

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Matheus Lins Rocha
Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira

LEI DE ARBITRAGEM

Comentada

Prefácio

Ministro Luis Felipe Salomão

4^o
edição

revista,
atualizada
ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

4. FINANCIAMENTO POR TERCEIROS

O custo das despesas da arbitragem pode ser financiado por terceiro, que adiantará o valor devido por uma das partes a este título⁴⁰⁰, adquirindo parcial ou totalmente o crédito da parte⁴⁰¹, podendo responder pelas despesas finais, conforme previsão contratual entre ambas. Lisa Bench Nieuwveld e Victoria Shannon Sahani apontam sobre o tema:

“O financiamento de terceiros é um método de financiamento no qual uma entidade que não é parte em uma disputa específica financia as taxas legais de uma parte ou paga uma ordem, prêmio, financiando o julgamento proferido contra aquela parte ou contra ambos. O acordo entre o financiador e a parte financiada também pode incluir o pagamento de honorários advocatícios de outra parte se a parte financiada perder o caso ou o tomador de decisão (ou seja, um árbitro ou painel de árbitros, um juiz ou painel de juízes ou um júri) ordenar que a parte financiada pague os honorários advocatícios de outra parte⁴⁰²”.

Neste tema, é importante examinar os reflexos da relação entre financiador e árbitro⁴⁰³, viabilizando-se as cautelas necessárias para assegurar a imparcialidade deste, sob pena de nulidade da sentença arbitral. O dever de revelação do árbitro⁴⁰⁴ é essencial, também, nessa modalidade de arbitragem, aliado ao dever de informação pela parte que contrata, com fundamento no dever geral de boa-fé⁴⁰⁵, tanto que

400. Exemplificativamente: honorários dos advogados, dos árbitros e despesas de administração da arbitragem, perícias e produção de provas, dentre outras

401. O financiador fará uma due diligence, analisando os fatos e documentos relativos ao caso, resguardando-se a confidencialidade, nesse sentido CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm, Arbitragem e financiamento por terceiros, São Paulo: Almedina, 2020, p. 249.

402. NIEUWVELD, Lisa Bench e SAHANI, Victoria Shannon, **Third-Party Funding in International Arbitration**, 2ª edição. Kluwer Law International, 2017, p. 3, tradução feita pelos autores.

403. BERALDO, Leonardo de Faria, Curso de Arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

404. Este tema será objeto de comentários ao artigo 14 desta Lei. Sobre o tema vide CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e o Acesso à Justiça**: o novo paradigma do Third Party Funding. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 156.

405. FERRO, Marcelo Roberto, **O Financiamento de Arbitragem por Terceiro e a Independência do Árbitro** in CASTRO, Rodrigo R. de Monteiro et al. Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 631. Igualmente vide CREMADES, Bernardo M. Third Party Funding in International

existe previsão de tal dever na resolução da Câmara Brasil Canadá⁴⁰⁶. No mesmo sentido, vide Enunciado 88 da II Jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios⁴⁰⁷.

Napoleão Casado Filho⁴⁰⁸ afirma que o árbitro deve condenar a parte que se utilizou do financiamento, de forma contrária à boa-fé, às penas aplicáveis a quem causou o tumulto processual, incidindo as penas de litigância de má-fé por agir de modo temerário.

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.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Arbitration. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do; (coord.) - **Arbitragem e Comércio Internacional**: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 767.

406. Artigo 4º da RA 18/2016, disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>>, acesso em 08/12/2020.

407. ENUNCIADO 88 – “Na hipótese de financiamento de arbitragem com recursos de terceiros, a parte financiada deverá informar a identidade do financiador, sem prejuízo de que outras informações sejam solicitadas pelo tribunal arbitral e/ou pela instituição arbitral”, disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669, acesso em 29/05/2022.

408. CASADO FILHO, Napoleão, **Arbitragem Comercial Internacional e o Acesso à Justiça**: o novo paradigma do Third Party Funding, Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 156.

