RAFAEL AUGUSTO FIRAKOWSKI CRUZ

**ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL E ORDEM PÚBLICA
PROCEDIMENTAL**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Profº Dr. Paulo Roberto
Ribeiro Nalin**

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL AUGUSTO FIRAKOWSKI CRUZ

ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL E ORDEM PÚBLICA PROCEDIMENTAL

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Departamento de Direito Civil, UFPR

Prof. Rodrigo Xavier Leonardo

Departamento de Direito Civil, UFPR

Prof^a. Patrícia Schneider

Departamento de Direito Civil, PUC-PR

Curitiba, 29 de Setembro de 2006

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – ARBITRAGEM	4
SEÇÃO I – NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	5
§ 1º. Função Jurisdicional	7
§ 2º. Autonomia da Vontade das Partes	10
SEÇÃO II – PROCEDIMENTO ARBITRAL	12
§ 1º. Arbitragem <i>Ad Hoc</i> e Arbitragem Institucional	14
CAPÍTULO II – INTERFERÊNCIA DA ORDEM PÚBLICA NA ARBITRAGEM E NO SEU PROCEDIMENTO	16
SEÇÃO I – DA ORDEM PÚBLICA	16
§ 1º. Interesse Público e Interesse Privado	17
§ 2º. Conceituação de Ordem Pública em Aplicação Internacional	20
§ 3º. Artigos de Lei e a Ordem Pública	23
SEÇÃO II – DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL	26
§ 1º. Ordem Pública Procedimental Transnacional	28
§ 2º. Princípios de Ordem Pública Processual	32
A. Direito a Tratamento Iguatário	34
B. Direito de Cada Parte Apresentar seu Caso	36
§ 3º. Os limites na arbitragem de eqüidade.	39
CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA	45
ANEXOS	50

RESUMO

Em face da evolução que a arbitragem vem tendo no direito brasileiro, é importante que seja feito um estudo não somente da arbitragem no Brasil, e na forma como ela vem evoluindo, mas analisar na doutrina e jurisprudência internacional os problemas que as nações mais evoluídas na matéria vêm tendo com relação ao instituto na prática. Um dos principais problemas é a limitação imposta pela ordem pública, que restringe a liberdade da autonomia da vontade, que é um dos dois pilares da natureza jurídica da arbitragem. Essa limitação se encontra em todos os aspectos da arbitragem, desde a elaboração da convenção de arbitragem até a homologação e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, mas tem um aspecto especialmente peculiar na definição do procedimento arbitral a ser adotado pelas partes e pelo árbitro. As restrições impostas pela ordem pública ao procedimento devem ser verificadas pelo árbitro não em um momento específico, mas em todo e qualquer ato relacionado à arbitragem, sob pena de não dar uma sentença arbitral exeqüível. O grande problema da limitação de ordem pública ao procedimento arbitral é saber à quais princípios o árbitro deve respeito, visto que nas arbitragens internas tais princípios não se encontram todos positivados nas leis, e nas arbitragens internacionais não há lei em que se possa encontrá-los. No aspecto das arbitragens internacionais, portanto, é fundamental o estudo do papel da ordem pública transnacional. Dessa forma é que se entende que as limitações impostas pela ordem pública procedimental partem de critérios subjetivos, que merecem melhor aprofundamento.

INTRODUÇÃO

A arbitragem sempre esteve presente no Brasil, desde os idos do Império, porém nunca foi um método de solução de controvérsias muito utilizado, ao contrário do que se enxergava em muitos países fora da América Latina. Por este motivo é que este instituto além de desconhecido para a grande parte da população brasileira, não tem lugar de destaque no estudo mesmo entre os profissionais do Direito.

A importância da arbitragem muitas vezes é questionada, tendo em vista a existência do poder judiciário regulado pelo Estado. A resposta a esta questão parece ter sido bem definida por Serge Lazareff, colocando que “a resposta me é evidente, é que queremos ser julgados por qualquer um que não é somente ativista do direito, mas que conhece além disso, os negócios, suas leis, seus usos, pois a moral do comércio existe. É diferente da moral *tout court*. E é certo que não se pode realizar grandes contratos, grandes negócios, aplicando regras muito estritas.”¹

Essa é uma das principais qualidades da arbitragem, ou seja, poderem as partes ser julgadas por alguém em quem elas confiem, e por alguém que efetivamente conheça do assunto que se está tratando, da matéria da controvérsia surgida. Outra vantagem comum aos procedimentos é a celeridade em comparação a um processo judicial comum.

Porém, como todo instituto no Direito, a arbitragem tem seus problemas. Um dos motivos que mais gera desconfiança quanto ao uso da arbitragem no Brasil, mesmo depois da promulgação da lei e da confirmação de sua constitucionalidade, é o fato de que a arbitragem é o “campo da liberdade”, onde a autonomia privada tem forte atuação, isolando de certa forma o alto grau de segurança jurídica que o Estado fornece.

¹ Serge Lazareff. Le respect du contrat, **Revue de l'arbitrage** n. 2. Paris: 1984. p. 200.

Exemplo dessa autonomia das partes é, por exemplo, a escolha dos árbitros pelas partes, a escolha do direito aplicável, ou mesmo a escolha da não-aplicação de direito positivo algum (no caso da arbitragem em equidade). Nesse viés é que entra a aplicação dos princípios de ordem pública, que se impõem como um limite à liberdade, ao poder que se dá ao árbitro de decidir o conflito conforme seu entendimento de justiça, para que essa característica inerente à arbitragem não se abra como possibilidade de tomada de atitudes infundadas e arbitrárias por parte do árbitro. Encontra-se o árbitro obrigado, no Brasil, por exemplo, como nos traz a Lei 9.307/1996 em seu artigo 21 § 2º, a obedecer aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

E não somente dentro do Brasil, em virtude da Lei, que se aplicam os princípios de ordem pública. Constata-se que a noção de ordem pública encontra-se, em geral, em todos os ordenamentos jurídicos e instrumentos internacionais aplicáveis à arbitragem internacional. Nesse sentido é que a verificação dos princípios de ordem pública encontra-se no cerne das preocupações das partes e dos árbitros em um litígio internacional, visando à adequação do procedimento não a um sistema jurídico em especial, e sim a todos os ordenamentos possivelmente envolvidos, ou seja, visando o acolhimento da sentença arbitral nesses sistemas jurídicos.

Essa preocupação que devem ter os árbitros com a ordem pública procedimental é fundamental, visto que não possuem, tanto em arbitragens institucionais quanto em arbitragens *ad hoc*, regras básicas de procedimento, e portanto estão sujeitas à, em posterior análise do judiciário, terem violando algum preceito fundamental a que as partes tem direito.

A esse objeto que se direciona o presente estudo, a determinar o caminho que o árbitro deve seguir para que se tenha um procedimento arbitral saudável, em violação á ordem pública. Para isso, é necessário que se analise o instituto da arbitragem como campo de liberdade das partes, e da ordem pública, como

limitadora dessa liberdade, para posteriormente definir-se a existência de preceitos gerais aplicáveis aos procedimentos arbitrais.

CAPÍTULO I – ARBITRAGEM

A arbitragem é conhecida normalmente como um método alternativo de solução de controvérsias. Alternativo, pois se apresenta como uma opção à quem não deseja se valer do Poder Judiciário para a solução de seus conflitos, seja pela morosidade, seja por serem partes de países diferentes, ou por qualquer outro motivo.

De forma resumida, a arbitragem seria uma técnica através da qual terceiros indicados pelas partes, que possuam a sua confiança para atuarem como intermediários no litígio, solucionam-no de acordo com as normas determinadas pelas mesmas partes. Apesar de a arbitragem ser uma opção alternativa, essa qualidade não retira o caráter obrigatório e da solução apresentada pelos terceiros indicados, a qual vincula as partes ao seu cumprimento.

Irineu Strenger, entre os doutrinadores nacionais, traz uma definição mais complexa de arbitragem. Entende o doutrinador que a “arbitragem é instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais”².

Ainda na doutrina brasileira, encontramos importante definição apresentada por João Bosco Lee e Clávio de Melo Valença Filho, através da qual “a arbitragem é a instituição pela qual um terceiro resolve o litígio que opõem duas ou mais partes, exercendo a missão jurisdicional que lhe é concedida pelas partes.”³

² STRENGER, Irineu, Comentários à lei brasileira de arbitragem, São Paulo : LTR, 1998. p.17.

³ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. A arbitragem do Brasil. 1ª ed. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília: 2001. p. 19.

Já na doutrina internacional, Philippe Fouchard apresenta uma definição mais clássica de arbitragem, trazendo que “pela arbitragem, as partes convêm submeter o litígio ao julgamento de particulares que elas escolheram”⁴.

Após esta breve introdução acerca deste instituto alternativo de solução de controvérsias, é importante que se sejam alguns comentários acerca da natureza jurídica do mesmo.

SEÇÃO I – NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

A natureza jurídica da arbitragem, embora não seja um tema completamente pacífico na doutrina, possui uma corrente majoritária, seguida por este estudo, que entende a arbitragem como tendo uma natureza mista, ou seja, convencional e jurisdicional em sua essência.

Jacob Dolinger nos apresenta 4 diferentes teorias para analisar a natureza jurídica da arbitragem⁵, quais sejam,

- (i) a teoria jurisdicional (a atuação do árbitro é comparada ao do juiz no exercício da jurisdição, declarando o direito e decidindo a lide, e embora nomeado pelas partes, seus poderes decorrem da lei, que permite o exercício privado do poder jurisdicional);
- (ii) teoria contratual (a jurisdição é monopólio do Estado e manifestação da soberania, indelegável aos particulares, e a arbitragem na verdade é um contrato oriundo única e

⁴ «*Par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent* » FOUCHARD, Ph., *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, n° 11. Esta citação foi retirada de FOUCHARD, Philippe ; GAILLARD, Emmanuel ; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris : Litec, 1996. n° 7.

⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado : arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2003. p 96.

