppel quanto sob o do contexto da renúncia. No entanto, deve-se lembrar que enquanto a renúncia sanciona o comportamento de uma parte, sem se interessar pelo interesse da outra parte, sendo geralmente inferida diante da ausência de protesto perante os árbitros, ou da aquiescência da situação posteriormente criticada diante do juiz da anulação, a cláusula de Stoppel protege a confiança legítima da outra parte.

Contudo, se é possível que os campos de aplicação específicos da regra da cláusula de Stoppel e do princípio da renúncia possam ser, em determinados casos, idênticos, eles

*l'arbitre. Elle en a fait, depuis, d'autres applications.*¹⁴

Un rapprochement peut être fait entre la règle de l'estoppel et le principe de la renonciation, les mêmes circonstances pouvant être envisagées à la fois sous l'angle de l'estoppel et sous celui de la renonciation. Toutefois, alors que la renonciation sanctionne le comportement d'une partie, sans s'intéresser à celui de l'autre partie, et se déduit, généralement, du fait de ne pas protester devant les arbitres ou d'acquiescer à la situation ultérieurement critiquée devant le juge de l'annulation, l'estoppel protège la confiance légitime de l'autre partie.

Il n'en demeure pas moins que si les domaines d'application respectifs de la règle de l'estoppel et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas, être identiques, ils ne se confondent pas nécessairement. C'est ce qu'a énoncé la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mai 2009,¹⁵ affirmant en matière d'arbitrage international, le caractère autonome de la notion d'estoppel.

Par un arrêt du 27 février 2009,¹⁶ l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a encadré le régime juridique de l'estoppel en énonçant que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non recevoir.

Dans un arrêt du 3 février 2010, la Cour de

¹² Paris, 20 de setembro de 2007, Rev. arb. 2008 p. 325 nota Danis e Siino.

¹³ 1º Câm.Cível, 6 de julho de 2005, recurso nº 01 15.912, Boletim 2005, I, nº 302.

¹⁴ 1º Câm.Cível, 8 de julho de 2010, recurso nº 09 14280.

¹⁴ 1re Civ., 8 juillet 2010, pourvoi nº 0914280.

¹⁵ 1re Civ., 6 mai 2009, pourvoi nº 08 10.281.

¹⁶ Ass.plén., 27 février 2009, pourvoi nº07 19.841.

necessariamente não se confundem. É o que estabeleceu a Corte de Cassação francesa em acórdão datado de 6 de maio de 2009,¹⁵ que afirma, em matéria de arbitragem internacional, a natureza autônoma da noção de cláusula de Stoppel.

Em acórdão de 27 de fevereiro de 2009,¹⁶ o Tribunal Pleno da Corte de Cassação enquadrou o regime jurídico da cláusula de Stoppel, ao estatuir que a simples ocorrência de uma contradição por uma das partes em detrimento de outrem não implica necessariamente o arquivamento do processo.

Em outro acórdão, de 3 de fevereiro de 2010, o mesmo Tribunal Pleno da Corte de Cassação definiu de modo preciso o conceito de cláusula de Stoppel no que diz respeito à arbitragem internacional, ao considerar que o comportamento processual de uma parte - desde que não se trate de uma mudança de posição em direito com o fim de induzir em erro a outra parte quanto às suas intenções - não poderia constituir uma cláusula de Stoppel.¹⁷

Posteriormente, um acórdão de 22 de setembro de 2010¹⁸ aduziu que o desconhecimento da regra da cláusula de Stoppel não pode ser considerado uma violação da ordem pública internacional - o que, nesse caso, abria direito a um pleito de anulação -, desde que essa ocorrência não caracterize, contudo, uma fraude processual passível de sanção por viola-

*cassation a défini précisément la notion d'estoppel en matière d'arbitrage international, en considérant que le comportement procédural d'une partie dès lors qu'il n'était pas constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire l'autre partie en erreur sur ses intentions, ne pouvait constituer un estoppel.*¹⁷

Elle a considéré ensuite dans un arrêt du 22 septembre 2010¹⁸ que la méconnaissance de la règle de l'estoppel ne peut constituer une violation de l'ordre public international et partant ouvrir droit au recours en annulation que pour autant que celle-ci caractérise une fraude procédurale susceptible d'être sanctionnée au titre de la violation de l'ordre public international.

Fraude procedurale

L'ordre public procédural protège l'intégrité de la procédure ayant donné lieu à la sentence qui doit être absente de toute fraude.

La fraude à la sentence suppose que de faux documents aient été produits, que des témoignages mensongers aient été recueillis ou que des pièces intéressant la solution du litige aient été frauduleusement dissimulées aux arbitres, de sorte que la décision de ceux ci a été surprise.

15 1^o Câm.Cível, 6 de maio 2009, recurso n^o 08 10.281.

16 Tribunal Pleno, 27 de fevereiro 2009, recurso n^o 07 19.841.

17 1^o Câm.Cível, 3 de fevereiro de 2010, recurso n^o 08 21.288, Boletim 2010, I, n^o 25.

18 1^o Câm.Cível, 22 de setembro de 2010, recurso n^o 09 17.405.

17 1^{re} Civ., 3 février 2010, pourvoi n^o 08 21.288, Bull. 2010, I, n^o 25.

18 1^{ere} Civ, 22 septembre 2010, pourvoi n^o 09 17.405.

ção da ordem pública internacional.

Fraude Processual

A ordem pública processual assegura a integridade do processo que deu origem à sentença, o qual deverá estar isento de qualquer fraude.

A fraude à sentença pressupõe a apresentação de documentos falsificados, testemunhos enganosos ou a ocultação fraudulenta aos árbitros de peças que poderiam interessar à solução da controvérsia, fazendo com que a decisão dos mesmos tenha sido afetada.

Tal fraude poderá ser sancionada no contexto de um recurso de revisão, mas também, excepcionalmente, em um processo de anulação por violação da ordem pública internacional processual.¹⁹ Vale observar que a Corte de Cassação francesa considera que a apreciação da fraude é da alçada soberana dos juízes competentes para julgar o mérito.²⁰

Além dos aspectos de controle e verificação que acabamos de examinar, convém, para encerrar, que examinemos também as condições de acesso ao tribunal arbitral.

Acesso ao árbitro

No que diz respeito ao contencioso internacional, o direito de acesso ao juiz – consagra-

Une telle fraude peut être sanctionnée dans le cadre d'un recours en révision mais aussi exceptionnellement, dans le cadre d'un recours en annulation au regard de l'ordre public international de procédure.¹⁹ Il est à noter que la Cour de cassation considère que l'appréciation de la fraude relève du pouvoir souverain des juges du fond.²⁰

Outre les points de contrôle que nous venons d'examiner, il convient d'aborder pour terminer les conditions d'accès au tribunal arbitral.

Accès à l'arbitre

En matière de contentieux judiciaire international, le droit d'accès au juge consacré par l'art. n° 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) fait partie intégrante de l'ordre public international français, de sorte qu'une décision ayant méconnu un tel droit fondamental, lors même qu'elle émanerait d'un État non partie à la convention européenne des droits de l'homme, ne doit pas être reconnue en France.

Après avoir jugé dans un arrêt Cubic que la CEDH précitée, qui ne concerne que les États et les juridictions étatiques, est sans application en la matière de l'arbitrage,²¹ la Cour de cassation est revenue sur sa position.

Tirant les conséquences de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme

19 1ª Câm.Cível, 19 de dezembro de 1995, nº93-20.863 Acórdão Westman.

20 1ª Câm.Cível, 8 de julho de 2009, nº 08-16.025; No mesmo sentido: 1ª Câm.Cível, 25 de maio de 2016, recurso nº 14 20.532.

19 1re Civ., 19 décembre 1995, nº93-20.863 arrêt Westman.

20 1re Civ., 8 juillet 2009, nº 08-16.025 ; Dans le même sens: 1re Civ., 25 mai 2016, pourvoi nº 14 20.532.

