Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem*

Review of the constitutionality of the laws by the arbitral tribunal: notes on private international law and arbitration

*Carmen Tiburcio***

RESUMO

Diante da determinação constante dos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem brasileira, no sentido de que o árbitro é juiz de fato e de direito da causa da qual for julgador, o presente trabalho questiona quais os limites de seu poder, em especial no que diz respeito à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis no âmbito do procedimento arbitral. Após breve

* Artigo recebido em 17 de outubro de 2013 e aprovado em 21 de janeiro de 2014.

** Professora associada de direito internacional privado e de direito processual internacional da Faculdade de Direito da Uerj. Mestre e doutora em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Virginia, EUA. Consultora de direito internacional e arbitragem no escritório Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados. A autora gostaria de agradecer o auxílio de Felipe Gomes de Almeida Albuquerque na elaboração deste artigo. A autora agradece, ainda, às sugestões de Daniel Gruenbaum e Ana Carolina Weber. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: ctiburcio@bfbm.com.br.

comentário sobre sistemas de controle de constitucionalidade no direito comparado, e do importante registro de que há ordenamentos em que o controle é atividade privativa de um órgão, enquanto em outros pode ser exercido por todas as instâncias judiciais, são analisadas diferentes hipóteses envolvendo o poder-dever de fiscalizar as leis em tribunais arbitrais. Aborda-se também a possibilidade de homologação pelo STJ de laudos proferidos no exterior em certas situações que envolvem conflito entre lei e Constituição.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem — controle de constitucionalidade — direito comparado — poderes do árbitro — laudo arbitral — homologação de laudo estrangeiro

ABSTRACT

Articles 18 and 31 of the Arbitration Law of Brazil set forth that the arbitrator is the judge of fact and law in what concerns the case he or she is going to decide. Taking that into account, this paper analyzes what are the limits of his or her powers, in particular when it comes to the analysis of the constitutionality of the laws to be applied in the case under analysis. After a brief note on judicial review systems under comparative law and taking into consideration that in some systems this control is concentrated in one body, while in others it may be performed by all courts, different scenarios are analyzed, it is discussed the possibility of recognition of awards rendered abroad in situations that involve conflict between laws and the Constitution.

KEY-WORDS

Arbitration — constitutionality of the laws — comparative law — arbitrator's powers — arbitral award — recognition of awards rendered abroad

I. Introdução e notas prévias

A Lei de Arbitragem brasileira, em seus arts. 18 e 31, expressamente determinou que o árbitro é juiz de fato e de direito da causa da qual for o julgador, inclusive prevendo que a decisão que proferir será um título executivo

judicial. O objetivo deste trabalho é questionar os limites do poder do árbitro, particularmente quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis. Vale dizer: em face da equiparação entre árbitro e juiz, é possível concluir que o primeiro possui o poder de deixar de aplicar uma lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade?

Não existe uma resposta única a essas perguntas, no entanto. Como se verá, o tema merece análise distinta em diferentes hipóteses, que não se dividem somente entre arbitragem doméstica e arbitragem internacional, apresentando, em verdade, outras subdivisões: por exemplo, arbitragem doméstica com aplicação de lei brasileira ou estrangeira ou arbitragem estrangeira com aplicação de lei brasileira ou estrangeira. Esses e outros cenários serão analisados após as duas importantes e necessárias notas que se seguem.

Duas notas prévias: (i) distinção entre o árbitro e o juiz na aplicação da lei e (ii) a aplicação da lei estrangeira nas relações envolvendo o Estado

Preliminarmente à análise do assunto — controle da constitucionalidade das leis na arbitragem —, duas observações são pertinentes. Em primeiro lugar, é importante destacar as diferenças entre o sistema de aplicação da lei pelo juiz de direito e pelo árbitro.

O juiz, como regra geral, soluciona as questões que lhe são submetidas com base na lei material (para reger o mérito da controvérsia) e na lei processual (para reger o processo) do foro. Havendo elementos estrangeiros na relação jurídica, a solução é outra. Na ausência de escolha pelas partes, o juiz deve aplicar a regra de conexão do foro que lhe indicará qual a lei material aplicável para regular a hipótese. No Brasil, se o magistrado deve apreciar a validade de casamento realizado na França, o art. 7º, §1º, da Lei de Introdução indica a aplicação da lei do lugar da celebração.[1] Consequentemente, o juiz brasileiro solucionará a questão com base no ordenamento jurídico francês. Note-se, porém, que, mesmo diante de elementos estrangeiros, as questões

[1] Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Art. 7 §1º — Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração". A despeito de a norma tratar somente do casamento no Brasil, a doutrina e a jurisprudência bilateralizaram essa norma para concluir que a lei aplicável à validade dos casamentos é a do lugar da sua celebração.

processuais serão sempre regidas pelo direito brasileiro. Assim, os prazos, recursos cabíveis e consequências da não interposição dos recursos são aspectos regulados pela lei brasileira.