- exclusivamente da vontade das partes, exercendo o árbitro seus poderes em razão do contrato);
- (iii) teoria mista (efetivamente a arbitragem decorre de um contrato, mas no qual as partes constituem um julgador privado para o seu litígio que exerce poderes jurisdicionais reconhecidos pelo Estado e cuja decisão possui coercibilidade para as partes, constituindo título executivo judicial);
 - (iv) teoria autônoma (tratando-se de arbitragem internacional, que tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação a um sistema jurídico nacional, trata-se a decisão arbitral de ato autônomo não vinculado a qualquer jurisdição).

O autor aparenta se filiar à esta última corrente.

Alexandre Freitas Câmara apresenta uma teoria um pouco mais publicista, que aponta para a existência de duas correntes, uma privatista e uma jurisdicional. O autor critica a ambas, vendo, por exemplo, a função do árbitro como uma função pública⁶.

Para este estudo, adotar-se-á a natureza mista da arbitragem apresentada por Charles Jarrosson⁷, e defendida no Brasil por João Bosco Lee, Sebastião José Roque, Luiz Olavo Baptista, entre outros, e diferente, portanto, da teoria mista apresentada por Dolinger. Essa teoria traz uma idéia de arbitragem, tanto interna quando internacional, possuindo essencialmente duas características, melhor dizendo, dois elementos essenciais, quais sejam, a autonomia da vontade das partes, como elemento contratual, e a função jurisdicional do árbitro. Nesse sentido,

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem Lei 9.307/96. 4 ed. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2005. p. 11.

⁷ JARROSSON, Ch., La notion d'arbitrage, Paris : LGDJ, 1987. p 5.

tem-se que a natureza da arbitragem é mista, posto ser “convencional por sua origem e jurisdicional por sua função”⁸.

§ 1º. Função Jurisdicional

Decorrente da atividade jurisdicional prestada pelo árbitro ocorrem confusões entre sua função e sua origem. Considerando que a origem da arbitragem é privada, ou seja, convencional nos termos de Sebastião José Roque, entende-se que nada que lhe diga respeito é responsabilidade do estado, nem os custos, nem as partes, nem os árbitros. Ela surge do acordo de vontade das partes, sendo nesse sentido uma jurisdição privada convencional.

Ainda, a origem consensual da arbitragem traz em si a característica de ser uma consequência da própria vontade dos contratantes e de se fazer valer somente entre estes, ao contrário da jurisdição estatal, que por ser uma aplicação direta do monopólio do Estado em regulamentar a relação inter-pessoal, impõe regras de vinculação à todos, através da autoridade, do poder e da soberania.

Acerca da função jurisdicional do árbitro, vemos na doutrina a necessidade de existência de 3 elementos, quais sejam:

“É necessária uma pretensão, ou seja a reivindicação de um resultado econômico ou social correspondente ao benefício de uma regra de direito; é necessária a constatação da coincidência, ou de falta de coincidência, entre o fundamento de fato desta reivindicação e os elementos necessários à concessão deste benefício; e é necessário que esta constatação seja feita por um órgão juridicamente habilitado à assim proceder.”⁹

⁸ ROQUE, S.J., Arbitragem. A solução viável, São Paulo : Ícone, 1997. p. 17.

⁹ "Il faut une prétention c'est-à-dire la revendication d'un résultat économique ou social correspondant au bénéfice d'une règle de droit; il faut la constatation de la coïncidence, ou de l'absence de coïncidence, entre le fondement de fait de cette revendication et les éléments nécessaires à l'octroi de ce bénéfice ; et il faut que cette constatation soit faite par un organe

Para este estudo, adotar-se-á linha defendida por Philippe Fouchard, na qual são necessários não os três elementos mencionados, e sim dois, quais sejam, que a decisão apresentada obrigue as partes e que a decisão do árbitro resolva uma controvérsia¹⁰.

O fato de ser uma decisão apresentada por um terceiro que vincule e obrigue as partes faz com que a arbitragem se diferencie de outros procedimentos que possuem a intervenção de um terceiro na solução do litígio, nos quais não há essa obrigatoriedade de cumprimento às partes.

É o caso, por exemplo, da mediação e conciliação. Nestas, a função do terceiro é a de aproximar as partes, a de auxiliar na tentativa de um acordo entre elas. Não tem o mediador, nem o conciliador, o poder de impor uma decisão às partes. Outra intervenção feita por terceiro na solução de um litígio é a apresentada por um arbitrador, ou seja, um terceiro que “não decide a controvérsia entre as partes, resolvendo-se sua atividade apenas na eliminação de um contraste de opiniões, colaborando para a formação de um negócio jurídico”.¹¹

Já no tocante ao outro aspecto, o que diz respeito à necessidade que a decisão do árbitro resolva efetivamente a controvérsia, tem-se ser aí que reside definitivamente a função jurisdicional do árbitro. Este terceiro escolhido pelas partes deve ter o poder de decidir a controvérsia de forma definitiva e vinculativa às partes. Esse poder é necessário para equiparar as funções do juiz estatal com as do árbitro, razão pela qual a sentença proferida em um procedimento arbitral tem mesma validade no âmbito do Direito quanto á proferida pelo juiz estatal.¹²

juridiquement habilité à y procéder." MOTULSKY, H., *Écrits et notes sur l'arbitrage*. **Écrits**, t. II, prefácio de B. Goldman, Ph. Fouchard. Paris : Dalloz, 1974. p. 6.

¹⁰ "Pour caractériser le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, deux éléments son nécessaires: il faut que la décision rendue s'impose aux parties ; il faut em second lieu qu'elle tranche une contestation." FOUCHARD, Philippe ; GAILLARD, Emmanuel ; GOLDMAN, Berthold. *Op cit.* n° 14.

¹¹ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo : um comentário à Lei 9.307/96*, 2 ed. São Paulo : Ed. Atlas, 2004. p. 200.

¹² Art. 475-N do Código de Processo Civil: São títulos executivos judiciais:

Corroborando com o entendimento de ser função do juiz resolver a controvérsia é que se tem na Convenção de Nova York de 1958, por exemplo, a previsão de que a convenção se aplica à execução de sentenças arbitrais estrangeiras “oriundas de divergências entre as pessoas”¹³. A própria lei brasileira de arbitragem, ainda que não dê um conceito do instituto, coloca que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.¹⁴

Definido o posicionamento da função jurisdicional, parte-se agora para o estudo da outra característica além da atividade jurisdicional do árbitro, qual seja, a autonomia da vontade das partes. Tem-se que este é o elemento que efetivamente importa neste estudo, ou seja, é este o elemento cujos limites impostos pela ordem pública são os que mais interferem no procedimento arbitral.

Ainda que a ordem pública se apresente como um limite também à atividade jurisdicional do árbitro, por ele estar, por exemplo, obrigado dentro do Brasil, assim como de quaisquer demais países, a cumprir estes preceitos de ordem pública de cada Estado, ela se apresenta como um limite à autonomia da vontade das partes em definir qual procedimento arbitral será seguido por eles, à quais normas procedimentais estarão os árbitros vinculados, posto ser decisão das partes estas normas procedimentais.

Ora, considerando que segundo o preceito da arbitragem as partes têm total liberdade para definir todos os aspectos atinentes ao procedimento arbitral (entre eles a escolha dos árbitros, a determinação das regras aplicáveis ao procedimento, o direito aplicável ao mérito do litígio, o idioma e a sede da arbitragem e o prazo conferido aos árbitros para apresentar a sentença), a ordem pública aparece, neste viés, como um limite imposto à liberdade dada a essas partes.

IV – a sentença arbitral;

¹³ Tradução e decreto que ratificou essa convenção podem ser encontrados no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2002/D4311.htm (acesso em 21/08/2006).

¹⁴ Art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem, Lei 9.307/1996.

Anteriormente à análise propriamente dita desta interferência do instituto da ordem pública e na autonomia das partes e, por conseguinte, no procedimento arbitral, é importante que se faça um breve estudo acerca do princípio da autonomia da vontade de um modo geral e mais especificamente na arbitragem.

§2º. Autonomia da Vontade das Partes

A autonomia da vontade é um dos princípios básicos e fundamentais do direito das obrigações, e se apresenta como corolário do direito fundamental da liberdade, na medida em que as partes são livres para pactuarem sobre qualquer objeto da forma como desejarem desde que respeitados limites mínimos impostos pela legislação.

Entende-se que o princípio da autonomia de vontade está intimamente ligado à liberdade de contratar, sendo esta o poder conferido às partes, e suscitar os efeitos que pretendem sem que uma lei imponha seus preceitos, ou seja, em decorrência desse princípio, acima de tudo, vale a vontade das partes e o que por elas foi convencionado¹⁵.

Relaciona-se diretamente, agora com uma visão mais voltada ao âmbito contratual, com o princípio do *pacta sunt servanda*, no sentido que por serem as partes livres para pactuarem o que quiserem, e da forma como entenderem melhor, encontram-se elas vinculadas a esse compromisso firmado, sob pena de intervenção estatal para obrigar esse cumprimento.

Essa relação traz em si não apenas uma correlação entre os princípios, mas um caráter vinculativo entre a autonomia da vontade e o princípio da *pacta sunt servanda*, pois a autonomia da vontade só existe se as partes têm a certeza que o pactuado por elas será realmente cumprido.

¹⁵ MOCELIN, Priscilla, Boa-fé e a autonomia da vontade no Novo Código Civil, **Direitonet**, 23/05/2003. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/textos/x/33/88/338/> >, Último acesso em 31/08/2006.

Aplicando o princípio no âmbito arbitral, tem-se que a autonomia da vontade é um princípio fundamental, e se encontra no cerne do instituto da arbitragem. João Bosco Lee e Clávio Valença Filho tratam da autonomia da vontade como fundamento da arbitragem, encontrando-se este, portanto onipresente neste instituto¹⁶.

Nesse sentido é que se entende que a lei de arbitragem corrobora com este entendimento ao afirmar, em seu artigo 1º, que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios. Essa possibilidade aberta às partes escancara o princípio da autonomia da vontade, por se tratar de um instituto facultativo às partes, que ao entenderem ser melhor a utilização deste instituto sobre a via estatal, assim o farão.

O próprio poder de julgar dos árbitros nasce de um acordo de vontades¹⁷, reafirmando ser fundamental o princípio da autonomia da vontade. A lei brasileira de arbitragem traz exemplos expressos do que as partes podem fazer, em virtude da autonomia da vontade, em vários de seus artigos, quais sejam, os art. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 8º, 9º, 11, 13 e 23.