1. ESPÉCIES DE ARBITRAGEM

Há várias classificações de arbitragem, algumas das quais abordaremos a seguir.

Quanto a quem realiza as providências administrativas da arbitragem esta pode ser institucional ou *ad hoc*. Por meio da arbitragem institucional, as partes se utilizam de determinada instituição de arbitragem, que possui um corpo específico de árbitros, os quais poderão ser escolhidos pelas partes, para julgar o conflito, responsabilizando-se a instituição arbitral, quanto a tramitação burocrática e todo o trâmite do procedimento. Nesta espécie de arbitragem, o regulamento da instituição se torna um documento de suma importância, que traçará as diretrizes do procedimento arbitral, os honorários e custas do procedimento, bem como as demais regras da instituição de arbitragem.

A arbitragem *ad hoc*, também intitulada de avulsa, ocorre quando não há a utilização dos serviços das instituições de arbitragem. Neste caso específico, as partes, por meio da convenção de arbitragem, estabelecerão todas as peculiaridades da arbitragem (despesas com árbitros, quem será o secretário, despesas da tramitação do procedimento, dentre outras), bem como todo o detalhamento do procedimento, que será conduzido, administrado e julgado por um ou mais árbitros, a depender do acordo volitivo entre as partes que se submeterão à arbitragem. Esta modalidade não é recomendável e deve ser evitada diante das dificuldades estruturais⁴⁰⁹, o que acarreta a possibilidade de surgirem muitas dificuldades como, por exemplo, o valor a ser pago de honorários para os árbitros, estrutura para realização de audiências, que na arbitragem institucional é pré-fixado.

No âmbito da arbitragem é possível se convencionar sobre qualquer matéria, com exceção das matérias de ordem pública⁴¹⁰, como, por exemplo, os prazos processuais, forma de indicação dos Juízes arbitrais, bem como a qualificação dos mesmos, sobre a sede da arbitragem, o idioma adotado, as matérias que serão submetidas ao Tribunal Arbitral, aquelas que não serão e até se a arbitragem será de direito ou de equidade, surgindo outra classificação.

409. Os problemas foram elencados no item: escolha das instituições arbitrais e árbitros pela Administração Pública, nos comentários ao art. 1º desta Lei.

410. Vide os comentários sobre ordem pública neste artigo.

O artigo 2º da Lei de Arbitragem possibilita que os contratantes definam qual legislação será aplicada ao mérito, podendo esta ser originária do ordenamento jurídico brasileiro ou de qualquer outro ordenamento⁴¹¹. É possível, ademais, definir se o caso será analisado com base nos princípios gerais de direitos, na *soft law*⁴¹², nos usos e costumes, nas regras do comércio internacional ou, até mesmo, com fundamento na equidade, como se pode constatar com a leitura do *caput*, bem como do § 2º do artigo 2º da Lei da Arbitragem.

Na arbitragem de direito, fica definido que o árbitro deverá aplicar determinada legislação, seja esta do direito brasileiro, estrangeiro ou, até mesmo, a *soft law*. De outro modo, na arbitragem por equidade, o Juiz arbitral deverá proceder com o julgamento do caso conforme a sua percepção da justiça o que, de certo modo, reduz a segurança jurídica das partes⁴¹³, Carlos Alberto Carmona afirma que nesta modalidade:

411. Validade da eleição da lei inglesa para solução do mérito da controvérsia em arbitragem: TJES, 3ª CC, AI 48149003989, j. 02.12.2014, unânime. Validade da eleição da lei alemã para solução do mérito da controvérsia em arbitragem: TJSP, 12ª Cam Dir Priv, AI 01362081120118260000, j. 01.02.2012, maioria.

Contrato de representação comercial. Validade da cláusula compromissória que elege lei holandesa e estabelece procedimento arbitral em Roterdã: TJRJ, 13ª Cam. Dir. Priv., Apel 00243619520088190002, j. 16.02.2011, unânime.