Na arbitragem, a questão é tratada de maneira diversa. O tribunal arbitral decide o caso com base na lei escolhida pelas partes. Nessa linha, a Lei de Arbitragem brasileira, em seu art. 2º, prevê amplo rol de possibilidades.[2] É possível optar pela lei local, por uma lei estrangeira, princípios de direito internacional ou mesmo pela equidade. Na ausência de escolha, o tribunal aplica a lei que considerar mais adequada à hipótese, sem recurso às regras de conexão do foro.[3] As partes também podem escolher as normas que regulam o procedimento, o que frequentemente resulta na aplicação de regulamento de instituição que se dedique à arbitragem.[4]

O segundo ponto que deve ser ressaltado relaciona-se com a determinação da lei aplicável para as relações envolvendo o ente estatal. Caso seja hipótese em que o Estado — e suas subdivisões — possam submeter-se à arbitragem,[5] questiona-se se as regras acerca da determinação da lei aplicável ao mérito e ao procedimento discutidas acima também valem para litígios envolvendo o Estado. Ou seja, pode o ente estatal se submeter a uma arbitragem regida por uma lei estrangeira (quanto ao mérito) e a um regulamento de uma instituição para reger o procedimento? A resposta a essa questão não é simples. O tema é tão complexo que os livros de arbitragem raramente o abordam, tampouco as obras sobre contratos internacionais. Assim, há relativamente pouco material teórico e apenas algumas decisões arbitrais/judiciais sobre o tema.

Em primeiro lugar, abordar-se-á a arbitragem envolvendo o Estado soberano. Há três grandes tipos de arbitragem envolvendo o Estado. *Primeiramente*, a de direito internacional público, que envolve no polo ativo e passivo Estados e organizações internacionais. Historicamente o Brasil tem tradição na participação em arbitragens de direito internacional público, na qualidade de parte ou de árbitro, sobretudo no que se refere a questões de fronteira.[6]

---

2 Lei nº 9.307/1996: "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".

3 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*, 2003. p. 263.

4 Ibid., p. 285.

5 TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública: estado atual no direito brasileiro. *Revista de Direito Público* (no prelo).

6 Hidelbrando Accioly e Geraldo Eulário do Nascimento e Silva destacam as situações em que o Brasil atuou como árbitro: "1) questão do Alabama, entre os Estados Unidos da América

Nesses casos, não há dúvida de que a lei aplicável para o julgamento do mérito da controvérsia é o direito internacional público. *Em um segundo tipo*, a arbitragem de investimento, de um lado figura a parte privada, pessoa física ou jurídica — que é o investidor estrangeiro — e, do outro lado, o Estado nacional. Nesse contexto, quando surgem controvérsias entre as partes por conta do investimento, a questão é levada à arbitragem, geralmente no âmbito do International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), com base na Convenção de Washington de 1965. A Convenção, em seu art. 42, determina que tais arbitragens serão solucionadas com base na lei interna do Estado envolvido.[7] Ademais, o procedimento será regido pela referida Convenção. Há alguns casos em que o tribunal arbitral mitigou a aplicação da lei interna do Estado envolvido com a aplicação de regras e princípios de direito internacional. *No terceiro tipo*, a arbitragem comercial internacional, as regras acerca da lei aplicável não são tão claras. Nos casos publicados envolvendo um Estado e um particular, constata-se geralmente a aplicação de princípios geralmente aceitos em matéria de direito do comércio internacional, que podem ser ou não consubstanciados nos princípios do Unidroit[8] (cuja edição mais recente é de 2010) ou a aplicação do direito do