Porém, como já informado anteriormente, essa autonomia da vontade possui certos limites. Ainda que estes limites sejam mínimos em face de toda a gama contratual que as partes podem estipular, são importantes na medida em que limitam essa liberdade das partes.

Em um procedimento arbitral o respeito à esses limites deve sempre ser verificado, pois em havendo qualquer desrespeito a esses limites mínimos impostos poderá a sentença ser considerada nula, por exemplo, e portanto inexecutável pela parte vencedora. A lei brasileira de arbitragem traz, em seu artigo 21 § 2º, princípios procedimentais que deverão ser sempre respeitados pelas partes e pelos árbitros no procedimento, os quais serão objetos de estudo em seguida.

¹⁶ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *Op cit.* p. 21

¹⁷ FOUCARD, Philippe ; GAILLARD, Emmanuel ; GOLDMAN, Berthold, *Op. cit.* p. 33.

A definição do procedimento arbitral pode ser feita de duas maneiras à escolha das partes, ou seja, pode ser a chamada arbitragem institucional ou a arbitragem *ad hoc*, conforme será melhor exposto.

SEÇÃO II – PROCEDIMENTO ARBITRAL

Uma arbitragem pode ser conduzida de várias formas, tendo em vista que as partes são responsáveis por determinar as suas regras procedimentais. Não existem regras fixas de procedimento, ao contrário da jurisdição estatal, onde o juiz e as regras são determinadas pelo estado, e devem ser obedecidos. Em um procedimento arbitral, o que deve ser obedecida é a vontade das partes.

A legislação brasileira traz a previsão das partes como geradoras do procedimento arbitral em seu artigo 21¹⁸. Outra legislação em vigor no Brasil que traz essa previsão é a do Protocolo de Genebra de 1923¹⁹, que nos fala que o “procedimento arbitral, incluído aí a constituição do tribunal arbitral, será determinado pela vontade das partes...”.

Assim o é não somente no Brasil, sendo de igual forma no direito comparado internacional e também no Mercosul. Neste sentido, João Bosco Lee coloca que:

O princípio que determina que as partes podem escolher as regras aplicáveis ao procedimento é largamente aceito no direito comparado. O direito da arbitragem dos países do Mercosul se alinha com esta posição. (...) Assim, as partes não podem ou determinar elas mesmas as regras processuais, ou fazer referência a um regulamento de arbitragem, ou ainda, a uma lei estatal.²⁰

¹⁸ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

¹⁹ Tradução e decreto que ratificou essa convenção podem ser encontrados no site <http://www2.mre.gov.br/dai/arbitra001.htm> (acesso em 31/08/2006).

¹⁹ Art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem, Lei 9.307/1996.

²⁰ LEE, João Bosco. Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul. 1 ed.. Curitiba : Ed. Juruá, 2003. p. 146

Os árbitros se encontram vinculados à vontade das partes em face do caráter contratual da arbitragem, visto que “o que é claro é que o tribunal arbitral deve conduzir a arbitragem de acordo com as solicitações razoáveis das partes. Se falhar na realização destas, sua sentença pode ser colocada de lado ou ter seu reconhecimento e execução recusados.”²¹

Algumas obrigações podem ser impostas pelas partes aos árbitros, obrigações estas que podem ser impostas antes mesmo da nomeação dos mesmos, em convenção arbitral, por exemplo, ou ainda durante o procedimento.

As funções do árbitro são, dessa forma, estabelecidas pelas partes, conforme nos mostra Irineu Strenger, colocando que “com efeito, em um procedimento de natureza largamente contratual, o poder do árbitro variará com os que – nos limites de sua própria liberdade – as partes lhe conferiram ou não.”²²

Se as partes determinarem obrigações aos árbitros antes da nomeação dos mesmos, se encontram eles obrigados a verificar a que obrigações encontrar-se-ão vinculados antes de aceitar a nomeação, tendo em vista o caráter contratual existente entre os árbitros e as partes. Um exemplo claro é no caso das partes terem determinado que o árbitro apresente a sentença arbitral em um prazo de 1 mês a partir da constituição do tribunal. Se o árbitro não achar razoável esse prazo, e não for possível uma modificação por acordo com as partes, deve ele declinar da nomeação.

Já no que diz respeito à alterações feitas no decorrer do procedimento, o correto é que as partes só determinem essa obrigação após consulta feita ao

²¹ *What is clear is that an arbitral tribunal must conduct the arbitration in accordance with the reasonable requirements of the parties. If it fails to do so, its award may be set aside or refused recognition and enforcement.* REDFERN, Alan ; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres : Sweet & Maxwell, 1986. p 223.

²² STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo : TLR, 1996. p 67.

tribunal. Se por acaso as partes determinarem algo a que um árbitro não se sujeitará, deverá o árbitro então se desligar de suas funções.

É claro que esta liberdade que as partes têm de determinar o procedimento arbitral à que se sujeitarão não está completamente irrestrita, conforme já exposto, tendo em vista que ela se limita pelas normas imperativas, e ainda pela ordem pública, objeto do presente estudo.

Desta forma, tem-se que o procedimento arbitral pode ser regulado pelas partes, a chamada arbitragem *ad hoc*, ou ainda pode ser regulado por uma instituição na chamada arbitragem institucional, previsão esta que se encontra no artigo 5º da Lei 9.307/1996.

§ 1º. Arbitragem *Ad Hoc* e Arbitragem Institucional

Arbitragens institucionais e *Ad Hoc* são modos distintos de se desenrolar um procedimento arbitral. A chamada arbitragem institucional ocorre quando as partes escolhem uma instituição²³ que será responsável não por julgar seu conflito, e sim para administrar o procedimento arbitral. É importante deixar claro que a instituição escolhida não irá de forma alguma interferir na solução da controvérsia, e sim aplicar suas regras procedimentais à arbitragem, de maneira à auxiliar os serviços do árbitro, enquanto o responsável pela solução da controvérsia é o árbitro escolhido pelas partes, que pode ou não constar do quadro de árbitros da Câmara escolhida.

A arbitragem *ad hoc* é assim chamada quando para a arbitragem as partes escolhem suas regras, determinam o procedimento a ser utilizado pelos árbitros e de que forma se dará cada etapa. As partes podem definir ainda a utilização das regras

²³ Existem diversas instituições nacionais e internacionais que administram procedimentos. Entre elas destacam-se internacionalmente os Tribunais Arbitrais da CCI (Chambre de Commerce International) em Paris, da americana AAA (American Arbitration Association) e do ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), e no Brasil da Camarb (Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil), da CCBC (Câmara de Comércio Brasil-Canadá) e, em Curitiba, da Arbitac (Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Paraná).

de uma instituição, sem que esta participe do procedimento, alterando destas regras o que julgarem mais interessante à elas.

Assim, “podem as partes nomear como árbitros Caio, Tício e Sempronio, determinando-lhes que apliquem as regras do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, mesmo que este órgão não esteja administrando a arbitragem, de tal sorte que a escolha de regras institucionais não implica necessariamente a escolha de arbitragem institucional.”²⁴

Uma das principais vantagens trazidas pela arbitragem institucional é quando uma das partes não deseja mais a utilização da arbitragem, ainda que tenha firmado convenção de arbitragem. Tendo escolhido a utilização de uma instituição, esta será responsável pela nomeação dos árbitros em caso de não nomeação pelas partes, e será responsável pelo correto andamento do processo com apenas uma das partes, com a revelia da outra, enquanto traz como desvantagem a tendência de ser mais cara. Algumas vezes ainda o tempo exíguo de algumas regras institucionais pode prejudicar as partes²⁵.

A principal vantagem da escolha por um procedimento de arbitragem *ad hoc* é a flexibilidade que este instituto permite às partes, de definir a melhor forma para elas de movimentar o procedimento, enquanto ao mesmo tempo depende mais de uma cooperação das partes para o bom andamento, visto que a desobediência só poderá ser resolvida através da movimentação do Poder Judiciário estatal, movimentação indesejada pelas partes desde a escolha da arbitragem como seu meio de solução de controvérsias.²⁶

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Op cit* p. 249

²⁵ REDFERN, Alan ; HUNTER, Martin. *Op cit*. p 39.

²⁶ Sobre as vantagens e desvantagens das arbitragens institucionais e *ad hoc* ler excelente artigo de Pierre Lalive “Avantages et Inconvénients de l’arbitrage *Ad Hoc*”, publicado no livro *Études Offertes à Pierre Bellet*, Paris : Litec, 1991.

CAPÍTULO II – INTERFERÊNCIA DA ORDEM PÚBLICA NA ARBITRAGEM E NO SEU PROCEDIMENTO

SEÇÃO I – DA ORDEM PÚBLICA

Parece pertinente, antes mesmo de tecer considerações acerca da ordem pública, e de sua correlação com o procedimento arbitral, apresentar uma distinção entre a ordem pública e a ordem privada. Essa distinção parece restar bem esclarecida nos dizeres de Carlos Maximiliano, colocando que

"toda disposição, ainda que ampare um direito individual, atende também, embora indiretamente, ao interesse público; (...) A distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial. Os limites de uma e de outra espécie têm algo de impreciso; os juristas guiam-se, em toda parte, menos pelas definições do que pela enumeração paulatinamente oferecida pela jurisprudência. Quando, apesar de todo esforço de pesquisa e de lógica, ainda persiste razoável, séria dúvida sobre ser uma disposição de ordem pública ou de ordem privada, opta-se pela última; porque esta é a regra, aquela, a limitadora do direito sobre as coisas, etc., a exceção." ²⁷

Ora, conforme colocado com propriedade por Carlos Maximiliano, a regra é a proteção do direito individual do cidadão, ou seja, das disposições provenientes de sua ordem privada. No regime jurídico em que vivemos, nunca se pode esquecer que a regra, conforme exposto, é a proteção destas liberdades individuais, e nunca o contrário.

Assim, tem a arbitragem sua base nesta liberdade protegida das partes. Elas podem optar pela arbitragem, e determinar as suas regras em detrimento das regras

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos, 1.957. pp. 269 e seguintes.

fixas, e das leis aplicáveis, na jurisdição estatal. Já a ordem pública, conforme já exposto, surge como limitação à esta liberdade, aparece como obstáculo à essa autonomia da vontade.