21 1re Civ., 20 février 2001, n°99 12574.

do no art. nº 6 do § 1º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) –, constitui parte integrante da ordem pública internacional francesa, de tal modo que uma sentença que tenha ignorado um direito tão fundamental não poderá ser reconhecida na França, ainda que a mesma tenha emanado de um Estado que não seja parte da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Todavia, embora tenha estatuído, no Acórdão Cubic, que a supramencionada CEDH, pelo fato de vincular somente os Estados e suas jurisdições, não se aplica em matéria de arbitragem,²¹ a Corte de Cassação alterou sua posição.

Na esteira da decisão da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – acórdão Regent Company contra Ucrânia, de 3 de abril de 2008 –,²² a Corte de Cassação francesa deliberou que o art. nº 6.1 da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais seria aplicável aos procedimentos arbitrais.

Com efeito, a Corte de Estrasburgo considerou que o termo “tribunal”, constante do art. nº 6, § 1º, não deveria necessariamente ser entendido no sentido de um tribunal de justiça clássico, integrado à estrutura judiciária ordinária do país. Desse modo, quando as par-

qui dans son arrêt Regent Company c. Ukraine du 3 avril 2008,²² elle a jugé que l'art. 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales était applicable aux procédures arbitrales.

La Cour de Strasbourg a estimé, en effet, que le terme “tribunal” de l'art. nº 6 §1 ne doit pas nécessairement être entendu au sens d'une cour de justice classique, intégrée à la structure judiciaire ordinaire du pays. Dès lors que les parties choisissent de trancher le litige par la voie de l'arbitrage, le droit au juge devient le droit à l'arbitre.

Dans un arrêt du 1er février 2005,²³ la première chambre civile a jugé que le droit d'accès au juge s'entendait, pour une personne ayant conclu une convention d'arbitrage, d'un droit d'accès à l'arbitre, relevant de l'ordre public international et consacré par les principes de l'arbitrage international ainsi que par l'art. nº 6, '1 de la CEDH.

En conséquence, l'impossibilité pour une partie d'accéder au tribunal arbitral constitue un déni de justice et justifie, par suite, l'intervention du juge d'appui français malgré l'absence de chef de compétence à son profit, dès lors qu'il existe un lien avec la France, fût il des plus ténus.

Au-delà du déni de justice, une jurispru-

21 1ª Câm.Cível, 20 de fevereiro de 2001, nº99 12574.

22 Rev. arbit. 2009 p. 797, nota Racine.

22 Rev. arb. 2009 p. 797 note Racine.

23 Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, NIOC c/ État d'Israël: Rev. arb. 2005, p.693, note H. Muir Watt ; JCP G 2005, I, 134, obs. J. Béguin ; RTD com. 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; Rev. crit. DIP 2006, p. 140, note Th. Clay ; Gaz. Pal. 27 28 mai 2005, p. 37, obs. F. X. Train; JCP éd. G 2005, II, 10101 et JCP éd. E 2005, 447, note G. Kessler.

tes escolhem a via da convenção arbitral para solucionar sua controvérsia, o direito ao juiz se transforma em direito ao árbitro.

Pela via de um acórdão datado do dia 1º de fevereiro de 2005,²³ a Primeira Câmara Cível decidiu que o direito de acesso ao juiz deveria ser entendido, para uma pessoa que celebrou uma convenção de arbitragem, como um direito de acesso ao árbitro, abrangido pela esfera da ordem pública internacional e consagrado não só pelos princípios de arbitragem internacional, mas também pelo art. nº 6 da CEDH.

Em consequência, a impossibilidade para uma parte de aceder ao tribunal arbitral constitui uma negação de justiça que justificará, posteriormente, a intervenção do juiz francês de apoio a despeito da ausência de atribuição de competência em seu favor, mas isso desde que exista um vínculo com a França, por mais tênue que seja.

Além da questão da negação de justiça, uma jurisprudência recente sobre o pagamento de custas da arbitragem corroborou esse princípio do direito de acesso a um juiz, como regra de ordem pública internacional.

A recusa por um tribunal arbitral em examinar os pedidos reconventionais relativamente à parcela da provisão de custas da arbitragem conexa - não paga em decorrência da liquidação da parte responsável por estas custas -, não

dence récente vient illustrer ce principe du droit d'accès au juge comme règle d'ordre public international, à propos du paiement des frais d'arbitrage.

Le refus par un tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles pour lesquelles la part de provision des frais d'arbitrage afférente n'avait pas été versée par suite de la liquidation de la partie qui devait s'en acquitter ne porte pas atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité des parties si ces demandes ne sont pas indissociables des demandes principales.²⁴

Se trouvent donc désormais intégrés dans le contrôle des procédures arbitrales les droits fondamentaux consacrés par le CEDH.

Toutefois la jurisprudence française s'attache à vérifier que l'atteinte alléguée au droit d'accès au juge n'est pas simplement théorique mais théorique mais qu'elle constitue une entrave à l'effectivité de ce droit qui mérite à ce titre d'être sanctionnée.

23 Cass. 1º Câm.Cível, 1º de fevereiro de 2005, NIOC contra o Estado de Israel : Rev. arb. 2005, p.693, nota H. Muir Watt; JCP G 2005, I, 134, obs. J. Béguin ; RTD com. 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; Rev. crit. DIP 2006, p. 140, nota Th. Clay; Gaz. Pal. 27, 28 de maio de 2005, p. 37, obs. F. X. Train; JCP éd. G 2005, II, 10101 et JCP ed. E 2005, 447, nota G. Kessler.

24 1re Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 11 27.770, Bull. 2013, I, n° 59.

fere o direito de acesso à justiça, e tampouco o princípio da igualdade das partes, se esses pedidos não forem indissociáveis do processo principal.²⁴

Os direitos fundamentais consagrados pela CEDH encontram-se, daqui por diante, integrados ao procedimento de verificação e controle dos processos de arbitragem.

No entanto, a jurisprudência francesa pretende verificar se a alegada violação do direito de acesso ao juiz não foi meramente teórica, e se ela constituiu efetivamente um entrave à eficácia desse direito, violação essa que merece, a este título, ser punida.

PROFERIMENTO DA SENTENÇA

Após o proferimento da sentença, o juiz estatal poderá ser levado a intervir, a fim de compará-la novamente à ordem pública internacional processual, especialmente no que se refere ao mérito da questão julgada.

Ordem pública processual

Esta ordem pública internacional processual, tal como é aplicada pelo juiz estatal à sentença, deve levar em consideração as particularidades próprias à arbitragem internacional. A interpretação que foi feita a seu respeito ocorreu de forma pragmática, nos seguintes âmbitos:

REDDITION DE LA SENTENCE

Après que la sentence a été rendue, le juge étatique pourra être amené à intervenir pour la confronter à nouveau à l'ordre public international de procédure mais aussi cette fois à l'ordre public international de fond.

Ordre public de procédure

Cet ordre public international de procédure tel qu'appliqué par le juge étatique à la sentence tient compte des particularismes propres à l'arbitrage international. L'interprétation qui en a été faite, s'est opérée de manière pragmatique. Ceci à plusieurs niveaux:

- *Délai de reddition de la sentence;*
- *Collégialité du délibéré;*
- *Motivation de la sentence.*

Respect du délai de reddition de la sentence

Ainsi, s'agissant du délai de reddition de la sentence, la Cour de cassation a jugé que, dès lors, que la procédure arbitrale était régie par une loi étrangère, l'ordre public international tel qu'il est conçu en France, n'exigeait pas que les pouvoirs des arbitres soient enfermés, à défaut

24 1ª Câm.Cível, 28 de março de 2013, recurso nº 11 27.770, Boletim 2013, I, nº 59.

- Prazo de proferimento da sentença;
- Colegialidade da deliberação;
- Motivação da sentença.