---

e a Grã-Bretanha, resultante de fatos ocorridos durante a guerra de secessão americana; 2) reclamações mútuas franco-americanas, por danos causados pelas autoridades civis ou militares dos Estados Unidos da América e da França, quer durante a guerra de secessão, quer durante a expedição do México, a guerra franco-prussiana, de 1870, e a Comuna; 3) reclamações da França, Itália, Grã-Bretanha, Alemanha, etc., contra o Chile, por danos sofridos por nacionais dos países reclamantes, como consequência de operações de guerra na Bolívia e no Peru". O autor lista, ainda, as situações em que o Brasil figurou como parte: "1) controvérsias entre o Brasil e a Grã-Bretanha, a propósito da prisão no Rio de Janeiro de oficiais da fragata inglesa Forte; 2) questão entre o Brasil e os Estados Unidos da América, relativa ao naufrágio da galera americana Canadá, nos recifes das Garças, nas costas do Rio Grande do Norte; 3) reclamação da Suécia e da Noruega, por motivo do abalroamento da barca norueguesa Queen, pelo monitor brasileiro Pará, no porto de Assunção; 4) reclamação apresentada pela Grã-Bretanha, em nome de Lord Cochrane, Conde de Dundonald, para o pagamento de serviços prestados pelo pai do referido Lord (Almirante Cochrane) à causa da independência do Brasil; 5) questão de limites entre o Brasil e a Argentina, referente ao território de Palmas; 6) questão de limites, entre o Brasil e a França, referente ao território do Amapá (na fronteira do Brasil com a Guiana Francesa); 7) questão de limites, entre o Brasil e a Grã-Bretanha, referente à fronteira do Brasil com a Guiana Britânica; 8) reclamações brasileiro-bolivianas, oriundas da questão do Acre; 9) reclamações brasileiro-peruanas, resultantes de fatos ocorridos no Alto Juruá e no Alto Purus." ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 1996. p. 433.

7 Art. 42: (1): *The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.*

8 SOUZA JR., Lauro da Gama. *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2005*: *soft law*, arbitragem e jurisdição. 2006.

Estado envolvido. De um lado, é praticamente inexistente a aplicação de lei estrangeira para reger o mérito desse tipo de arbitragens; de outro, o direito aplicável ao procedimento pode ser informado por regras da instituição de arbitragem.[9]

A seguir, passa-se ao tema central deste trabalho, que é a análise da constitucionalidade da lei pelo árbitro.

II. Sistemas de controle de constitucionalidade de leis (direito comparado)

Há, no direito comparado, dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O sistema concentrado atribui o controle a tribunais especialmente constituídos para esse fim. Como originalmente delineados pela doutrina, esses tribunais exercem uma função constitucional de natureza legislativa-negativa e não uma atividade judicial. É o sistema adotado na maior parte da Europa (Itália, Alemanha, Áustria, Chipre, Turquia, Grécia, Espanha, Portugal, Bélgica, Rússia, dentre outros) e em alguns países africanos (Argélia, Moçambique, África do Sul).[10] O controle difuso (ou incidental), sistema do qual os Estados Unidos são o maior exemplo, por outro lado, tem como premissa o fato de que a análise da constitucionalidade da lei é procedimento inerente à atividade jurisdicional, cabendo a qualquer julgador tal apreciação. Os dois sistemas, mesmo em seus países de origem, sofreram alterações. Além disso, muitos países — o Brasil, inclusive — adotaram sistema misto.

Em que pese a complexidade e relevância do tema, os desdobramentos das diferentes concepções da atividade de controle de constitucionalidade são desvio impossível para o presente trabalho.[11] Registre-se, porque necessário, apenas que há ordenamentos nos quais o controle é atividade privativa de determinado órgão, nem sempre integrante do Judiciário, e que em outros casos o controle de constitucionalidade é exercido por todas as instâncias judiciais.

---

[9] Note-se, porém, que a situação já não é a mesma quando se trata de entes que integram a administração indireta. Nesses casos, não é incomum a aplicação de lei estrangeira para reger o mérito da controvérsia, tampouco há dúvidas acerca da possibilidade de aplicação de regras institucionais para reger o procedimento arbitral.

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2009. p. 264, n. 45.

[11] Para análise do tema, ibid.

III. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro

III.1 Arbitragem doméstica com aplicação de lei material brasileira contrária à Constituição brasileira

Primeiramente, há que se distinguir arbitragem por equidade e arbitragem de direito. No primeiro caso, o árbitro não precisa se basear na lei, então não precisa verificar o respeito à Constituição brasileira. É certo, todavia, que todas as opções constitucionais fundamentais (isonomia, não discriminação etc.) se encontram dentro de um conceito mais amplo de equidade, sendo difícil conceber uma hipótese de decisão por equidade que represente uma afronta à Constituição, o que é, nada obstante, possível em tese.