Antes de tratar propriamente deste tema é importante que se apresente uma definição de interesse público, e sua colocação em face de um interesse privado, visto estar essa dicotomia inserta no centro da discussão acerca da prevalência da ordem pública sobre algumas liberdades individuais.

§ 1º. Interesse Público e Interesse Privado

Interesse público tem uma idéia inicial de proteção aos interesses da sociedade como um todo, dos cidadãos, embora essa definição simples mereça maiores detalhamentos.

Conforme se verifica na obra de Marçal Justen Filho²⁸, existem várias formas de se tentar definir o interesse público. Uma delas, a mais simples, seria a se somarem todos os interesses privados unânimes, e estes comporiam o interesse público, modelo falho pois uma pessoa que pense diferentemente quebra com a idéia.

Outra possibilidade seria a de se adotar a soma dos interesses privados da maioria da sociedade, o que geraria o negativo efeito da desconsideração dos interesses das minorias. Também seria possível se pensar em transformar todos os interesses privados como públicos, o que é, claramente, impossível e inviável, dando completa autonomia a todos para que façam o que bem entenderem. Ou ainda, transformar em interesse público todos os interesses comuns da sociedade, o que é inviável, pois existem interesses que ao direito não são relevantes, ao que o Prof. Marçal Justen dá o exemplo do futebol ao povo brasileiro.²⁹

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.* p 41.

Outra possibilidade levantada seria a de que fossem tomados os interesses privados em 2 categorias, quais sejam: (i) os interesses privados e particulares de conotação egoística, e (ii) os interesses privados que compõem interesses de toda a população, visando o bem estar coletivo. Estes seriam entendidos como interesse público. Por esta teoria, somente modificar-se-ia a dificuldade do conceito de interesse público para o conceito de interesse privado não egoístico. Dessa forma, Justen finaliza seus estudos concluindo não haver “um conteúdo próprio para a expressão “interesse público”.”³⁰

Outra possibilidade levantada seria a de se tomarem o interesse público como completamente desvinculado dos interesses privados dos cidadãos. A essa teoria, Justen rejeita por sua “natureza antidemocrática”³¹.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello apresenta o interesse público da seguinte forma, “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade pelo simples fato de o serem”³².

Assim, entende-se interesse público como correspondente a uma proteção da coletividade, à proteção da vontade de todos, e que deve, portanto, prevalecer sobre o interesse privado das pessoas.

Dessa forma, entende-se que o objeto destinatário do ato da administração não é o indivíduo tomado como um singular, tomado como uma pessoa, mas sim todo o grupo social em que ele se encontra, com os interesses e as vontades tomadas como um todo, e não especificamente tomadas de cada cidadão. Essa busca se dá em torno do projeto ideal de um Estado visando o bem estar social.

Assim, através da evolução da idéia acima, e através da análise da expressão “interesse público”, chega-se ao princípio da supremacia do interesse

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.*p 42.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.*p 42.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p 51.

público, também chamado de, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “princípio da finalidade pública, onde se está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”³³.

Ou ainda, para Marçal Justen Filho, para quem “a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é em decorrência de sua supremacia”.³⁴

Explicita ainda Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

“em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: o Estado para atender as necessidades coletivas, visando resguardar a ordem pública e econômica, passou a revelar-se na interferência, no funcionamento e na propriedade das empresas que condicionam o uso da propriedade ao bem estar social; nas que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e as demais riquezas do subsolo; nas que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional”³⁵.

Dessa forma, e por este motivo, é que se entende que a limitação da autonomia da vontade, e em outros termos uma limitação à uma ordem privada, tem seu fundamento em prol do interesse maior, que é o interesse da coletividade. Não se concebe mais, como outrora, que o interesse público é a soma de todos os interesses pessoais e, portanto, na satisfação destes, estaria o verdadeiro interesse público.

Cabe ressaltar, mesmo que este apontamento não esteja ligado à evolução do raciocínio buscada nesse item, que não se deve confundir a supremacia do

³³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p 68.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, *Op cit.* p 36.

³⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Op cit.* p 69.

interesse público com o interesse do Estado ou ainda do agente exercendo uma função administrativa. Isto se deve ao fato que os interesses coletivos não estão limitados apenas a entes do Estado, mas inclui também os chamados de não estatais, os quais compreenderiam o chamado “terceiro setor” (e aí se encontra a supremacia do interesse público sobre o interesse privado).

Ainda, a diferença entre as figuras existe porque o agente não pode se prevalecer de uma conduta visando satisfazer seu próprio interesse, mas sim deve submeter-se a satisfação de uma generalidade de interesses da coletividade. Em suma, o direito não o faculta em cumprir ou não cumprir o interesse público, mas sim está ele vinculado à essa realização, restando assim desconsiderado de plano o seu próprio interesse pessoal.

Concluindo, entende-se que a supremacia deste interesse público possui sua importância não somente na proteção de todos cujo interesse público seria violado, mas também se entende que essa supremacia imposta pelo interesse público “é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada uma possam sentir-se garantidos e resguardados”³⁶.

O interesse público deve ser entendido como superior aos interesses individuais, e um interesse visando o bem-estar da coletividade, na proteção dos bens jurídicos tidos como fundamentais na concepção de um Estado que busca o bem estar social.

§ 2º. Conceituação de Ordem Pública em Aplicação Internacional

Quando se busca uma definição de ordem pública, seja na doutrina de direito internacional, quando de direito público, encontram-se os seus efeitos, as situações onde a mesma se aplica, a importância que ela tem, tanto dentro de um

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Op cit.* p 58.

ordenamento jurídico quanto no que diz respeito ao âmbito internacional, mas raramente um conceito exato.

A necessidade da observância dos limites impostos pela ordem pública na arbitragem decorre não somente da lei de arbitragem datada de 1996, mas também da Lei de Introdução ao Código Civil, que é aplicável à toda a matéria de Direito Internacional, e portanto dela podem-se também retirar idéias úteis à definição de ordem pública.

Inicialmente é importante perceber que o princípio de ordem pública é um princípio único, embora seja dotado de diferentes imagens de acordo com o ramo do direito, tratando-se de um só prisma com diferentes facetas³⁷, idéia esta compartilhada por diversos autores.³⁸

A ordem pública, enquanto idéia única, faria referência ao que seria “justo” segundo a concepção da sociedade como um todo, ao que seria o correto de acordo com o interesse da coletividade. Estes princípios existem para preservar, de acordo com Amílcar de Castro, “as condições normais que se deseja sejam conservadas por quantos tenham interesse de manter inalterada certa harmonia de situações reais e pessoais.”³⁹

É importante alertar, como já feito anteriormente, que a ordem pública é inteiramente dependente do local e da data em que se encontra. Nesse sentido, Jacob Dolinger aponta que “a noção de ordem pública não é idêntica de um país

³⁷ COSTA, José Augusto Fontoura ; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale, Ordem Pública na Lei n. 9.307/96, **Arbitragem : a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**, sob coordenação de Paulo Borba Casella. São Paulo : Ed. LtR, 1996, p 198.

³⁸ Acerca das posições da doutrina sobre a distinção entre as duas figuras, ler CALIXTO, Negi, Ordem Pública – exceção à eficácia do direito estrangeiro. Curitiba : Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987. p 41 a 45.

³⁹ CASTRO, Amílcar de, “Direito Internacional Privado”, 5ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro : 1995. p 273.

para o outro, de uma região para outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região.”⁴⁰

Neste sentido é que se entende que a noção de ordem pública não pode ter um conceito definindo especificamente seu conteúdo em um âmbito nacional, e muito menos em âmbito internacional, pois ela é uma noção aberta, e em constante mutação, devendo respeitar em cada caso as normas e princípios do local onde se potencialmente a ofendeu. Além do local, é importante sempre verificar que mesmo que o fato ofensor tenha ocorrido anos atrás, analisar-se-á a ofensa à ordem pública segundo a idéia que se tem dela hoje, e não a idéia que se tinha à época do fato.

Pelo exposto, entende-se que os princípios de ordem pública são princípios mais implícitos que explícitos. Ainda assim, é possível que se encontrem princípios norteadores, que auxiliem na localização destes princípios, ou seja, na tentativa encontrar dentro de cada ordenamento quais os princípios que estruturam o sistema, e que não podem, sob pena de desvirtuamento da sociedade como um todo, serem afastados.

Este entendimento pode ser encontrado através de um estudo de doutrina e jurisprudência, bem como através de seus usos e costumes. Assim, “a ordem pública, como instituto de direito internacional privado, compreende a presunção da necessidade de uma prévia pesquisa sobre a lei aplicável ao caso concreto e se esta ofende as normas da *lex fori*”⁴¹

Através da análise destes diferentes pontos, é possível a elaboração de um conceito de ordem pública, ou ao menos de uma aproximação. Para José Fontoura Costa, a ordem pública seria um “escudo protetor de concepções fundamentais de

⁴⁰ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado : Parte Geral. 8ª ed.. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2005. p 388.

⁴¹ SILVA, Luiz Alberto Souza e. Direito Internacional Privado (Lei de Introdução ao Código Civil). Rio de Janeiro : Ed. Lumen Júris , 2000. p 60.

justiça e moral, bem como garantidor da unidade das instituições do Estado e se seu bom relacionamento com os demais Estados.”⁴²

Jacob Dolinger não traz um conceito, pois explicita que o conceito de ordem pública é indefinível, e essa é a sua maior característica, mas apresenta uma aproximação, dizendo que “o princípio de ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado. E ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído”.⁴³

§ 3º. Artigos de Lei e a Ordem Pública

A ordem pública, conforme já exposto, tem sua aplicação constante, sem dependência de qualquer norma expressa. Não se faz necessária norma expressa nem prevendo a necessidade de observância da ordem pública, nem informando qual norma é de ordem pública.

A ordem pública não pode ser engessada, visto ser dependente do local e do tempo de aplicação das normas, e nem precisa ser explícita na lei, pois decorre da natureza do direito, tanto interno quanto internacional. Ainda assim, o legislador, em alguns momentos, achou por bem mencionar expressamente a obrigação de observância à ordem pública embora seja, reiterar-se, desnecessária a menção.