412. "Soft law é expressão usada para designar uma realidade bastante ampla e variada. Em um sentido mais genérico, refere-se a qualquer instrumento regulatório dotado de força normativa limitada, isto é, que em princípio não é vinculante, não cria obrigações jurídicas, mas ainda assim pode produzir certos efeitos concretos aos destinatários. Às vezes a expressão identifica documentos cuja própria forma é "soft", como memorandos de entendimentos e recomendações, às vezes conteúdos pouco constitutivos, como normas e princípios formulados com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, outras vezes ainda regras que não podem ser impostas por mecanismos compulsórios de resolução de disputas ("soft enforcement"). Na minha tese, trabalhei a soft law em um sentido mais específico, para identificar o corpo de atos não obrigatórios como diretrizes, protocolos, guias, regras, standards, práticas, códigos de conduta e recomendações, elaborados por órgãos não-estatais como associações profissionais, câmaras de comércio e organismos supranacionais, para regular questões do processo arbitral internacional, desde que e na medida em que as partes e os árbitros assim queiram. É um instrumento de auto-regulação da arbitragem", ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, *Soft Law*, disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/soft-law/13960>>, acesso em 19/12/2018.

413. Em sentido contrário vide a conclusão de Martim Della Valle em completa monografia sobre o tema: "Embora a contrapartida da equidade seja a menor previsibilidade, a prática tem mostrado que essa circunstância não deve ser exagerada. Como visto no decorrer desta obra, os árbitros dificilmente utilizam seus poderes para grandes alterações na lei ou no contrato. Ao contrário, tendem a atuar pontualmente e respeitar os termos contratuais. Assim, a falta de previsibilidade pode ser menos relevante do que parece à primeira vista", *Arbitragem e Equidade: uma abordagem internacional*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 352.

“Sujeitam as partes a sérios riscos, pois o que parece justo a elas pode não parecer ao árbitro (e vice-versa). Assim, podendo ser negligenciadas limitações leis e regras de direito material, a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes!”⁴¹⁴.

Vale salientar que, para que a arbitragem seja de equidade, esta informação deve constar expressamente na convenção de arbitragem, ou seja, caso não exista a menção expressa estabelecendo que a arbitragem se dará pela equidade, esta, obrigatoriamente, será de direito, sob pena de nulidade⁴¹⁵.

Não se olvide que, de qualquer modo, a arbitragem, mesmo seja pautada na equidade, deve respeitar os princípios constitucionais, anteriormente citados. Dentre eles destacamos como exemplo, sem prejuízo dos demais, o devido processo legal, e o da motivação das decisões, previsto no artigo 93, inciso IX⁴¹⁶ da Constituição e ratificado pelo artigo 26, inciso II⁴¹⁷ da Lei de Arbitragem. Portanto, na arbitragem por equidade, o julgador, ainda assim, deve fundamentar suas decisões, evidenciando suas convicções e o porquê de entender a sua decisão como a mais justa.

Por fim, convém reiterar que o § 3º do artigo 2º da Lei em estudo, estabelece que, caso a arbitragem envolva a administração pública, esta deve, de forma obrigatória, ser de direito, respeitando-se o princípio constitucional da publicidade.

Quanto ao local de realização a arbitragem pode ser classificada em internacional ou doméstica, esta feita no Brasil e aquela fora do Brasil. Todavia, “a Lei 9.307/96 não distingue entre arbitragem internacional e

414. Op. cit., p. 67.

415. Nesse sentido: TJRJ, 2ª Cam Dir Priv, Apel 01814589320108190001, j. 30.03.2011, unânime; TJSP, 6ª Cam Dir Priv, AI 5408064100, j. 19.03.2009, unânime.

416. Constituição Federal, Art. 93, IX “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

417. Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

[...]