Na hipótese de aplicação de regras de direito, o árbitro decide com base no ordenamento jurídico vigente. Já houve alguns precedentes na Argentina nos quais tribunais locais decidiram que os árbitros podem examinar a constitucionalidade das leis de emergência argentinas. Entendeu-se que o árbitro é juiz de fato e de direito e, como o juiz de direito pode analisar a constitucionalidade da lei no caso concreto, também o árbitro pode apreciar se a lei está em conformidade com a Constituição argentina.[12]

Seguindo este entendimento, em uma arbitragem com sede no Brasil e com aplicação da lei substantiva brasileira, o árbitro pode deixar de aplicar determinada lei por considerá-la inconstitucional, realizando o controle incidental. O árbitro aplica o direito brasileiro na sua integralidade e tem o dever de examinar a constitucionalidade da lei aplicável ao caso.

III.2 Arbitragem doméstica com aplicação de lei estrangeira contrária à Constituição brasileira

Sabe-se que o juiz de direito, quando aplica a lei estrangeira, deve examinar a sua conformidade com princípios fundamentais do direito brasileiro, por força do art. 17 da LI.[13] Assim, o juiz deve deixar de aplicar o direito

---

[12] NAON, Horatio A. Grigera. Arbitration and Latin America. In: LEW, Julian; MISTELIS, Loukas. *Arbitration insights*: twenty years of the annual lecture of the school of international arbitration. 2007. p. 440.

[13] "Art. 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."

estrangeiro indicado como aplicável pela regra de conexão brasileira quando este ferir as normas fundamentais do direito brasileiro, o que permite o exame da sua conformidade com a Constituição brasileira, quanto a seus aspectos fundamentais.

Aqui cabe uma breve explicação sobre o conceito de ordem pública. A expressão designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal.[14] 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.

A doutrina distingue, dentro do conceito de ordem pública, gradações que autorizam falar-se de ordem pública de primeiro, segundo e terceiro graus.[15] De forma simples, é de *primeiro grau* a ordem pública de âmbito fundamentalmente interno, isto é, as regras e os princípios do ordenamento jurídico considerados imperativos, não podendo ser afastados pela vontade das partes. Vale dizer, no plano interno, a ordem pública se confunde com o conceito de leis imperativas. A ordem pública de *segundo grau* situa-se no plano do direito internacional privado e é aquela que de fato impede a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública definida no plano interno. Nesse contexto, ainda, deve-se distinguir a ordem pública na aplicação direta da lei estrangeira, por força das regras de conexão locais, da ordem pública na aplicação indireta da lei estrangeira, ou seja, quando a situação já se constituiu no exterior, quando a ordem pública terá um menor âmbito de atuação. O *terceiro grau* de ordem pública descreve um conjunto de princípios aplicáveis sobretudo às relações internacionais, que traduzem os

---

[14] Veja-se DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n. 90, p. 211. Ver, também, sobre o princípio da ordem pública no direito internacional privado: ____. *Direito internacional privado — parte geral*. 2012. p. 385.

[15] Confira-se a definição de Jacob Dolinger (Ibid.): "Assim, identificar-se-ia por primeiro grau de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, v.g., a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico; o segundo grau designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública interna e, consequentemente, produz efeitos no plano internacional. O terceiro grau de ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da Humanidade. Trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos, que, eventualmente, poderá estar até mesmo em colisão com interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas".

interesses da comunidade mundial e situam-se acima dos sistemas jurídicos internos de cada país.

É importante observar que nem toda norma imperativa (ordem pública de primeiro grau) será considerada "ordem pública de segundo grau", a ponto de afastar a aplicação da lei estrangeira competente.[16] Na verdade, a ordem pública de segundo grau corresponde a uma seleção dos elementos mais relevantes da ordem pública de primeiro grau.

Portanto, não basta que a lei estrangeira seja diversa da brasileira, pois essa é a essência do direito internacional privado: admite-se a aplicação de lei estrangeira ainda que diversa da lei local quando a relação jurídica tiver com ela vínculos mais substanciais do que com a lei nacional. Por outro lado, é necessário estabelecer um conjunto mínimo de garantias fundamentais da ordem jurídica interna que em nenhuma hipótese podem ser violadas, e que, afinal, dão conteúdo à noção de ordem pública de segundo grau.