O primeiro exemplo, na ordem temporal, é a previsão trazida na Lei de Introdução ao Código Civil, a chamada LICC. Seu artigo 17 traz exatamente a previsão que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

⁴² COSTA, José Augusto Fontoura ; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale, *Op cit*, p 200.

⁴³ DOLLINGER, Jacob. *Op cit*. p 386

Ora, uma sentença arbitral estrangeira não deixa de ser uma sentença, bem como as decisões tomadas pelas partes, por exemplo, na escolha de um procedimento arbitral em arbitragens internacionais. Essas decisões, e a sentença arbitral estrangeira, só terão efeitos se não violarem a ordem pública, conforme expressa menção deste artigo 17 que, mencione-se, é uma previsão original da LICC, datada de 1942. Ou seja, desde 1942 já havia essa preocupação que hoje ainda tem sua importância.

Já tratando da lei de arbitragem a expressa menção do termo “ordem pública” encontra-se em seu artigo 2º. Este artigo, além de prever o respeito à ordem pública, ainda é o artigo que abre às partes a possibilidade de escolher como desejam que a arbitragem prossiga. Assim é a redação do artigo:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

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

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

Este § 1º do art. 2º da Lei Brasileira de Arbitragem traz que a escolha das regras de direito pelas partes, aplicáveis, portanto, à arbitragem, não pode violar os bons costumes e a ordem pública. A partir dessa previsão, percebe-se que, sob pena de nulidade de arbitragem nacional ou de não reconhecimento de sentença arbitral internacional, este limite à autonomia das partes deve ser obedecido.⁴⁴

Neste mesmo sentido, acerca da homologação de sentença arbitral internacional, a lei renova este entendimento, reforçando-o portanto, em seu artigo 39:

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

⁴⁴ COSTA, José Augusto Fontoura ; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale, *Op cit*, p 198.

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. 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.

No que diz respeito ao presente estudo, ou seja, acerca da aplicação de ordem pública na arbitragem, estes são os artigos de lei que efetivamente trazem expressa menção à este instituto da ordem pública. Cabe ainda a menção ao artigo 21, em seu § 2º, que, embora não traga o termo ordem pública positivado, o tem em seu conteúdo:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Novamente cabe aqui uma ressalva. O legislador nacional não tinha a obrigação de mencionar expressamente quais os princípios que deveriam ser sempre observados. Como já cansativamente exposto, os princípios de ordem pública, como estes, são de aplicação imediata, e independem de menção expressa.

Porém, para evitar maiores discussões, entendeu por bem o legislador a menção expressa a estes artigos, que devem ser sempre respeitados no procedimento arbitral, e é sobre estes princípios de ordem pública, que não podem ser afastados pela autonomia da vontade, que se tratará em seguida.

Não se pode deixar de mencionar a Convenção de Nova York⁴⁵. Por ter sido ratificada no Brasil, tem aplicabilidade como norma de direito interno. Esta convenção também traz enunciados de ordem pública, senão vejamos:

Artigo V: 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Essa convenção, que é a mais importante convenção sobre execução de sentença estrangeira do mundo, autoriza o país signatário a recusar reconhecimento e execução da sentença em caso de violação à ordem pública.

SEÇÃO II – DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

Conforme já exposto, entende-se que a arbitragem é o campo da liberdade, visto ser uma jurisdição privada de origem contratual, seus julgadores, ou a entidade, são de confiança e eleição das partes, dá a liberdade às partes de definir a aplicação de algum direito ao litígio, e se sim, definir qual. Além disso, ainda pode o procedimento arbitral ser livremente definido entre a arbitragem institucional ou *ad hoc*.

Esse campo da liberdade tem como limitadora a ordem pública, ou seja, ela se desenvolve dentro dos limites desta, visto que a ordem pública se situa como uma das maiores preocupações das partes e dos árbitros, tendo em vista a possibilidade de anulação de uma sentença arbitral. Quanto à aplicação da ordem pública na arbitragem, temos que, em arbitragem internacional, aplicam-se

⁴⁵ Convenção de Nova York, promulgada pelo Decreto 4.311/2002, cujo texto e tradução da Convenção se encontram em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2002/D4311.htm>. Último acesso em 17/09/2006.

os princípios gerais de direito e as regras internacionais do comércio, tornam-se inevitavelmente pertinentes considerações de ordem pública no tocante a pelo menos três ordens de problemas: **arbitrabilidade, regras de direito aplicáveis à solução do litígio e controle judicial da sentença arbitral**, subdividindo-se este último nos temas da anulação da sentença arbitral e do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira.⁴⁶

Como bem colocado por Ricardo Almeida, existem três momentos em que se deve verificar a aplicação da ordem pública são: na arbitrabilidade, nas regras de direito aplicáveis à solução do litígio e no controle judicial da sentença arbitral.

Em primeiro lugar, entende-se por arbitrabilidade quais são as matérias, os litígios, que podem ser resolvidos pela via arbitral. Entende-se que dentro desse conceito, as matérias arbitráveis dependem da patrimonialidade e da disponibilidade dos direitos. O primeiro critério, da patrimonialidade, entende-se como a “universalidade de bens e direitos que são passíveis de quantificação monetária”⁴⁷, enquanto o segundo critério, da disponibilidade, seria a “possibilidade qualitativa de alienação a qualquer título, de bens ou direitos individual ou coletivamente titulados”⁴⁸.

Alterando a ordem colocada, temos que é no controle judicial da sentença arbitral que se situam as possibilidades de anulação da sentença arbitral no caso de uma sentença nacional, ou nos casos de arbitragens internacionais, da homologação e reconhecimento destas sentenças.

Mas é no âmbito das regras aplicáveis a solução do litígio que se situa o objeto do presente estudo. As partes podem definir se desejam que alguma lei se aplique ao caso, ou ainda se desejam desvincular o árbitro de qualquer lei, dando a ele poderes de *amiable compositeur* (para julgar em equidade), e ainda de definir as regras que deverão ser respeitadas dentro do procedimento arbitral. Essas regras

⁴⁶ ALMEIDA, Marcelo Ramalho. Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública Procedimental. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2005. p 4.

⁴⁷ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da Arbitrabilidade, **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n.10, outubro-dezembro de 2000. São Paulo : RT, 2000. p. 363.

⁴⁸ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *Op cit* p. 363.

devem ser cuidadosamente verificadas, para evitar que posteriormente a todo o procedimento, a sentença do árbitro, maculada pela não verificação dos princípios de ordem pública no procedimento, seja anulada, desconsiderando-se assim toda a arbitragem.

O que se pôde perceber através do estudo do conceito de ordem pública é que ela não é uma regra de direito especificamente, positivada em um regimento, em um código, mas na verdade é um conjunto destas regras somado à princípios não positivados, a serem deduzidos no caso concreto. Por este motivo entende-se que se torna mais simples a tarefa de encontrar normas de ordem pública quando positivadas no ordenamento, enquanto é tarefa mais complicada a exatidão dos princípios de ordem pública não positivados.

Ocorre que em matéria de arbitragem internacional, não há artigos positivados. Embora se tenha a idéia de que possamos ter previsões positivadas de ordem pública nos países em que a sentença arbitral será homologada, há ainda uma idéia de ordem pública que se aplicaria a todo e qualquer procedimento arbitral em âmbito internacional, através da idéia de ordem pública procedimental transnacional.

§ 1º. Ordem Pública Procedimental Transnacional

Anteriormente à efetivamente tratar do assunto, parece pertinente introduzir o assunto conceitualmente.

Quanto ao termo ordem pública processual, tem-se que a linha de distinção entre esta e a ordem pública, chamada ainda de ordem pública substantiva, é tênue no sentido de se fazer uma distinção conceitual, visando que se apresentem exatamente os limites entre uma e outra. Porém, para o presente estudo, basta ter em mente que a ordem pública trata do mérito da sentença, enquanto a ordem pública procedimental se preocupa em como o tribunal alcançará essa sentença.

Em termos mais concretos, isto significa dizer que uma corte estatal, chamada para tratar da validade de uma sentença arbitral, seja em sede de anulação, ou em sede de homologação, estará diante de um problema de ordem pública no caso da corte se preocupar, por exemplo, se o juízo de valor, a decisão apresentada pelo tribunal arbitral na sentença violou normas de ordem pública.

Por outro lado, ela estará em face de um problema de ordem pública procedimental se houver alguma reclamação por parte do requerente acerca da apresentação de uma prova depois da audiência, ou acerca de fatos cuja defesa não foi proporcionada à outra parte. Ainda que a corte esteja obrigada a analisar a questão de mérito da sentença, o que se discute ali é a maneira como se chegou à ela, e não o entendimento dos árbitros quanto ao caso.

No mesmo sentido desta distinção, lê-se no Relatório da Comissão da Lei Modelo da UNCITRAL⁴⁹ para Arbitragem Comercial Internacional, que “ficou entendimento que o termo ‘ordem pública’, o qual foi usado na Convenção de Nova York 1958 e em outros vários tratados, cobre princípios fundamentais de lei e de justiça tanto em matéria substantiva quando procedimental”⁵⁰.

Outra recomendação, esta apresentada na Recomendação 1(c) do Relatório Final sobre Ordem Pública do Comitê em Arbitragem Internacional do ILA⁵¹, traz que:

A expressão ‘ordem pública internacional’ é usada nestas Recomendações para designar o corpo de princípios e regras reconhecidas por um Estado que, por sua natureza, podem barrar o reconhecimento e homologação de uma sentença arbitral apresentada no contexto da arbitragem internacional comercial quando o reconhecimento ou a homologação da dita sentença puder **envolver violação tanto no procedimento através do qual ela foi**

⁴⁹ UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas em Comércio Internacional (United Nations Commission on International Trade)

⁵⁰ “it was understood that the term ‘public policy’, which was used in the 1958 New York Convention and many other treaties, covered fundamental principles of law and justice in substantive as well as procedural respects.” MANTILLA-SERRANO, Fernando. Towards a Transnational Procedural Public Policy. *Arbitration International*, Vol. 20 No. 4. pp 333 – 353.