II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm> Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

arbitragem doméstica, sujeitando-as, ambas, no geral, a uma disciplina comum⁴¹⁸. O artigo 34 da Lei de Arbitragem apenas define sentença arbitral estrangeira “a que tenha sido proferida fora do território nacional”⁴¹⁹.

2. ORDEM PÚBLICA E BONS COSTUMES

O §1º do artigo 2º da Lei nº 9.307/96 estabelece limites no que se refere às regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não podendo as partes fixarem alguma determinada regra que venha a violar os bons costumes ou a ordem pública.

As expressões bons costumes e ordem pública são conceitos indeterminados e abertos, impondo-se auxílio da doutrina para sua conceituação. Porém, antes convém salientar que o Código Civil brasileiro, em vigor, dispõe em seu artigo 122 que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê no artigo 17: “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”.

Carmona após conceituar bons costumes como expressão genérica da honestidade e o recato que se espera das pessoas, bom como a dignidade e o decoro social, aponta que o conceito amplo de ordem pública absorve:

“A ideia dos bons costumes, princípios de conduta impostos pela moralidade média do povo (considerada indispensável para a manutenção da ordem social e para a harmonia nas relações humanas)”⁴²⁰.

Fixada a premissa no sentido de que ordem pública absorve os bons costumes, resta conceituar ordem pública, sem a mínima pretensão de indicar quais são todos os casos que há violação há ordem pública, tal

418. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A definição de sentença arbitral estrangeira. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 62, abr.-jun. 2006.

419. Este tema será objeto de comentários no artigo citado.

420. Op. Cit., p. 69.

como advertia Pontes de Miranda: “é impossível saber-se, permanentemente, quais os casos de ordem pública”⁴²¹.

Carmem Tiburcio afirma sobre a ordem pública:

“A expressão designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal. Nada obstante, é possível identificá-la como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em uma determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivados na Constituição e na legislação vigente, sobretudo em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil”⁴²².

Pontes de Miranda em lapidar síntese afirmava que ordem pública “é o mínimo ético tolerável pela ambiência jurídica do país”⁴²³.

Barbosa Moreira discorrendo sobre a homologação de sentenças estrangeiras, afirmava que com fundamento na ordem pública se recusa “o cumprimento de decisões incompatíveis com os princípios políticos, éticos, sociais, que estão na base mesma da organização do Brasil como Estado”⁴²⁴.

Carmona afirma que ordem pública:

“Trata-se assim de um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época. Percebe-se, desde logo, que o conceito de ordem pública é sempre localizado e temporal: refere-se a um determinado país

421. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VI, p. 148. Maria Helena Diniz ensina que delimitar o conceito de ordem pública “é um desafio à argúcia e à sagacidade dos juristas, que, apesar disso, são unânimes no entendimento de que é reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento, em determinada sociedade.” Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada, p. 408. STRENGER afirma que: “ a ordem pública não é determinável por meio de elencos, e nem é possível adotar métodos analógicos e critérios aproximativos”, Autonomia da vontade em direito internacional privado. São Paulo: RT, p. 119.

422. Op. cit., p. 177.

423. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VI, p. 168.

424. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais *In* Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 159.

(ou a uma determinada comunidade) e a uma certa época (eis que as situações que se quer ver preservadas mudam com o passar do tempo)⁴²⁵.

Os conceitos doutrinários acima nos levam a concluir que a ordem pública, considerada como limite às regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, constitui conceito vago e indeterminado, mutável conforme o tempo e o local.

A doutrina classifica a ordem pública em:

- i) ordem pública interna: que diz respeito às normas e princípios de direito material, inafastáveis por vontade das partes, impondo limites à liberdade contratual⁴²⁶; e
- ii) ordem pública internacional: diz respeito aos atos praticados (leis, sentenças dentre outros) no exterior que tenham repercussão no território nacional impedindo tal eficácia quando ameaçados relevantes valores de justiça e de moral⁴²⁷.