Respeito ao prazo de proferimento da sentença

Em relação ao prazo para o proferimento da sentença, a Corte de Cassação entendeu que, tendo em vista que o processo arbitral havia sido regido por uma lei estrangeira, a ordem pública internacional, tal como concebida na França, não poderia exigir que os poderes dos árbitros fossem inibidos por um prazo legal, na ausência de um prazo convencional.²⁵ Esse princípio foi reafirmado em acórdão lavrado em 15 de junho de 1994.²⁶

Por outro lado, a Corte de Cassação também estabeleceu que o princípio segundo o qual o prazo, avençado pelas partes, seja de forma direta, seja no que tange a um regulamento de arbitragem, e pelo qual os árbitros devem cumprir seu múnus, não pode ser prorrogado pelos próprios árbitros. Esse princípio traduz uma exigência de ordem pública nacional e internacional, tendo em vista que ele é inerente à natureza contratual da arbitragem.²⁷

Colegialidade da deliberação

O princípio da colegialidade pressupõe

de délai conventionnel, dans un délai légal.²⁵ Ce principe a été réaffirmé dans un arrêt du 15 juin 1994.²⁶

Par ailleurs, la Cour de cassation a considéré que le principe selon lequel le délai, fixé par les parties, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage, et dans lequel les arbitres doivent accomplir leur mission, ne peut être prorogé par les arbitres eux mêmes, traduit une exigence de l'ordre public aussi bien interne qu'international en ce qu'il est inhérent au caractère contractuel de l'arbitrage.²⁷

Collégialité du délibéré

Le principe de collégialité suppose que chaque arbitre ait la faculté de débattre de toute décision avec ses collègues. Une sentence rendue sans la participation d'un des arbitres au délibéré serait contraire à l'ordre public international français.²⁸

Par ailleurs, la présence d'une opinion dissidente, réalité de la pratique arbitrale que le code de procédure civile français, prise en compte à l'art. n° 1.513 du code de procédure civile, est regardée par la jurisprudence française, comme l'indication de la réalité du délibéré des arbitres.

Il est considéré que ce principe est, en effet, satisfait dès lors que chaque arbitre a eu la faculté de débattre de la décision avec les autres

25 1^o Câ.m.Cível, 30 de junho de 1976, recurso n^o 74 14.419.

26 1^o Câ.m.Cível, 15 de junho de 1994, recurso n^o 92 17.075.

27 1^o Câ.m.Cível, 15 de junho de 1994, recurso n^o 92 15.098, Boletim 1994 I n^o 209.

25 1^{re} Civ., 30 juin 1976, pourvoi n^o 74 14.419.

26 1^{re} Civ., 15 juin 1994, pourvoi n^o 92 17.075.

27 1^{re} Civ., 15 juin 1994, pourvoi n^o 92 15.098, Bulletin 1994 I n^o 209.

28 1^{re} Civ., 8 juillet 2009, pourvoi n^o 08 17.661.

que cada árbitro possui a faculdade de debater qualquer decisão com seus colegas, uma vez que a sentença prolatada sem a participação de um dos árbitros nas deliberações seria incompatível com a ordem pública internacional francesa.²⁸

Por outro lado, a presença de uma opinião dissidente - uma realidade da prática arbitral que o código de processo civil francês aborda no art. nº 1.513 do Código de Processo Civil - é considerada pela jurisprudência francesa como uma indicação da efetiva ocorrência da deliberação dos árbitros.

Considera-se que esse princípio estará satisfeito desde que cada árbitro tenha tido a faculdade de debater a decisão com os demais membros do tribunal.²⁹

Motivação

A abordagem pragmática da jurisprudência francesa abrange também a exigência de motivação. Entretanto, em arbitragem internacional, embora a regra dominante milite em favor da motivação das sentenças, admite-se que pode haver exceções a essa regra.

O art. nº 8 da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, promulgada em Genebra no dia 21 de abril de 1961 (e ratificada pela França em 16 de dezembro de 1966) enuncia que:

28 1º Câm.Cível, 8 de julho de 2009, recurso nº 08 17.661.

29 1º Câm.Cível, 29 de junho de 2011, recurso nº 09 17.346, Rev. arb. 2011, p. 959, nota V. Chantebout.

*membres du tribunal.*²⁹

Motivation

L'approche pragmatique de la jurisprudence française se vérifie également en ce qui concerne l'exigence de motivation. En arbitrage international si la règle dominante est en faveur de la motivation des sentences, il est admis qu'il peut y avoir des exceptions à cette règle.

Ainsi, l'art. nº 8 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, faite à Genève le 21 avril 1961 (ratifiée par la France le 16 décembre 1966) énonce-t-il que:

**Les parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf*

a) si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas être l'être, ou

b) si elles se sont soumises à une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent pas expressément avant la fin de l'audience, ou, s'il n'y a pas eu d'audience, avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivée.

En effet, il doit être tenu compte des traditions juridiques qui n'exigent pas la moti-

29 1re Civ., 29 juillet 2011, pourvoi nº 09 17.346.

*Presume-se que tenha sido entendido pelas partes que a sentença arbitral seria motivada, a não ser:

a) que as partes tenham expressamente declarado que a sentença não deva ser motivada, ou

b) caso elas tenham sido submetidas a um procedimento arbitral no âmbito do qual não se costuma motivar as sentenças; e desde que, nesse caso, as partes ou uma delas não tenha(m) expressamente solicitado essa motivação antes do encerramento da audiência; ou, se não houve audiência, antes que a redação da sentença tenha sido concluída.

Com efeito, é preciso levar em consideração as tradições jurídicas que não exigem a motivação da sentença.³⁰ Isso posto, uma sentença não motivada não será alheia à concepção francesa da ordem pública internacional, desde que não sirva para dissimular uma lesão aos direitos da defesa ou uma solução no mérito, contrária à ordem pública.³¹

Tendo em vista que o conteúdo da motivação foge ao controle do juiz que verifica a regularidade da sentença, com exceção dos casos

vation de la sentence.³⁰ Aussi, une sentence non motivée n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international dès lors que ne se dissimule pas une atteinte aux droits de la défense ou une solution de fond contraire à l'ordre public.³¹

Le contenu de la motivation échappant au contrôle du juge de la régularité de la sentence, hors les cas de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international,³² cela nous amène à envisager la confrontation de la sentence à l'ordre public substantiel.

Ordre public substantiel

En matière d'arbitrage comme l'a écrit le juriste Philippe Fouchard, c'est donc moins la règle de droit abstraite à laquelle les arbitres se sont référés que le résultat concret de son application qui doit être confronté aux exigences de l'ordre public international.³³

De fait, le contrôle du juge étatique français ne porte, en matière d'arbitrage international comme en matière interne, que sur la solution donnée au litige.³⁴

30 1ª Câm.Cível, 14 de junho de 1960, Boletim 1960, I, nº 327.

31 1re Civ., 22 novembre 1966, Bull. 1966, I, nº 517.

30 1re Civ., 14 juin 1960, Bull. 1960, I, nº 327.

31 1re Civ., 22 novembre 1966, Bull. 1966, I, nº 517.

32 1re Civ., 14 juin 2000, pourvoi nº 98 12.053, Rev. arb. 2001, p. 729, note H. Lécuyer.

33 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, sp. nº 1649, p. 970.

34 2e Civ., 3 mai 2001, pourvoi nº 99 14.325; Paris, 1ère ch.C, 14 juin 2001, Revue de l'arbitrage 2001 p. 805 note Derains.

35 1re Civ., 19 novembre 1991, pourvoi nº 89 22.042.

de violação do princípio do contraditório ou da ordem pública internacional,³² contempla-se o cotejo da sentença a partir da ordem pública substancial.

Ordem pública substancial

Em matéria de arbitragem, como ensina o jurista Philippe Fouchard, não prevalece a regra de direito abstrato a que os árbitros se referiram, mas sim o resultado concreto de sua aplicação, que deve ser cotejado com as exigências da ordem pública internacional.³³

Na verdade, a verificação do juiz estatal francês só incide, tanto em matéria de arbitragem internacional quanto em matéria de natureza interna, sobre a solução dada ao litígio.³⁴

Em matéria arbitral internacional, a reação do juiz estatal francês diante de uma sentença está diretamente ligada à concepção francesa da ordem pública internacional, a qual não pode ser confundida com a ordem pública interna.