⁵¹ ILA - Associação de Direito Internacional (International Law Association).

apresentada (ordem pública internacional procedimental) ou sobre seu conteúdo (ordem pública internacional substantiva).⁵² (grifos nossos)

Já o termo transnacional implica algo diferente do termo internacional, visto ser este considerado como ‘entre as nações’, enquanto aquele deve ser entendido como uma idéia ‘além, sobre as nações’⁵³. Jacob Dolinger, citado por Jean-Baptiste Racine, define a ordem pública transnacional, que ele denomina como ordem pública “mundial”, dizendo ser “aquela que estabelece princípios universais, em vários campos do direito e das relações internacionais, para servir os interesses mais elevados da comunidade internacional, os interesses comuns da humanidade, acima e às vezes até mesmo, contrariamente aos interesses de nações específicas.”⁵⁴

Ainda que uma delimitação do termo transnacional não pareça estar clara na doutrina, o significado que parece mais lógico é o consenso. Quando a grande maioria das nações concorda (e se entende essa concordância como advinda de fontes tais quais convenções internacionais, leis nacionais, entre outras) em submeter seus procedimentos arbitrais aos mesmos princípios, pode-se afirmar que aí existe uma ordem pública procedimental transnacional.

Acerca das fontes de consenso de uma ordem pública transnacional, Ricardo Ramalho de Almeida, *apud* Jean-Baptiste Racine, coloca entre elas o *ius cogens*, no sentido do direito internacional público, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas (artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional

⁵² “the expression ‘international public policy’ is used in these Recommendations to designate the body of principles and rules recognized by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral award rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of said award would entail their violation on account either of the procedure pursuant to which it was rendered (procedural international public policy) or of its contents (substantive international public policy).” MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*

⁵³ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*

⁵⁴ “It is the one that establishes universal principles, in various fields of international law and relations, to serve the higher interests of the world community, the common interests of mankind, above and sometimes even contrary to the interests of individual nations.” RACINE, Jean-Baptiste. *L’Arbitrage Commercial International et l’Ordre Public*. Paris : LGDJ, 1997. p. 363

de Justiça de Haia), as recomendações e projetos de convenções internacionais, as medidas legítimas de retaliação e embargo, deliberadas por Organizações Internacionais; os princípios gerais do direito vigentes em diversos ordenamentos jurídicos nacionais; os “Princípios” da UNIDROIT; os usos e costumes do comércio internacional; e, por fim, os códigos de conduta profissional de origem privada.⁵⁵

O Brasil é um exemplo de país que escolheu por bem definir positivamente os princípios que não podem ser deixados de lado pelo julgador na sua Lei de Arbitragem, em seu artigo 21, § 2º. Reitera-se que em matéria de ordem pública os princípios positivados nunca podem ser vistos como um rol taxativo, como *numerus clausus*, e sim como um rol exemplificativo. Nunca se poderá dizer que um princípio não é de ordem pública por não se encontrar na lei.

De maneira sintética, a aplicação da ordem pública transnacional no procedimento arbitral visa assegurar a vigência dos princípios e preceitos ligados à idéia de devido processo legal. Esse respeito aos princípios é do interesse da comunidade internacional, e principalmente do comércio internacional, visto ser um importante aliado da segurança jurídica necessária para a confiança no instituto da arbitragem.

Essa preocupação também é partilhada por Orlando da Silva Neto. Segundo ele, o processo de evolução da arbitragem no Brasil tem tido por parte dos autores diversas opiniões, algumas que acabam por serem irracionais, passionais, mas que acabam gerando uma desconfiança em relação ao instituto. Nesse sentido, coloca que:

O estudo dos princípios processuais aplicáveis à arbitragem pode servir como um contrapeso na balança das paixões e emoções, pois sua correta aplicação é a melhor garantia que as partes podem ter no momento de sua participação no procedimento arbitral, assim como é instrumento útil para afastar todos os receios daqueles contrários à arbitragem,. Por outro lado, a observância destes princípios é a garantia de que não existirão injustiças por ocasião do desenrolar do procedimento arbitral, já que,

⁵⁵ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Op cit.* p. 210.

concretamente, a aplicação desses princípios é também a garantia da impossibilidade de “celeridade excessiva” e de “massificação” do procedimento arbitral.⁵⁶

Embora se tenha em mente, conforme exposto, que em matéria de arbitragem internacional os princípios de ordem pública procedimental estão vinculados à noção mais básica que se tem de devido processo, baseados nos princípios de igualdade e justiça⁵⁷, nunca se deve esquecer do papel fundamental que desempenham as legislações nacionais.

§ 2º. Princípios de Ordem Pública Processual

A legislação nacional pode ser considerada como fonte supletiva de normas procedimentais quando as partes deixarem de determiná-las, servindo de inspiração para os árbitros ao definirem o procedimento. Em segundo lugar, e ainda mais importante, ela surge como fonte para que se afaste uma sentença arbitral ou ainda que sirva como lei de interpretação para aplicação das previsões do artigo V da Convenção de Nova York, tanto em seus itens 1 (d) como 2 (b)⁵⁸, visto que a Convenção de Nova York foi homologada em mais de 130 países.

⁵⁶ SILVA NETO, Orlando Celso. Princípios do Processo e Arbitragem. **Arbitragem : a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**, sob coordenação de Paulo Borba Casella. São Paulo : Ed. LtR, 1996, p. 338/339.

⁵⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op cit.*

⁵⁸ Artigo V: 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: (...)

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou (...)

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Tem-se um exemplo de respeito à legislação nacional em nosso próprio país, com a positivação de princípios de ordem pública procedimental na lei de arbitragem⁵⁹. Nesse sentido, Beat Rechsteiner coloca que:

A Lei 9.307, de 23.09.1996, prevê que, durante o procedimento arbitral, sejam sempre respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Também no direito comparado tais princípios são, em regra, os consagrados. Neste sentido, pode-se afirmar até uma certa unité de doctrine quanto à arbitragem internacional⁶⁰

As palavras de Beat Rechsteiner confirmam-se através de pesquisa em doutrina internacional, visto que realmente acaba sendo uma unanimidade da doutrina encontrarem-se os princípios de ordem pública transnacional aplicáveis ao procedimento arbitral encaixados em 2 categorias: (i) o direito a tratamento igualitário e (ii) a oportunidade adequada de que cada parte apresentar o seu caso.⁶¹

Já Ricardo Almeida engloba diversos princípios cabíveis dentro do Devido Processo Legal⁶²:

São também pertinentes nessa ordem de cogitações os princípios específicos de direito arbitral, já consagrados e objeto de amplo consenso na comunidade internacional, ainda que não sejam adotados pela totalidade dos países, pois consenso não implica unanimidade, (...) tais como os princípios da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato onde se acha inserida, o princípio da competência do árbitro para decidir prioritariamente sobre sua própria competência, o princípio da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável ao litígio, o princípio da proteção, dentro do respeito à ordem pública, da legítima expectativa das partes, entre outros.⁶³

⁵⁹ Art. 21, § 2º da Lei 9.307/1996.

⁶⁰ Beat Walter Rechsteiner. Arbitragem Privada Internacional no Brasil. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 80.

⁶¹ Nesse sentido, os textos já citados de FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN; MANTILLA-SERRANO; RACINE; ALMEIDA; SILVA NETO, RECHSTEINER entre outros.

⁶² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Op. cit.* p 220.

⁶³ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Op. cit.* p 221.

Embora a lei brasileira adote os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro, e embora outros autores tragam os princípios aplicáveis ao procedimento com outra classificação, este trabalho se pautará pelos dois princípios citados acima (do direito a tratamento igualitário e oportunidade para cada parte apresentar seu caso), abordando evidentemente os princípios do ordenamento legal do país.

A. Direito a Tratamento Igualitário

Esse princípio da igualdade das partes deve ser visto, ao menos nesse estudo, em seu sentido amplo, ou seja, como idéia de tratamento igual, englobando assim diversos princípios. Fernando Mantilla-Serrano, ao tratar destes dois princípios gerais, coloca que são parte integrante destes direito a tratamento igualitário o (i) direito a um tribunal arbitral imparcial, (ii) direito à igualdade na indicação do tribunal arbitral e (iii) direito de igual comunicação com o tribunal arbitral⁶⁴. Embora o direito à igualdade na apresentação de seus argumentos também se encontre dentro deste princípio, ele será objeto do próximo item deste estudo.

Bem, a idéia de igualdade das partes, excetuando-se à idéia de igualdade material, onde se deve tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades não se aplica ao presente estudo, visto que em se tratando de arbitragem comercial internacional, tratando-se de direitos disponíveis, não se vislumbra a possibilidade de que as partes sejam consideradas como desiguais, o que obrigaria assim o árbitro a zelar por essa igualdade⁶⁵. Essa é a discussão encontrada na doutrina, ou seja, das distinções entre a igualdade formal e material, mas essa discussão não se encontra no escopo do presente estudo.

⁶⁴ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op cit.*.

⁶⁵ Acerca da distinção entre Igualdade Material e Formal, AMARAL, Francisco. *Direito Civil : Introdução*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2003. p. 23.

Está-se aqui a apontar que as partes devem receber o mesmo tratamento, em todos os seus aspectos, por parte do árbitro, tendo em vista que são iguais materialmente em questão de processo, entendimento compartilhado por Orlando Silva Neto, que coloca que “para a arbitragem do comércio internacional, parece-nos que, embora sempre aplicável, pouco uso prático terá a garantia de igualdade substancial das partes, pois os litigantes são, em geral, grandes empresas, com razoável poder econômico e forte corpo jurídico, razão pela qual quase sempre se baterão em igualdade de armas.”⁶⁶

Um ponto que efetivamente pode trazer incongruências entre as partes é a igualdade das partes em indicar o árbitro. Quando o árbitro é único, a solução é simples, visto que em geral as convenções de arbitragem já trazem a previsão de quem será responsável pela indicação do árbitro em caso de falta de consenso, pois a falta de consenso entre as partes litigantes é previsível.

Já em outros casos, as partes que compõem um mesmo pólo, seja ativo ou passivo, podem não concordar com a indicação de um árbitro por elas, não sendo a solução deste problema tão simples assim. A solução apresentada por Mantilla-Serrano⁶⁷, em estudo de jurisprudência francesa, é que em havendo discordância entre as partes, e em caso de arbitragem institucional, a instituição é responsável pela indicação dos três árbitros. Essa colocação leva ao entendimento que, em arbitragens onde exista a possibilidade de mais de uma parte em cada pólo, deve haver uma previsão, em convenção de arbitragem, regulando essa possibilidade, a fim de evitar futura anulação de sentença em virtude de violação ao princípio da igualdade.