Convém salientar que a ordem pública⁴²⁸ deverá ser respeitada em toda e qualquer arbitragem (artigo 2º, § 1º da Lei de Arbitragem) e a homologação para execução de sentença arbitral estrangeira será denegada pelo Superior Tribunal de Justiça se a decisão ofende a ordem pública nacional (artigo 39, II da Lei de Arbitragem)⁴²⁹.

O Superior Tribunal de Justiça⁴³⁰ relacionou, em julgamento, quais normas são consideradas de ordem pública:

- (i) constitucionais;

425. Op. Cit., p. 69.

426. CARMONA, op. Cit., p. 69.

427. Ibidem.

428. Sobre o conceito de ordem pública, Carmem Tiburcio afirma: "A expressão designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal. Nada obstante, é possível identificá-la como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em uma determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivados na Constituição e na legislação vigente, sobretudo em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil", op. cit., p. 177.

429. Camem Tiburcio aponta: "Em virtude do referido dispositivo legal (art. 2o, §1o LA), pode-se afirmar que o árbitro no Brasil também deve respeitar a ordem pública brasileira, o que significa dizer que o árbitro deve verificar a adequação da lei estrangeira aos princípios fundamentais da Constituição brasileira", op. cit., p. 177.

430. Sentença Estrangeira Contestada 802, Rel. Min. José Delgado, Corte Especial, j. 17.08.2005.

- (ii) administrativas;
- (iii) processuais;
- (iv) penais;
- (v) organização judiciária;
- (vi) fiscais;
- (vii) polícia;
- (viii) protegem os incapazes;
- (ix) tratam da organização de família;
- (x) estabelecem condições e formalidades para certos atos;
- (xi) organização econômica (atinentes aos salários; à moeda; ao regime de bem); e
- (xii) fraude a lei.

No citado julgado consta que o rol acima é de autoria de Maria Helena Diniz⁴³¹, com a participação de Serpa Lopes⁴³².

A consulta à casuística dos Tribunais auxilia na delimitação das matérias de ordem pública, motivo pelo qual apresentaremos um rol meramente exemplificativo. O Supremo Tribunal Federal entende que a apreciação da constitucionalidade do ato é matéria de ordem pública, tanto que o controle difuso deve ser exercido de ofício⁴³³ e não admite

431. "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada". SP: Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 368.

432. Serpa Lopes, Curso de direito civil, v. 1, p. 58.

433. "Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte", STF Pleno, Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 219.934-SP, RELATORA MIN. ELLEN GRACIE, Informativo 365: "CONCURSO PÚBLICO. RESSALVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO. DÉCIMOS DA DIFERENÇA ENTRE REMU-NEAÇÃO DO CARGO DE QUE SEJA TITULAR O SERVIDOR E DO CARGO EM FUNÇÃO OCUPADO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de "nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação", como exceção à exigência de concurso público. Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação "a qualquer título" de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos. 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. 3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado. 4. Embargos da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar

desistência da ação direta⁴³⁴. Da mesma forma Georges Abboud defende que os “dispositivos constitucionais são, por excelência, matérias de ordem pública”⁴³⁵.

No sentido de que o controle de constitucionalidade é matéria de ordem pública, Osiris Vargas Pellanda afirma:

Violar uma norma constitucional é, em última análise, violar a ordem pública, uma vez que é na Constituição que se encontram os princípios e regras que refletem os valores mais importantes para uma nação.

O Código Bustamante – código de direito internacional privado resultante de tratado internacional do qual o Brasil é Estado-partes – estabelece em seus arts. 4º e 5º quais as normas que por natureza são consideradas de ordem pública, e inclui entre estas as administrativas e políticas de proteção individual e coletiva, bem como as constitucionais. CARLA PINHEIRO⁴³⁶ afirma que a noção de ordem pública se ajusta à noção mesma de direitos fundamentais, uma vez que se trata de um reflexo da ordem social naquilo que lhe é essencial à sua existência e à manutenção do bem-estar e da paz social⁴³⁷.