É o que nos leva a contemplar a reação do juiz francês no que diz respeito à conformidade com a ordem pública internacional, quando é invocada a violação praticada pelos árbitros de uma regra imperativa de direito interno ou de um princípio ou valor essencial que não podem ser ignorados pela ordem jurídica francesa.

32 1ª CâM.Cível, 14 de junho de 2000, recurso nº 98 12.053, Rev. arb. 2001, p. 729, nota H. Lécuyer.

33 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, sp. nº1649, p. 970.

34 2ª CâM.Cível, 3 de maio de 2001, recurso nº 99 14.325; Paris, 1ª CâM.Cível, 14 de junho de 2001, *Revue de l'arbitrage* 2001 p. 805, nota Derains.

En matière arbitrale internationale, la réaction du juge étatique français face à une sentence est directement liée à la conception française de l'ordre public international lequel ne peut se confondre avec l'ordre public interne.

Ce qui nous amène à envisager la réaction du juge français au regard de la conformité à l'ordre public international, lorsqu'est invoquée la violation par les arbitres d'une règle impérative de droit interne ou d'un principe ou valeur essentiels dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance.

Règles impératives

Comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt 19 novembre 1991,³⁵ l'ordre public international français applicable dans les relations internationales doit être apprécié de manière moins rigoureuse que l'ordre public interne.

Il ne suffit pas de prétendre que l'application au fond d'une règle impérative aurait été méconnue pour que la sentence soit regardée contraire à l'ordre public international français.

En effet, toutes les normes d'ordre public interne ne sont pas nécessairement d'ordre public international. Seules les normes constitutives d'une loi de police c'est à dire répondant à la définition qu'en a donnée l'art. n° 9 du Règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I) c'est à dire « les dispositions impératives dont le

36 1ere Civ., 2 décembre 2015, pourvoi nº14-25.147.

Regras imperativas

Tal como lembrou a Corte de Cassação no acórdão de 19 de novembro de 1991,³⁵ a ordem pública internacional francesa aplicável às relações internacionais deverá ser apreciada com menos rigor do que a ordem pública interna.

Não basta alegar que a aplicação de uma regra imperativa no mérito foi ignorada para que a sentença seja considerada antagônica à ordem pública internacional francesa.

Na verdade, nem todas as normas de ordem pública interna são necessariamente de ordem pública internacional. Somente as normas constitutivas de uma lei de polícia, isto é, que responda à definição que delas foi dada pelo art. n° 9 do Regulamento (CE) n° 593/2008 (Roma I), ou seja, “as disposições obrigatórias cujo respeito é considerado crucial para um país para a salvaguarda de seus interesses públicos, tais como sua organização política, social ou econômica, a ponto de exigir sua aplicação a qualquer situação que entre no seu campo de aplicação, independentemente da lei aplicável”, poderão ser aplicáveis na ordem internacional.

Assim, por exemplo, algumas disposições do Código do Consumidor (arts. n° 341-2 e n° 341-3) que protegem a caução não profissional,³⁶ ou ainda determinadas disposições do estatuto de proteção dos agentes comerciais,

respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable », peuvent être applicables dans l'ordre international.

Ainsi, par exemple, certaines dispositions du code de la consommation (arts. n° L.341-2 et n° L.341-3) protectrices de la caution non professionnelle³⁶ ou encore de certaines dispositions du statut protecteur des agents commerciaux qui sont des dispositions impératives en droit interne, n'ont pas été regardées comme d'ordre public international.

Dans le même sens, a été écarté le grief de contrariété à l'ordre public international s'imposant à la juridiction arbitrale, tiré d'une violation prétendue de l'art. n° L. 134 4 du Code de commerce et la directive CEE du 18 décembre 1986 sur l'obligation de loyauté et d'information pesant sur l'agent commercial.³⁷

En revanche, la jurisprudence reconnaît ce caractère à certaines dispositions du droit des procédures d'insolvabilité.

Les principes de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers, de dessaisissement du débiteur et d'interruption de l'instance en cas de faillite, sont à la fois d'ordre public interne et international et s'imposent

35 1ª Câm.Cível, 19 de novembro de 1991, recurso n° 89 22.042.

36 1ª Civ., 2 de dezembro de 2015, recurso n°14-25.147.

37 1re Civ., 25 octobre 2005, pourvoi n° 02 13.252, Bull. 2005, I, n° 378.

que são disposições imperativas em direito interno, não foram consideradas como sendo de ordem pública internacional.

Nessa mesma linha, foi afastada a denúncia de incompatibilidade com a ordem pública internacional imposta à jurisdição arbitral, sob a alegação de uma suposta violação do art. n° 134-4 do Código Comercial e da diretiva CEE, de 18 de dezembro de 1986, relativa à obrigação de lealdade e de prestação de informações que incide sobre o agente comercial.³⁷

Por outro lado, a jurisprudência reconhece essa natureza em determinadas disposições do direito falimentar.

Os princípios da paralisação dos processos individuais dos credores, da inibição dos direitos do devedor e da interrupção da instância em caso de falência, pertencem, ao mesmo tempo, à ordem pública interna e internacional, e são impositivos até mesmo nos casos em que um processo de arbitragem sediado na França não está sujeito à lei francesa.³⁸

Da mesma forma, determinadas disposições regulamentares internas de ordem pública econômica foram consideradas como sendo de ordem pública internacional.

*même au cas où l'arbitrage se déroulant en France n'est pas soumis à la loi française.*³⁸

De la même manière, des dispositions réglementaires internes d'ordre public économique ont été jugées d'ordre public international.

Ainsi, la reconnaissance en France d'une sentence rendue à Londres qui modifiait, en application de stipulations contractuelles, les règles (arrêté ministériel du 14 juin 1982) fixant impérativement l'attribution des montants compensatoires accordés aux importateurs pour assurer le maintien d'un équilibre économique à la suite d'une dévaluation monétaire, a été jugée contraire à l'ordre public international.³⁹ En revanche, toujours à propos du même arrêté, il a été jugé que s'il n'est porté atteinte que de manière purement formelle à l'objectif de ces dispositions impératives, le grief de contrariété à l'ordre public international doit être écarté.⁴⁰

A la différence de la question de la non-arbitrabilité relevant de la matière où comme nous l'avons vu le contrôle du juge étatique français s'opère au regard de l'ordre public juridictionnel, la jurisprudence française considère, comme l'a énoncé la cour d'appel de Paris dans l'arrêt Ganz précité du 29 mars 1991, que « l'arbitre international dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de

37 1ª Câm.Cível, 25 de outubro de 2005, recurso n° 02 13.252, Boletim 2005, I, n° 378.

38 1ª Câm.Cível, 8 de março de 1988, recurso n° 86 12.015, Boletim 1988 I n° 65 ; 1ª Câm.Cível, 5 de fevereiro de 1991, recurso n° 89 14.382, Boletim 1991, I n° 44 ; 1ª Câm. Cível, 6 de maio de 2009, recurso n° 08 10.281, Boletim 2009, I, n° 86.

38 1re Civ., 8 mars 1988, pourvoi n° 86 12.015, Bull.1988 I n° 65 ; 1re Civ., 5 février 1991, pourvoi n° 89 14.382, Bull. 1991 I n° 44 ; 1re Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 08 10.281, Bull. 2009, I, n° 86.

39 1re Civ., 19 novembre 1991, pourvoi n° 89 22.042, Bulletin 1991 I n° 311.

40 1re Civ., 19 novembre 1991, pourvoi n° 89 22.042, Bulletin 1991 I n° 311.