Outro ponto que devem sempre os árbitros atentar é quanto às possibilidades dadas à cada parte de se manifestarem, não somente dentro do procedimento, mas fora dele. Deve o árbitro evitar, por exemplo, tecer comentários

⁶⁶ SILVA NETO, Orlando Celso. *Op cit.* 366.

⁶⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op cit.*

acerca do caso com quaisquer das partes sem que a outra tenha acesso à essa informação. Nesse sentido, Mantilla-Serrano traz novamente um caso de jurisprudência, esta da Corte de Apelação de Hamburgo, onde o “o requerente enviou uma carta ao árbitro, e este não comunicou este fato à outra parte.”⁶⁸ Nesse caso, a Corte anulou a sentença arbitral, por violação à igualdade das partes.

A legislação brasileira ainda traz a previsão do princípio da imparcialidade do juiz. Esse princípio é óbvia evolução do princípio da igualdade das partes, visto aqui em sentido amplo como informado anteriormente, tendo em vista que se elas devem ser tratadas de forma igual, tem também o direito de serem tratadas por um árbitro imparcial.

Essa imparcialidade traz consigo a idéia de livre convencimento do juiz, no sentido em que

“o árbitro, assim como o juiz, deve compor segundo sua consciência, os litígios que lhe são submetidos. É obrigado à mesma imparcialidade que o juiz, devendo julgar com toda independência. O árbitro não deve, jamais, se olvidar de que não é o representante de qualquer das partes, e que faltaria a seu primeiro dever se não julgasse de acordo com sua consciência, mas favorecendo àquele que o nomeou.”⁶⁹

Embora se tenha a idéia de que os princípios, tanto em um ordenamento jurídico nacional, quanto em um sistema jurídico geral, se complementam, unindo-se integral e harmoniosamente, separar-se-á alguns princípios que bem caberiam dentro do sentido amplo de igualdade, para fins de melhor compreensão e classificação.

B. Direito de Cada Parte Apresentar seu Caso

⁶⁸ “the claimant had submitted a letter to the arbitrator, who failed to communicate it to the respondent”. MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op cit.*

⁶⁹ FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p 134, 135

O chamado direito de cada parte apresentar seu caso traz consigo os princípios que as partes (i) devem receber devido aviso de todos os atos do procedimento arbitral, desde o início dos mesmos até as audiências e intimações de manifestação, (ii) devem receber por parte do tribunal arbitral tempo e oportunidade suficiente para se defender e prestar esclarecimentos, visando respeitar a ampla defesa e de modo geral, (iii) não ser privado da oportunidade de apresentar seu caso, suas alegações.⁷⁰

Dentro destes princípios, o contraditório é um dos princípios mais importantes para que as partes possam efetivamente apresentar seu caso em todos os aspectos ao árbitro. O princípio do contraditório é, na verdade, o centro da gravidade dos deveres impostos pelos direitos de defesa.⁷¹

Sobre este princípio, Edna Galvão traz interessante conceito que, embora possua termos de processo civil, serve perfeitamente para o claro entendimento do cerne do princípio do contraditório em qualquer outro ramo do direito. Ela coloca que “o contraditório representa, então, o complemento e o corretivo da ação da parte, uma vez que cada uma delas agirá de modo parcimonioso, visando seu próprio interesse. Assim, a ação combinada dos dois serve à justa composição da lide.”⁷²

Humberto Theodoro Junior traz que o princípio do contraditório “consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-

⁷⁰ “(ii) the adequate Opportunity to present one's case. Under this rubric, we can include the principles that parties should (a) receive proper notice – whether it be of the initiation of the proceeding, of the appointment process for the arbitral tribunal or of the pleadings, allegations, and evidence; (b) be given a reasonable time and Opportunity to respond, respecting the right to an adversarial proceeding; and (c) in general, not be unreasonably deprived of an Opportunity to present their case. “MANTILLA-SERRANO, Fernando. Op cit.

⁷¹ “Le principe du contradictoire constitue le centre de gravité des devoirs imposés par le respect des droits de la défense.” LOQUIN, Éric. L'amiable composition en droit comparé et international. Paris : Litec. 1980. p. 197.

⁷² GALVÃO, Edna Luiza Nobre. Princípio do contraditório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=819>> . Último Acesso em: 18 set. 2006.

lhe o pleno privilégio de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte”.⁷³

Nelson Nery traz ainda conceito que nos dá a exata medida de possível violação ao princípio, que geraria a invalidade do procedimento como um todo. Ele coloca que “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.”⁷⁴

Dentro desta idéia é que encontramos, por exemplo, o princípio do contraditório. Éric Loquin traz interessante exemplificação de como esse princípio pode ser facilmente, e por vezes imperceptivelmente, violado no procedimento arbitral, quanto fala que:

As partes foram ouvidas separadamente e seus dizeres não foram levados ao conhecimento uma da outra, ou ainda quando os *amiables compositeurs* procederam a oitiva das testemunhas sem a presença das partes e sem que tenha sido feito um processo verbal que permitisse uma discussão contraditória, ou enfim, quando o relatório da perícia sobre o qual se baseia não foi comunicado às partes.⁷⁵

Ainda, em não havendo citação válida do réu, o procedimento é nulo para todos os efeitos, e o mesmo se dará com qualquer outro ato procedimental, à qualquer das partes, se uma delas não teve a chance de apresenta resposta nos mesmos termos da outra.⁷⁶

⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 30ª ed. Vol 1. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 28.

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. “Princípios do Processo Civil da Constituição Federal” 3ª ed. São Paulo : RT, 1996. p. 133.

⁷⁵ “les parties ont été entendues séparément et que leurs dires n’ont pas été portés à la connaissance l’une de l’autre, ou encore quand les amiables compositeurs ont procédé à l’audition de témoins hors la présence des parties et sans qu’il ait été dressé un procès-verbal permettant une discussion contradictoire, ou enfin lorsque le rapport d’expertise sur lequel s’appuie la sentence n’a été communiqué à l’une des parties” LOQUIN, Éric. *Op cit.* p. 198.

⁷⁶ SILVA NETO, Orlando Celso. *Op Cit.* p. 359.

Além do princípio do contraditório, temos o princípio da ampla defesa, que é comumente tratado junto com aquele. Este princípio da ampla defesa se define como sendo a total disponibilidade às partes dos meios utilizáveis para que prove seu direito.⁷⁷

Completo conceito e explicação são apresentados por Horário Wanderlei Rodrigues, que coloca que

“embora tratada constitucionalmente junto com o contraditório, com ele não se confunde. Aquele se refere à garantia da efetiva participação no processo, em nível da ação ou da defesa; essa, à amplitude do exercício dessa participação. (..) A defesa a que se refere essa garantia constitucional é o conjunto de provas que ambas as partes podem praticar e juntar ao processo, buscando convencer o julgador de que a sua argumentação é a correta, e de recursos processuais das decisões proferidas, sempre que uma das partes com elas não concordar.”⁷⁸

Assim, compreende-se que embora esse princípio possa ser utilizado no procedimento arbitral, ele acaba tendo a possibilidade de, nesse caso, ser menor que no processo civil, visto que as partes podem livremente limitar a disponibilidade.

§ 3º. Os limites na arbitragem de equidade.

Antes de adentrarmos nos limites impostos ao árbitro por equidade, cabe fazer uma distinção breve entre as figuras de arbitragem de direito e arbitragem de equidade. Na arbitragem de direito o árbitro toma a decisão baseando-se nas normas de direito positivo, ou seja, onde ele se pauta pela estrita observância da legalidade e analisa fatos aplicando normas de direito substancial que regulem a relação jurídica.

⁷⁷ SILVA NETO, Orlando Celso. Op Cit. p. 360.

⁷⁸ RODRIGUES, Horário Wanderlei. Tutela das garantias fundamentais das partes no âmbito do direito processual constitucional. **Apostila de Teoria Geral do Processo**. Florianópolis : ed. do autor. p 47.

Já na arbitragem de equidade o árbitro pode tomar a decisão baseando-se no seu sentimento de justiça, considerando as circunstâncias particulares do caso que está sendo arbitrado. É aí que ele pode aplicar uma justiça natural, ou uma norma que estabeleceria se fosse o legislador⁷⁹. Uma definição apresentada por Philippe Fouchard, no prefácio da obra de Loquin, qualifica a arbitragem de equidade como uma “cláusula de renúncia ao direito : as partes (..) abandonam a proteção ou o benefício do direito e autorizam os árbitros a julgar sem respeitar estritamente as regras de direito.”⁸⁰

É na arbitragem de equidade que ocorre realmente a consagração da autonomia da vontade das partes, visto que no caso da arbitragem de equidade (ou *amiable compositeur*).

Bem, considerando que as partes podem afastar a aplicação de qualquer norma positiva na arbitragem, dando ao árbitro poderes para julgar conforme seu sentimento de justiça, não há limites ao árbitro nessa modalidade? Por óbvio todas as disposições atinentes à ordem pública se aplicam, visto que a liberalidade dada às partes é decorrência da autonomia da vontade, e como exposto, a autonomia da vontade enquanto interesse de ordem privada é limitada pela expressão do interesse público, ou seja, pela ordem pública.

Mas e quanto às normas de ordem pública procedimental, ou seja, às normas de meio, à maneira como o árbitro alcançará a sua decisão, é dada a ele total liberdade de escolha? Novamente entende-se que a resposta deve ser negativa.

A jurisdição estatal é extremamente formalista, no sentido que o Processo Civil o chamado direito instrumental, muitas vezes acaba se sobrepondo ao próprio

⁷⁹ BOISSÉSON, Mathieu de. Le droit français de l'arbitrage interne et international. Paris : GLN, 1990, p. 229.