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as normas constitucionais são matéria de ordem pública⁴³⁸. Da mesma forma ensina Maria Helena Diniz⁴³⁹.

O Código de Direito Internacional Privado, aprovado na Sexta Conferência Internacional Americana pela Convenção de Havana em

a declaração de inconstitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do se ADCT, tão só, à expressão, ‘a qualquer título’, constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente’.

434. STF: ADI 892 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1994, DJ 07-11-1997 PP-57230 EMENT VOL-01890-01 PP-00057; ADI 1971, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/08/2001, publicado em DJ 14/08/2001 PP-00229. Na doutrina vide: André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, op. cit., p. 356.

435. Op. cit., p. 624.

436. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 125.

437. O controle de constitucionalidade no direito internacional privado, site da Advocacia Geral da União: www.agu.gov.br/page/download/index/id/531679.

438. SEC 802/US, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/08/2005, DJ 19/09/2005, p. 175.

439. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. SP: Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 368.

20.02.1928, ratificado pelo Brasil, e introduzido no direito positivo interno brasileiro por Resolução do Congresso Nacional, aprovada pelo Decreto nº 5647, de 08.01.1929 e cuja execução é determinada pelo Decreto nº 18871, de 13.08.1929, contém disposição com o seguinte teor:

“Art. 4.º Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional.” (redação original)

Ana Luiza Nery sintetiza de forma lapidar o que se entende por ordem pública:

Examinar a ordem pública é atentar aos aspectos relativos à constitucionalidade do ato ou negócio, que engloba matérias como as garantias constitucionais, a forma federativa do Estado, o Estado Democrático de Direito, a sociedade pluralista, ou seja, aspectos jurídicos cuja violação descaracterizaria o próprio modelo de organização de valores determinados pela Constituição Federal.⁴⁴⁰

Conclui Ana Luiza Nery:

Em nenhuma hipótese é admissível decisão arbitral contra constitutionem, na medida em que os dispositivos constitucionais são, por excelência, matérias de ordem pública.⁴⁴¹

No sentido da obrigatoriedade da observância da ordem pública, dentre elas as normas constitucionais, pelo árbitro são as lições de Carmem Tiburcio:

Note-se, porém, que a Lei de Arbitragem brasileira parece exigir também a observância da ordem pública brasileira, caso a arbitragem tenha sede no Brasil. Isso é o que determina o art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem: ‘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.’ Por outro lado, o art. 32 da LA, ao enumerar os fundamentos para a

440. Arbitragem coletiva, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

441. Op. Cit., p. 274.

nulidade do laudo, não incluiu expressamente a contrariedade à ordem pública brasileira.

Em virtude do referido dispositivo legal (art. 2º, §1º LA), pode-se afirmar que o árbitro no Brasil também deve respeitar a ordem pública brasileira, o que significa dizer que o árbitro deve verificar a adequação da lei estrangeira aos princípios fundamentais da Constituição brasileira⁴⁴².

Fixada esta premissa no sentido de que o controle de constitucionalidade⁴⁴³ constitui matéria de ordem pública, resta continuar nossa investigação sobre outras.

A imparcialidade do árbitro também constitui matéria de ordem pública, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁴⁴⁴, é uma