Desse modo, o reconhecimento na França de uma sentença prolatada em Londres, que, em conformidade com as estipulações contratuais, modificava as normas (Portaria Ministerial de 14 de junho de 1982) que fixavam imperativamente a atribuição dos montantes compensatórios concedidos aos importadores, visando à assegurar o equilíbrio econômico após uma desvalorização monetária, foi julgado contrário à ordem pública internacional.³⁹ Por outro lado, no mesmo acórdão, considerou-se que, se o objetivo dessas disposições sofre apenas um prejuízo meramente formal, a denúncia de contradição à ordem pública internacional deverá ser excluída.⁴⁰

Diferentemente da questão da não arbitralidade derivada da matéria, na qual, como já vimos, o controle do juiz estatal francês se opera em relação à ordem pública jurisdicional, a justiça francesa considera - da forma como opinou a Corte de Apelação de Paris no acórdão Ganz, de 29 de março de 1991, já mencionado - que "o árbitro internacional, cuja missão consiste também em assegurar o respeito à ordem pública internacional, tem o poder de sancionar os comportamentos contrários à boa fé, que deve prevalecer entre os parceiros comerciais internacionais".

A Corte de Cassação confirmou essa abordagem em acórdão lavrado em 21 de maio de

sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider entre partenaires du commerce international ».

La Cour de cassation a confirmé cette approche dans un arrêt du 21 mai 1997⁴¹ puis dans un arrêt du 30 mars 2004.⁴²

C'est, donc, à l'arbitre de se prononcer en premier lieu, en sanctionnant dès lors qu'il l'a constatée, la violation de l'ordre public, sous le contrôle qui n'est que secondaire du juge de l'annulation.

Le juge français du contrôle s'attache à vérifier que l'arbitre a procédé à des constatations suffisantes au regard des règles impératives applicables et que dans son effet la sentence ne porte pas atteinte à l'objectif et à l'effectivité des normes impératives. A partir du moment où il l'a fait, le bien-fondé de sa décision échappe au contrôle de l'autorité judiciaire. Ainsi en matière de droit communautaire de la concurrence, s'agissant d'une violation alléguée à l'art. n° 85 du Traité de Rome.⁴³

Mais qu'en est-il lorsque n'est plus invoquée la violation d'une règle impérative applicable au litige, mais la méconnaissance d'un principe essentiel du droit français? Quelle est la position de la jurisprudence française?

39 1º Câ.m.Cível, 19 de novembro de 1991, recurso nº 89 22.042, Boletim 1991 I nº 311.

40 1º Câ.m.Cível, 19 de novembro de 1991, recurso nº 89 22.042, Boletim 1991 I nº 311.

41 1re Civ., 21 mai 1997, pourvoi nº 95 11.427, Bull. 1997, I, nº 159.

42 1re Civ., 30 mars 2004, pourvoi nº 02 12.259, Bulletin civil 2004, I, nº 97.

43 1re Civ., 5 janvier 1999, pourvoi nº 96 16.746; arrêt Cytec 1re Civ., 4 juin 2008, pourvoi nº 06 15.320, Bull. 2008, I, nº 162.

1997,⁴¹ e, posteriormente, em outro, datado de 30 de março de 2004.⁴²

Cabe ao árbitro, portanto, pronunciar-se em primeiro lugar, sancionando a violação da ordem pública logo que seja constatada, sob o controle apenas secundário do juiz da anulação.

O juiz francês responsável pelo controle procurará verificar se o árbitro procedeu às constatações necessárias e suficientes relativas às regras imperativas aplicáveis e, se no seu efeito, a sentença não prejudicou o objetivo e a efetividade das normas imperativas. A partir do momento em que ele o fez, o fundamento de sua decisão escapará ao controle da autoridade judiciária. O mesmo ocorre em matéria de direito comunitário relativa à concorrência, quando se trata de uma violação alegada ao art. nº 85 do Tratado de Roma.⁴³

Mas o que acontece quando não é mais invocada a violação de uma regra imperativa aplicável à contenda, mas sim o desconhecimento de um princípio essencial do direito francês? Qual seria a posição da jurisprudência francesa?

Princípios essenciais do direito francês

Essa violação pode afetar um princípio processualístico que visa a resguardar não apenas a coerência da ordem jurídica interna, mas também um princípio substancial de valor internacional.

41 1º Câm.Cível, 21 de maio de 1997, recurso nº 95 11.427, Boletim 1997, I, nº 159.

42 1º Câm.Cível, 30 de março de 2004, recurso nº 02 12.259, Boletim civil 2004, I, nº 97.

43 1º Câm.Cível, 5 de janeiro de 1999, recurso nº 96 16.746; Acórdão Cytec da 1ª Câm.Cível, 4 de junho de 2008, recurso nº 06 15.320, Boletim 2008, I, nº 162.

Principes essentiels du droit français

Cette atteinte peut affecter un principe de procédure visant à assurer la cohérence de l'ordre juridique interne mais aussi un principe substantiel de valeur internationale.

PRINCÍPIOS PROCESSUALÍSTICOS

Autoridade da coisa julgada

Como a sentença internacional não está integrada à ordem jurídica do Estado, sua existência segue estabelecida a despeito de sua anulação, de tal forma que seu reconhecimento na França não será contrário à ordem pública internacional, independentemente da autoridade a quem é revestida a decisão de anulação.⁴⁴

Inconciliabilidade

Em contrapartida, uma sentença que seria inconciliável com outra sentença declarada executória em território francês não teria como ser reconhecida na França.⁴⁵

Princípio substancial de valor internacional

Quando se alega que uma sentença proferida em matéria internacional dá efeito a um contrato obtido por corrupção, diante do juiz francês de controle, cabe a ele avaliar se a sentença fere a concepção francesa da ordem pública internacional.

Em acórdão proferido no dia 4 de março de 2014, a Corte de Apelação de Paris considerou que, na hipótese de uma sentença dar

44 Hilmarton 1^o Câm.Cível, 23 de março de 1994, recurso n^o 92 15.137 ; Putrabali 1^o Câm. Cível, 29 de junho de 2007, recurso n^o 05 18.053.

45 1^o Câm.Cível, 29 de junho de 2007, recurso n^o 06 13.293, Boletim 2007, I, n^o 251.

PRINCIPES DE PROCÉDURE

Autorité de chose jugée

*La sentence internationale n'étant pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat, son existence demeure établie malgré son annulation en sorte que sa reconnaissance en France n'est pas contraire à l'ordre public international, nonobstant l'autorité attachée à la décision d'annulation.*⁴⁴

Inconciliabilité

*En revanche, une sentence qui serait inconciliable avec une autre sentence déclarée exécutoire sur le territoire français ne pourrait être reconnue en France.*⁴⁵

Principe substancial de valeur internationale

Lorsqu'il est soutenu devant le juge français du contrôle qu'une sentence rendue en matière internationale donne effet à un contrat obtenu par corruption, il lui appartient d'apprécier si la sentence viole la conception française de l'ordre public international.

Dans un arrêt du 4 mars 2014, la Cour d'appel de Paris a considéré que lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un contrat obtenu par corruption, il appartient au juge de l'annulation, saisi d'un recours fondé

44 Hilmarton 1^{re} Civ., 23 mars 1994, pourvoi n^o 92 15.137 ; Putrabali 1^{re} Civ., 29 juin 2007, pourvoi n^o 05 18.053.

45 1^{re} Civ., 29 juin 2007, pourvoi n^o 06 13.293, Bull. 2007, I, n^o 251.

feito a um contrato obtido por corrupção, caberá ao juiz que examina a anulação – com amparo no art. n° 1520, § 5° do Código de Processo Civil –, procurar, no direito ou nos fatos, todos os elementos que permitam o seu pronunciamento acerca da alegada ilicitude da convenção. Deve-se apreciar se o reconhecimento ou a execução da sentença viola, de maneira efetiva e concreta, a ordem pública internacional. Essa fórmula foi repetida em um acórdão do mesmo tribunal, datado de 14 de outubro de 2014.

A Corte de Cassação que julgou improcedente o recurso extraordinário impetrado contra esses acórdãos⁴⁶ não reprovou esse procedimento.

No supramencionado acórdão de 13 de setembro de 2017, a Corte de Cassação, ao confirmar tal entendimento, limitou-se a mencionar que a Corte de Apelação, com base nos elementos existentes, justificou sua decisão de não reconhecer na França uma sentença que violava a concepção francesa da ordem pública internacional.