⁸⁰ "l'amiabile composition doit être définie comme une clause de renonciation au droit : les parties, en stipulant cette clause, abandonnent la protection ou le bénéfice du droit et autorisent les arbitres à statuer sans respecter strictement les règles de droit." LOQUIN, Éric. *Op cit.* p. 04.

direito material. Mesmo essa idéia de processo formal já está sendo superada aos poucos através, por exemplo, do princípio da instrumentalidade das formas, visando dar a maior possibilidade de aproveitamento dos atos processuais, em busca da verdade material.

A arbitragem, de modo geral, já traz em si embutida essa instrumentalidade, dando às partes e ao árbitro o poder de guiar o caso, o procedimento arbitral, da melhor maneira que convier ao caso específico, mas ainda assim ela está vinculada, e obrigada a respeitar, todos os princípios aplicáveis ao procedimento arbitral, tanto os positivados em lei, quanto os decorrentes de análise sistêmica do direito.

Já na arbitragem por equidade, as partes podem decidir por afastar a aplicação de qualquer norma vigente, qualquer norma positiva e dar poderes ainda mais amplos ao árbitro. Ainda assim, esses princípios protegidos pela legislação brasileira não podem ser entendidos como afastáveis pela vontade das partes.

A norma de obrigatoriedade ao árbitro de respeitar o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento, defendidas no artigo 21, § 2º da Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/1996), também se impõe ao árbitro em equidade. Isso ocorre porque a arbitragem é “uma justiça e cláusula de *amiable composition* não modifica esta qualificação.”⁸¹

Dessa forma, o desrespeito à qualquer destes preceitos acarretará, inevitavelmente, à anulação da sentença arbitral. Essa defesa ocorre para dar maior segurança jurídica às partes, bem como para viabilizar a utilização do instituto da *amiable composition*, pois não fosse assim as partes nunca deixariam seus interesses serem decididos única e exclusivamente pela cabeça do árbitro, sem nada que defenda, por exemplo, a sua possibilidade de apresentar a sua versão dos fatos, ou ainda de se defender das acusações contrárias.

⁸¹ “L’arbitrage est une justice, est l’amiable composition ne modifie pas cette qualification” LOQUIN, Éric. *Op cit.* p. 193.

CONCLUSÃO

Este estudo foi importante, inicialmente, para que se verificasse o grande caminho que o Brasil, e seus arbitralistas, têm a percorrer para desenvolver essa matéria. O estudo da doutrina internacional acerca do tema nos mostra a imensidão de obras específicas sobre o tema de ordem pública na arbitragem, enquanto no Brasil faltam autores que tratem especificamente, e exaustivamente, do tema.

E ainda mais, excetuando-se a doutrina, pode-se fazer uma pesquisa riquíssima de jurisprudência estrangeira sobre o tema, coisa que no Brasil ainda se comemora qualquer SEC (Sentença Estrangeira Contestada) acerca de arbitragem que passa pelo Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de concluir acerca da matéria objeto do estudo, entendeu-se que além da lei ou das normas legais que determinam o procedimento, as normas de ordem pública do local onde a sentença pode vir a ser revisada pela cortes estatais não podem ser completamente ignoradas pelos árbitros. Elas são, na verdade, as únicas leis que limitam a autonomia das partes e do tribunal arbitral no seguimento dos procedimentos arbitrais.

Dessa forma, visando determinar princípios procedimentais uniformes que limitem ou amoldem o procedimento arbitral internacional, ou de ordem pública procedimental transnacional, devemos olhar não somente para os princípios usados na maioria das organizações de arbitragens internacionais. Devemos ter em mente ainda as leis domésticas dos países que tratam de arbitragem, e ainda para as convenções internacionais que tenham influência neste aspecto, como a Convenção de Nova York de 1958.

Por este motivo, e em virtude do papel fundamental que as leis e convenções internacionais têm nessa definição, e no cuidado que os árbitros devem ter, nunca teremos um rol exaustivo de princípios de ordem pública procedimental transnacional que sirva para regular todas as arbitragens internacionais.

É importante que, em desempenhando o papel de árbitro, este terceiro com a confiança das partes faça uma análise do país na qual a sua sentença deverá ser homologada, para evitar que se viole alguma norma não transnacional, mas específica daquele país no que diga respeito ao procedimento arbitral. No caso de o legislador de determinado incluir uma norma incomum no direito internacional, nesse momento é que o árbitro deve estar mais atento, pois será uma situação extraordinária que ele deverá lidar, visando possibilitar futuramente a exeqüibilidade da sentença.

Ao contrário, embora existam princípios universais, cada arbitragem tem suas particularidades, e deve o árbitro, bem como a parte interessada, estar atento às normas de ordem pública, tanto a ordem pública substantiva quando a ordem pública procedimental, que possam complicar a executividade dessa sentença, ou mesmo a homologação e reconhecimento desta.

Uma conclusão que se alcançou nesse estudo, depois de analisar casos práticos citados por autores, depois de se verificar a opinião dos mesmos, é que os princípios em si são lógicos e claros. São princípios integrantes das constituições nacionais, e que estão de certa forma enraizados no Direito, tanto interno quanto internacional, como o direito à ampla defesa, o direito do contraditório, da igualdade das partes.

Mas esses princípios lógicos têm um calcanhar de Aquiles, que é a sua verificação quando no limiar entre a violação e o respeito a eles. Por exemplo, em situações nas quais não se sabe bem ao certo se determinada atitude viola ou não o princípio da igualdade das partes. É nesse momento que o estudo teórico é de vital importância para se fazer essa distinção.

É aí que se distingue a idéia de justiça que tem qualquer cidadão da idéia de justiça do técnico, do estudioso em Direito. Este, com auxílio dos conceitos, dos estudos da doutrina, e dos casos anteriores de jurisprudência, tem maior possibilidade de definir se a maneira como ele está encaminhando o procedimento

arbitral está ou não de maneira correta, se poderá ou não violar a ordem pública procedimental transnacional, ou mesmo a ordem pública procedimental do Estado receptor da sentença.

Diante dessa realidade, o estudo da ordem pública procedimental visa auxiliar os árbitros com a utilização de normas procedimentais que efetivamente possibilitem a apresentação de uma sentença arbitral justa e correta. Além disso, visa auxiliar as partes para que tenham a confiança necessária no instituto da arbitragem, para que se dê a este instituto a segurança jurídica de que preceitos fundamentais necessários para a realização da justiça, como o direito ao contraditório, sejam resguardados.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Marcelo Ramalho. Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública Procedimental. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2005.

AMARAL, Francisco. Direito Civil : Introdução. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2003.

BOISSÉSON, Mathieu de. Le droit français de l'arbitrage interne et international. Paris : GLN, 1990.

CALIXTO, Negi, Ordem Pública – exceção à eficácia do direito estrangeiro. Curitiba : Ed. Universidade Federal do Paraná, 1987.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem Lei 9.307/96. 4ª ed. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris , 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo : um comentário à Lei 9.307/96. 2ª ed. São Paulo : Ed. Atlas, 2004.

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado, 5ª ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1995.

COSTA, José Augusto Fontoura e PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem Pública na Lei n. 9.307/96, Arbitragem : a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional, sob coordenação de Paulo Borba Casella. Ed. LtR. São Paulo : 1996.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado : Parte Geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2005.

_____, Jacob. *Direito Internacional Privado : arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2003.

FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte : Del rey, 1995.

FOUCHARD, Phillippe, GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996.

GALVÃO, Edna Luiza Nobre. Princípio do contraditório. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=819>> . Último Acesso em: 18 set. 2006.

LAZAREFF, Serge. *Le respect du contrat*, in *Revue de l'arbitrage*, 1984, n. 2. Paris : 1984.

JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*, Paris : LGDJ, 1987.

JUSTEN Fo, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Editora Saraiva, 2006.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. 1ª ed. Curitiba : Ed. Juruá, 2003.

_____, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem do Brasil*. 1ª ed. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília: 2001.

LALIVE, Pierre. *Avantages et Inconvénients de l'arbitrage Ad Hoc*, artigo publicado no livro *Études Offertes à Pierre Bellet*, Paris : Litec, 1991.

LOQUIN, Éric. *L'amiable composition em droit comparé et international*. Paris : Litec. 1980.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Towards a Transnational Procedural Public Policy*. *Arbitration International*, Vol. 20 No. 4.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos, 1.957.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

MOCELIN, Priscilla. *Boa-fé e a autonomia da vontade no Novo Código Civil*, *Direitonet*, 23/05/2003. Disponível em <
<http://www.direitonet.com.br/textos/x/33/88/338/>>, Último acesso em 31/08/2006.

MOTULSKY, H. *Ecrits e notes sur l'arbitrage*, prefácio de Berthold Goldman, Philippe Fouchard, *Écrits*, t. II, Paris : Dalloz, 1974 .

NERY JUNIOR, Nelson. "Princípios do Processo Civil da Constituição Federal" 3ª ed. São Paulo : RT, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. "Direito Administrativo". 13ª. São Paulo : Ed. Atlas, 2001

RACINE, Jean-Baptiste. L'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public. Paris : LGDJ, 1997.

REDFERN, Alan e HUNTER, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Londres : Sweet & Maxwell, 1986.

RECHSTEINER, Beat Walter. Arbitragem Privada Internacional no Brasil. São Paulo: RT, 1997.

RODRIGUES, Horário Wanderlei. Tutela das garantias fundamentais das partes no âmbito do direito processual constitucional. Apostila de Teoria Geral do Processo. Florianópolis : ed. do autor. p 47.

ROQUE, José Sebastião. Arbitragem: A solução viável. São Paulo : Ícone, 1997.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da Arbitrabilidade, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n.10, outubro-dezembro de 2000. São Paulo : RT, 2000.

SILVA, Luiz Alberto Souza e. Direito Internacional Privado (Lei de Introdução ao Código Civil). Rio de Janeiro : Ed. Lumen Júris, 2000.

SILVA NETO, Orlando Celso. Princípios do Processo e Arbitragem. Arbitragem : a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional, sob coordenação de Paulo Borba Casella. São Paulo : Ed. LTr, 1996.

STRENGER, Irineu. Arbitragem Comercial Internacional. São Paulo : LTr, 1996.

STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo : LTr, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 30ª ed. Vol 1. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

ANEXOS

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

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

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

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencional para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada

da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

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

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

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

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

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

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

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

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

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. 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.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.9.1996