442. Op. Cit.

443. Sobre controle de constitucionalidade pelo árbitro vide excelente estudo de Fernando Del Picchia Maluf: “o controle de constitucionalidade poderia ser exercido pelo árbitro, sempre que assim também fosse possível ao juiz togado. De outro lado, havendo previsão de uma autoridade diversa competente no ordenamento jurídico relevante, deveria o árbitro observá-la, sob pena de usurpar uma competência que não lhe pertence e colocar em risco o resultado útil da arbitragem (isto é, tornar nula a futura sentença arbitral)”. O controle de constitucionalidade na arbitragem: Um estudo à luz da experiência no direito de estrangeiro, Dissertação de Mestrado, São Paulo: PUC, 2020. Também recomendável o brilhante trabalho de Gustavo Favero Vaughn: “A declaração de inconstitucionalidade no caso concreto não é apenas um poder que os árbitros têm; é, antes de tudo, um efetivo dever jurisdicional, que se propõe a dar concretude à força normativa e à supremacia constitucionais. Esse poder-dever dos árbitros é idêntico ao dos juízes nas mesmas situações e é restrito ao controle difuso. Os poderes-deveres que os árbitros têm para dirimir lides advêm do ordenamento constitucional, daí por que é imperioso que interpretem e apliquem o direito brasileiro à luz da Constituição Federal, fazendo prevalecer as normas constitucionais em detrimento das leis que as contradizem”, Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade, Almedina: São Paulo, 2022, p. 233.

444. “PROCESSUAL CIVIL. SEC – SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. DESCAMBIMENTO. ELEIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA PARTE REQUERIDA. OFENSA A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. 1. PLEXUS COTTON LIMITED, sociedade constituída e existente de acordo com as leis da Inglaterra, com sede em Liverpool, Inglaterra, requer a homologação de SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA, proferida por LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION – LCA, que condenou SANTANA TÊXTIL LTDA. a pagar à requerente a quantia de US\$ 231.776,35 (duzentos e trinta e um mil, setecentos e setenta e seis dólares e trinta e cinco centavos), além de determinar o faturamento de parte da mercadoria ou o equivalente a 2.204.600 libras líquidas, em razão de descumprimento de contrato firmado entre as partes. 2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral. 3. A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais

das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, diante da sua natureza jurisdicional.

Consoante julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴⁵ a ausência de assinatura no contrato que consta a cláusula arbitral afronta a ordem pública, “por ir de encontro a princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico que exige aceitação expressa das partes para submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem”⁴⁴⁶.

Há polêmica na doutrina acerca da possibilidade de considerar a prescrição como matéria de ordem pública, na arbitragem por equidade, existindo duas correntes:

i) Prescrição não é matéria de ordem pública: Carmona adepto desta corrente defende que:

privados arbitragem. 4. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia. 5. Pedido de homologação a que se nega deferimento”(STJ – SEC: 967 GB 2005/0053998-0, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 15/02/2006, CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: --> DJ 20/03/2006 p. 175LEXSTJ vol. 200 p. 256REVFOR vol. 386 p. 341).

3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996)

445. “Se não houver convenção, inviável a solução alternativa do conflito pela arbitragem e, neste sentido, o seguinte julgado do STJ: Processual civil. SEC – Sentença Estrangeira Contestada. Homologação – Descabimento – Eleição do juízo arbitral – Ausência de manifestação expressa da parte requerida – Ofensa a princípio de ordem pública – Indeferimento do pedido de homologação. 1. (...) sociedade constituída e existente de acordo com as leis da Inglaterra, com sede em Liverpool, Inglaterra, requer a homologação de sentença arbitral estrangeira, proferida por Liverpool Cotton Association-LCA, que condenou (...) a pagar à requerente a quantia de U\$ 231.776,35 (duzentos e trinta e um mil, setecentos e setenta e seis dólares e trinta e cinco centavos), além de determinar o faturamento de parte da mercadoria ou o equivalente a 2.204.600 libras líquidas, em razão de descumprimento de contrato firmado entre as partes. 2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral. 3. A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende a ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem. 4. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do juízo arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia. 5. Pedido de homologação a que se nega deferimento” (Corte Especial, SEC 967/EX, rel. Min. José Delgado, j. 15.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 175).

446. Corte Especial, SEC 967/EX, rel. Min. José Delgado, j. 15.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 175.