Sem que isso possa ser considerado uma abdicação da jurisprudência tradicional, a decisão constituiu, na verdade, em uma indicação de que deve ser reconhecida, ao juiz estatal, a competência para controlar e verificar os elementos de direito e de fato levados e debatidos junto ao árbitro – desde que se trate da aplicação de um valor essencial, amplamente reconhecido, e de que, em consonân-

sur l'art. n° 1.520, § 5° du code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illégalité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière effective et concrète l'ordre public international. Cette formule a été reprise dans un arrêt de la même cour du 14 octobre 2014.

La Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi formé contre ces arrêts⁴⁶ n'a pas remis en cause cette démarche.

Dans l'arrêt précité du 13 septembre 2017, la Cour de cassation, confirmant cette approche s'est bornée à retenir que la Cour d'appel avait, au regard des éléments retenus, légalement justifié sa décision de ne pas reconnaître en France une sentence violant la conception française de l'ordre public international.

Sans que cela puisse être regardé comme un abandon de sa jurisprudence traditionnelle, c'est l'indication qu'il doit être reconnu au juge étatique, dès lors qu'est en question l'application d'une valeur essentielle, largement reconnue qui, selon la conception française devrait constituer le fondement de tout ordre juridique, un contrôle des éléments de droit et de fait débattus devant l'arbitre.

En effet, pour être efficace et répondre à l'objectif de lutte internationale contre la corruption consacré par la Convention des Na-

46 1ª Câm.Cível, 24 de junho de 2015, recurso n° 14 18.706; Câm. Cível, 13 de setembro de 2017, recursos n° 16 26.445, 16 25.657.

46 1re Civ., 24 juin 2015, pourvoi n° 14 18.706; 1re Civ., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16 26.445, 16 25.657.

cia com a concepção francesa, se constitua o fundamento de qualquer ordem jurídica.

Com efeito, para ser eficaz e responder ao objetivo da luta internacional contra a corrupção, consagrada pela Convenção das Nações Unidas, celebrada em Mérida em 31 de outubro de 2003, esse controle deverá abarcar todos os elementos submetidos ao tribunal arbitral, sem, no entanto, que isso possa ensejar uma revisão da sentença.

A questão que se levanta daqui para frente é se, a fim de verificar a conformidade da sentença com a ordem pública internacional, o juiz estatal francês poderá, quando o tribunal arbitral já tiver se pronunciado sobre esse ponto, levar em consideração novos elementos que não foram indicados na arbitragem. A Corte de Cassação nunca se pronunciou a respeito.

tions Unis faite à Merida le 31 octobre 2003, ce contrôle doit englober tous les éléments soumis au tribunal arbitral, sans toutefois que cela conduise à une révision de la sentence.

La question se pose désormais de savoir si, pour le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international, le juge étatique français peut, alors que le tribunal arbitral s'est prononcé sur ce point, prendre en considération de nouveaux éléments dont il n'a pas été fait état devant les arbitres. La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur ce point.

CONCLUSÃO

Por fim, parece-me que as condições estabelecidas neste controle traduzem a busca de um ponto de equilíbrio entre dois imperativos: de um lado, o de não questionar novamente o princípio de pertencimento da sentença a uma ordem jurídica autônoma sem vínculo com as ordens estatais e o cânone da proibição de revisão da sentença e, por outro, o princípio de não incorporar à ordem jurídica francesa uma sentença que, em tese, fere os seus valores essenciais.

Nesse processo, a verificação da conformidade da sentença internacional com a ordem pública integra uma abordagem que visa a proporcionar à arbitragem internacional uma dimensão de verdadeira justiça internacional, consonante com a filosofia do direito francês de arbitragem, e que, alimentada pelas reflexões da doutrina, foi sendo elaborada de forma essencialmente pretoriana e pragmática.

Será que temos de ir mais longe, como alguns praticantes desejam ardentemente, a fim de favorecer a emergência de uma ordem pública transnacional que, ao unificar algumas regras comuns a todos, sobrepujaria os padrões próprios de cada Estado?

Daí surge o grande interesse deste debate: fazer uma comparação das abordagens do direito brasileiro e do direito francês sobre arbitragem.

CONCLUSION

Pour conclure, il m'apparaît que les conditions de ce contrôle témoignent de la recherche d'un point d'équilibre entre deux impératifs, d'une part celui de ne pas remettre en cause le principe d'appartenance de la sentence à un ordre juridique autonome sans lien avec les ordres étatiques et le principe prohibition de révision de la sentence d'autre part celui de ne pas incorporer à l'ordre juridique français, une sentence qui violerait ses valeurs essentielles.

En cela, la vérification de la conformité de la sentence internationale à l'ordre public participe d'une démarche qui vise à donner à l'arbitrage international une dimension de véritable justice internationale, conforme à la philosophie du droit français de l'arbitrage qui, nourri par les réflexions de la doctrine, s'est élaboré de manière essentiellement prétorienne et pragmatique.

Doit-on aller plus loin et favoriser davantage, ce qu'appellent de leurs vœux, un certain nombre de praticiens, l'émergence d'un ordre public transnational qui viendrait dépasser, en unifiant certaines règles communes à tous, les standards propres à chaque Etat?

C'est tout l'intérêt de cette discussion que de confronter les approches des droits brésilien et français de l'arbitrage.



ARNOLDO WALD

Bacharel e doutor em direito e docente-livre pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Professor catedrático de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e doutor *honoris causa* da Universidade de Paris II e do Instituto Brasiliense de Direito Público. Foi procurador do Estado do Rio de Janeiro e professor da Faculdade de Direito de Paris. Atualmente, é advogado.

Licencié en droit, docteur et professeur habilité de la Faculté Nationale de Droit de l'Université du Brésil. Professeur titulaire en droit civil de la Faculté de Droit de l'Université de l'Etat de Rio de Janeiro et docteur honoris causa de l'Université de Paris II, et de l'Institut de Droit Public de Brasilia. Il a occupé le poste de Procureur de l'Etat de Rio de Janeiro et celui de professeur de la Faculté de Droit de Paris. Il exerce actuellement la profession d'avocat.

ARNOLDO WALD

A cultura francesa tem sido fonte importante do nosso direito em todos os campos¹ e, em particular, na arbitragem,² com destaque para nomes como Fouchard, Gaillard e Goldman.³ A Câmara de Comércio Internacional (CCI) foi a fonte básica que inspirou o direito brasileiro. Mais do que com a França, a CCI tem uma vinculação com a globalização e com a nossa arbitragem.

Podemos dizer que os três pilares da nossa arbitragem são: a Lei de Arbitragem (lei nº 9.307/1996, complementada pela lei nº 13.129, de 26/05/2015), a jurisprudência construtiva pioneira do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a ratificação da Convenção de Nova York, de modo que fizemos uma verdadeira revolução, que tem sido vista no exterior como um meio de o Brasil ser também reconhecido como ino-

La culture française a été une source importante de notre droit dans tous les domaines¹ et, en particulier, dans celui de l'arbitrage,² qui a été particulièrement mis en valeur par Fouchard, Gaillard et Goldman.³ La Chambre de commerce internationale (CCI) a été la source de base qui a inspiré le droit brésilien et la CCI, encore plus qu'avec la France, garde des liens importants avec la mondialisation et nos institutions d'arbitrage.

Nous pouvons dire que les trois piliers de notre arbitrage sont : la Loi d'arbitrage (loi n° 9.307/1996, complétée par la loi n° 13 129 du 26/05/2015), la jurisprudence constructive et pionnière du Tribunal Supérieur de Justice (STJ), et la ratification de la Convention de New York, Nous avons donc, en fait instauré une véritable révolution dans ce domaine, vue à l'étranger

1 WALD, Arnaldo. « L'influence de la culture juridique française sur le droit comparé et l'arbitrage au Brésil ». In: *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*. Paris: Dalloz, 2013, p. 1045-1057.

2 WALD, Arnaldo. "Philippe Fouchard, a escola francesa da arbitragem e o Brasil". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 2, p. 25-29, maio/ago. 2004.

3 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDIMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996, n. 491 e seg., p. 290 e seg.

1 WALD, Arnaldo. « L'influence de la culture juridique française sur le droit comparé et l'arbitrage au Brésil ». In: *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*. Paris: Dalloz, 2013, p. 1045-1057.

2 WALD, Arnaldo. "Philippe Fouchard, a escola francesa da arbitragem e o Brasil". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 2, p. 25-29, mai/août, 2004.

3 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDIMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996, n. 491 et suiv., p. 290 t suiv.

vador e incentivador no campo do direito.⁴

Há muitas semelhanças entre a interessante lei francesa e a legislação brasileira de arbitragem, sendo que hoje a nossa jurisprudência já é citada até em revistas internacionais, em particular, na francesa.⁵

Por outro lado, todos nós somos comparatistas, inicialmente por necessidade e, depois, por curiosidade, na tentativa de construção do direito brasileiro como um modelo suscetível de ser discutido em âmbito internacional.

Há uma série de diferenças entre a lei da arbitragem francesa e a brasileira, mas, na prática, essas diferenças não têm os reflexos que poderiam ter, porque, de fato, as consequências acabam sendo muito próximas em ambos os casos.

O Brasil admite a prevalência dos tratados internacionais, enquanto na França a lei nacional lhes é adaptada. No modelo francês, há regimes distintos para a arbitragem nacional e a internacional, enquanto o brasileiro adota apenas um regime único. Além disso, o conceito de arbitragem nacional é distinto nas duas leis, aqui usamos um critério geográfico, já na França, recorre-se à vinculação ao interesse comercial internacional.

4 CANIVET, Guy. « Tirer profit du droit brésilien », préface In: WALD, Arnoldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. (Dir.). *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005, p. 11.

5 TOMASI, Thierry ; LUDWIG, Marcos e Campos, « Les juridictions brésiliennes optent pour l'impossibilité de reconnaître une sentence arbitrale annulée par les juridictions du siège : Fondements et portée pratique de l'arrêt rendu par le Tribunal Supérieur de Justice brésilien le 2 décembre 2015 », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Paris, n. 1/2017, pp. 79-93.

*comme une façon de permettre que le Brésil soit également reconnu en tant que source d'innovation et d'incitation dans le domaine du droit.*⁴

*Il existe de nombreuses similitudes entre la remarquable loi française et la législation brésilienne sur l'arbitrage. C'est pourquoi la jurisprudence brésilienne est déjà citée dans des publications internationales, et en particulier françaises.*⁵

Par ailleurs, nous sommes tous des comparatistes, avant tout par nécessité, mais également par curiosité, à la recherche de la construction du droit brésilien en tant que modèle susceptible d'être discuté au niveau international.

Mais il existe également un certain nombre de différences entre la loi française d'arbitrage et la loi brésilienne. Dans la pratique, cependant, ces différences ne génèrent pas les retombées qu'elles pourraient produire, car, en fait, les conséquences, dans les deux cas, finissent par être très proches.

Le Brésil admet la prévalence des traités internationaux, tandis qu'en France, le droit national leur est adapté. Le modèle français a instauré des régimes différents pour l'arbitrage national et international, tandis que le modèle brésilien n'adopte qu'un seul régime. En outre, le concept

4 CANIVET, Guy. « Tirer profit du droit brésilien », préface In: WALD, Arnoldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. (Dir.). *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui et de demain*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005, p. 11.

5 TOMASI, Thierry ; LUDWIG, Marcos e Campos, « Les juridictions brésiliennes optent pour l'impossibilité de reconnaître une sentence arbitrale annulée par les juridictions du siège : Fondements et portée pratique de l'arrêt rendu par le Tribunal Supérieur de Justice brésilien le 2 décembre 2015 », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Paris, n. 1/2017, pp. 79-93.

O conceito de ordem pública também não é o mesmo. No Brasil, o processo homologatório é feito diretamente no STJ, enquanto, na França, o processo se inicia em instância inferior. Ademais, o procedimento aqui é contraditório, mas, na França, não o é.

A competência originária atribuída ao STJ foi muito útil, porque possibilitou a consolidação de uma jurisprudência segura e uniforme para todo o país, além de decisões relativamente rápidas, que permitiram que os conflitos fossem decididos muito rapidamente. Na realidade, entre uma dezena de homologações anuais, o número de contestações e de negações da homologação é relativamente pequeno. Os julgamentos são rápidos e não são formalistas, de tal modo que, na aceitação da arbitragem, por exemplo, há duas posições distintas. Enquanto em uma delas a aceitação tácita é comprovada pelo comportamento da parte, na outra hipótese a vinculação está atrelada a algum regulamento - a remissão não é totalmente clara, e esta distinção, em matéria de remissão, também pode ser encontrada hoje na jurisprudência francesa. Eventualmente, poder-se-ia conceber a necessidade de esclarecer melhor a remissão em determinados casos de vinculação a regulamentos.

Tudo isto mostra que a Convenção de Nova York tem sido interpretada de modo relativamente análogo. Embora na França é possível afirmar que houve adaptação normativa ao direito francês, no Brasil a adaptação ocorreu no âmbito da construção jurisprudencial. Uma das pequenas e poucas diferenças irrelevantes do ponto de vista internacional é o fato de que, na França, a sentença estrangeira no lugar em que

d'arbitrage national est différent dans les deux lois, car alors que nous utilisons ici un critère géographique, la France recourt à l'intérêt commercial international.

D'autre part, le concept d'ordre public n'est pas le même. Au Brésil la procédure d'homologation est réalisée directement au sein du STJ, tandis qu'en France cette procédure est entamée dans l'instance inférieure. Au Brésil, diversement de la France, la procédure fait appel au contradictoire.

La compétence originaire attribuée au STJ s'est avérée être une mesure de grande utilité, car elle a permis la consolidation d'une jurisprudence solide et uniforme dans l'ensemble du pays, et un processus de prise de décisions relativement agile, capable de trancher très rapidement les conflits. En fait, parmi la dizaine d'homologations annuelles, le nombre de contestations et de refus d'homologations est relativement faible. Les jugements sont rendus rapidement et ne sont pas formalistes, de sorte que dans le contexte d'acceptation de l'arbitrage, par exemple, deux positions distinctes ont cours : alors que dans l'une d'elle l'acceptation tacite est prouvée par le comportement de la partie, dans le deuxième cas le lien est attelé à certains règlements - la remission n'est pas tout à fait claire, et cette distinction, en matière de remission, peut également être trouvée aujourd'hui dans la jurisprudence française. Eventuellement, il serait utile d'envisager la nécessité de clarifier d'une meilleure façon la remission dans certains cas de liens avec des réglementations.

Tout ceci indique que la Convention de New York a été interprétée de façon relativement ana-

foi proferida, pode ser homologada, enquanto no Brasil, exige-se que haja a coisa julgada. Deste modo, faz-se necessário que a sentença estrangeira não tenha sido anulada no seu país de origem. É uma divergência que se compreende dentro do nosso conceito de soberania, a partir do fato de que, no passado, era exigida uma dupla homologação, que deveria ocorrer por parte do Judiciário tanto do país de origem quanto do Brasil.

Houve, contudo, uma evolução nesse conceito, pois hoje o problema do direito estrangeiro não nos parece tão importante. O que se questiona é até que ponto a sentença judicial que anula uma arbitragem no exterior poderia contrariar a nossa ordem pública, embora se considere complicado encontrar uma solução. O que está em discussão é descobrir ou não, se a decisão contraria à nossa ordem pública, refletindo-se sobre a necessidade de examinar as razões da anulação no exterior ou apenas examinar a sentença arbitral, foi ou não anulada no país de origem.

A jurisprudência francesa diz que a parcialidade do árbitro é motivo para a não homologação, e é evidente que isto também é motivo para a anulação. É interessante perceber que costumamos afirmar, e é manso e pacífico, que, na homologação, não se examina o mérito. A pergunta é: se o mérito da decisão for contrário à nossa ordem pública, haverá homologação?

logue. Bien qu'en France on puisse dire qu'il y a eu une adaptation normative au droit français, au Brésil l'adaptation s'est produite dans le cadre de la construction jurisprudentielle. L'une des différences mineures et peu pertinentes du point de vue international est le fait qu'en France la sentence étrangère où elle a été proférée, peut être homologuée, tandis qu'au Brésil, la chose jugée est essentielle. Ainsi, il est donc nécessaire que la sentence étrangère n'ait pas été annulée dans son pays d'origine. Il s'agit là d'une divergence qui doit être entendue dans notre concept de souveraineté, du fait que dans le passé, la double homologation était nécessaire, autant de la part du pouvoir judiciaire du pays d'origine que du côté brésilien.

Cependant une évolution de ce concept s'est produite, car aujourd'hui le problème du droit étranger ne nous semble plus aussi important. Ce qui est en fait mis en question est jusqu'à quel point la décision judiciaire qui annulerait un arbitrage à l'étranger pourrait être contraire à notre ordre public - bien qu'il soit considéré difficile de trouver une solution. Ce qui est en discussion est la question de savoir si la décision pourrait porter atteinte à notre ordre public, en réfléchissant sur la nécessité d'examiner les raisons de l'annulation à l'étranger, ou bien en vérifiant seulement si la sentence arbitrale a été ou non annulée dans le pays d'origine.

Retomando o caso Abengoa,⁶ imagina-se que o primeiro motivo não tenha existido, somente o segundo. Isto, inclusive, foi invocado no voto-vencido do árbitro José Emílio Nunes Pinto, ao afirmar que não poderia haver uma indenização maior do que a do dano, o que significa que a indenização no direito brasileiro não poderia ter o valor maior do que a do dano.

Isto suscitou a necessidade de se examinar o mérito, algo que foi levantado em outro acórdão do STJ, a partir da Sentença Estrangeira Contestada nº 2.410,⁷ referente às correções cambiais e monetárias. Ao se afirmar que a arbitragem não pode ser homologada na hipótese de cumulação das correções monetária e cambial, a violação não seria do processo de arbitragem, mas sim do mérito da decisão arbitral por ser a mesma. Neste caso, a sentença arbitral é contrária à ordem pública. Assim, a contrariedade à ordem pública é uma questão a ser analisada na jurisprudência construtiva do STJ, a fim de se averiguar se a homologação viola ou não os princípios básicos da nossa legislação, como os do enriquecimento sem causa ou da imparcialidade. A abertura que este acórdão concede ao STJ e à jurisprudência deve ser vista com prudência, assim como na jurisprudência francesa. A dúvida é se seria

La jurisprudence française dit que la partialité de l'arbitre est un motif valable pour refuser d'homologation, mais il est clair que cette partialité est également un motif d'annulation. Il est intéressant de se rendre compte que nous avons tendance à affirmer - et c'est quelque chose de bien établi - que, lors de la procédure d'homologation le fond n'est pas examiné. La question qui se pose est : au cas où le fond de la décision serait contraire à notre ordre public, y aurait-il homologation?

En reprenant le cas Abengoa,⁶ il y a lieu de penser que le premier motif n'existait pas, mais seul le deuxième. Ceci, d'ailleurs, a été invoqué dans le vote vaincu de l'arbitre José Emílio Nunes Pinto, qui affirmait que le montant de l'indemnité ne pouvait dépasser celui du dommage, ce qui signifiait dire que dans le cadre du droit brésilien l'indemnité ne peut pas être supérieure à la valeur du dommage.

Cet état de choses à suscité le besoin d'examiner le fond - quelque chose qui avait déjà été soulevé à l'occasion d'un autre arrêt proféré par le STJ au sujet de la SEC nº 2.410,⁷ relative aux corrections du change et à l'indexation monétaire. Le fait d'affirmer que l'arbitrage ne pouvait pas être homologué au cas où il y aurait cumul de l'indexation monétaire et du taux

6 STJ, SEC 9.412, Rel. Min. FELIX FISCHER, e voto vencedor do Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 19.04.2017, DJe 30.05.2017, Revista de Arbitragem e Mediação, n. 55, p. 391, out./dez. 2017, comentada por Berardino Di Vicchia Neto na Revista de Arbitragem e Mediação, n. 56, p. 335-343, jan./mar. 2018.

7 SEC 2.410, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 19/2/2014, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 50/131, com comentário de RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, DEBORAH CRISTINA DOS SANTOS NERY e EDcl na SEC 2410, DJe 28.05.2014, Revista de Arbitragem e Mediação, n. 43/385, com comentário de ROBERTO ROSAS.

6 STJ, SEC 9.412, Rapp.. Min. FELIX FISCHER, et vote vainqueur du Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 19.04.2017, DJe 30.05.2017, Revista de Arbitragem e Mediação, n. 55, p. 391, oct./déc. 2017, commentée par Berardino Di Vicchia Neto dans la Revista de Arbitragem e Mediação, n. 56, p. 335-343, janv./mars. 2018.

7 SEC 2.410, Rapp. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe du 19/2/2014, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 50/131, assortie des commentaires de RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, DEBORAH CRISTINA DOS SANTOS NERY et EDcl à la SEC 2410, DJe 28.05.2014, Revista de Arbitragem e Mediação, n. 43/385, contenant également les commentaires de ROBERTO ROSAS.

possível adequar a decisão, reduzindo-a de forma a conformar com a dimensional. Considero que o direito deve ser pragmático, e quer fazer Justiça.

Na realidade, a ordem pública é dinâmica, assim como o é a própria legislação.

Firmados em uma mesma cultura, a França e o Brasil estão intensificando sua colaboração internacional, na forma e no espírito da Convenção de Nova York, a fim de se construir uma nova globalização, mais justa e humana, com o aproveitamento das novas tecnologias e dos contratos internacionais. Os tribunais superiores de ambos os países têm se mantido fiéis aos ideais das nossas constituições; e talvez seja possível afirmar que a liberdade, igualdade e fraternidade são os princípios necessários para se alcançar a ordem e o progresso.⁸ É isso o que os tribunais querem. Conclui-se que a arbitragem é, em ambos os países, um meio de solução eficiente e rápido, que assegura o desenvolvimento e o aprimoramento da Justiça e da pacificação social.

de change, la violation ne serait plus due à la procédure d'arbitrage, mais plutôt au fond de la décision, du fait d'être la même. Dans ce cas, la sentence arbitrale est attentatoire à l'ordre public. C'est pourquoi, l'opposition à l'ordre public est une question qui doit être examinée au sein de la jurisprudence constructive du STJ, afin de vérifier si l'homologation viole ou non les principes fondamentaux de notre législation tels que l'enrichissement sans cause et l'impartialité. L'ouverture offerte au STJ et à la jurisprudence par cet arrêt doit être vue avec prudence, de même que par la jurisprudence française. La question est de savoir s'il serait possible d'adapter la décision en la réduisant de façon à se conformer au plan dimensionnel. J'estime que le droit doit être pragmatique et qu'il veut rendre justice.

En réalité, l'ordre public est dynamique, de la même manière que la législation en soi même.

Enracinés dans la même culture, la France et le Brésil intensifient leur collaboration internationale, selon la forme et l'esprit de la Convention de New York, aux fins de construire une nouvelle mondialisation plus juste et plus humaine, en tirant profit des nouvelles technologies et des contrats internationaux. Les tribunaux supérieurs des deux pays sont restés fidèles aux idéaux de nos Constitutions. Et il est peut-être possible d'affirmer que la liberté, l'égalité et la fraternité sont les principes nécessaires pour atteindre l'ordre et le progrès.⁸ C'est ce que désirent les tribunaux. Il y a donc

⁸ CLAY, Thomas. "A sede da arbitragem internacional: entre 'ordem' e 'progresso'", Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 17, p. 37-56, jan./mar. 2008.

⁸ CLAY, Thomas. "A sede da arbitragem internacional: entre 'ordem' e 'progresso'", Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre, n. 17, p. 37-56, jan./mar. 2008.

lieu de conclure que l'arbitrage est, dans les deux pays, un moyen de solution efficace et rapide, susceptible d'assurer le développement et le perfectionnement de la justice et de la pacification sociale.