Tradicionalmente, o papel de definir esse conjunto de garantias sempre coube à doutrina de direito internacional privado e, principalmente, à jurisprudência dos tribunais superiores. Embora não se tenha chegado a uma lista definitiva dos elementos integrantes da ordem pública de segundo grau, há certo consenso no sentido de que o conceito compreende princípios fundamentais jurídicos, econômicos, morais e sociais do foro.[17]

Ainda é importante frisar que o conceito de ordem pública de segundo grau tampouco coincide necessariamente com o de norma constitucional, pois há normas previstas na Constituição que não integram esse conjunto de normas fundamentais. Do ponto de vista jurídico, esse entendimento foi corroborado pelo direito positivo brasileiro com a consagração, pela Carta de 1988, da categoria dos "preceitos fundamentais", que justificam o manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).[18] Com

---

[16] Essa é a lição que se pode depreender do acórdão do STF em caso de adoção de brasileiro por estrangeiro no qual este, nacional alemão, tinha apenas 12 anos a mais que o adotado, contrariando a norma brasileira contida no art. 369 do Código Civil de 1916, pela qual a diferença de idade mínima seria de 16 anos. STF, *DJU* 7 mar. 1986, SE 3638, rel. min. Carlos Madeira: "A regra do artigo 369 do Código Civil Brasileiro não é de Ordem Pública, mas de interesse público, não tendo eficácia a *lex fori*, em face da adoção regida por Lei de Estado [no caso, a lei alemã]". Complementou mais adiante: "Certamente que, no nosso país, a norma do art. 369 do Código Civil é de interesse público, mas tanto não basta para ser de ordem pública".

[17] Dolinger, *Direito internacional privado*, op. cit., p. 427.

[18] A ADPF foi prevista no texto original da Constituição — parágrafo único do art. 102, depois convertido em §1º pela EC nº 3, de 13.03.1993 —, com a seguinte redação: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo

efeito, o próprio constituinte reconheceu que, dentre todas as disposições constitucionais, há um grupo específico ao qual se reconhece um caráter de especial fundamentalidade para a ordem jurídica como um todo, e cuja violação deve desencadear um remédio específico.

A despeito da fluidez própria dos conceitos indeterminados, há um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturais, todos agrupados sob a designação geral de *princípios fundamentais*, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Há consenso igualmente no sentido de que estão inseridos nessa categoria os direitos fundamentais, assim entendidos os individuais, coletivos, políticos e sociais. Devem-se acrescentar ao conteúdo mínimo dos preceitos fundamentais, ainda, as normas abrigadas nas cláusulas pétreas (art. 60, §4º) ou delas decorrentes diretamente e, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.[19]

Na arbitragem, a aplicação da lei estrangeira à luz da ordem pública não é tão simples. A prática no direito comparado é que o árbitro não tem *lex fori*, diversamente do que ocorre com o juiz de direito, que está vinculado às leis de ordem pública do foro na aplicação da lei estrangeira.

A que ordem pública o árbitro está vinculado? A doutrina, visando evitar fraude à lei, costuma indicar a ordem pública do(s) país(es) que tenha(m) uma maior vinculação com a hipótese. Os árbitros devem levar em conta que a escolha da arbitragem não pode servir como um instrumento de fraude à lei que seria naturalmente aplicável à hipótese. Se assim o fosse, a arbitragem deixaria de ser considerada um foro neutro e adequado para dirimir as controvérsias comerciais na esfera internacional, para se tornar um instrumento que possibilitaria a fraude à lei normalmente aplicável, o que geraria nos Estados nacionais uma mudança na forma como tratam a arbitragem. Para que isso seja evitado, recomenda-se aos árbitros que levem em consideração as leis imperativas que tenham uma conexão razoável com a situação em questão.[20]

Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". A ADPF somente veio a ser regulamentada 11 anos depois, com a promulgação da Lei nº 9.882, de 3.12.1999, que dispôs sobre o seu processo e julgamento.

19 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2004. p. 255-6.

20 Ver DERAINS, Yves. Les tendences de la jurisprudence arbitrale. *Journal de Droit International*, p. 846-847, 1993.

Assim, uma arbitragem com sede no Brasil e que esteja julgando uma questão envolvendo empresas sediadas nos EUA, com relação a contratos lá celebrados e executados, deve essencialmente levar em conta a ordem pública norte-americana, que é a que tem maior vinculação ao caso. Sobre a hipótese, vale citar decisão arbitral proferida pela CCI no caso nº 6.320 (1992),[21] que examinou hipótese inversa. O caso, a despeito de não ter suscitado a questão da conformidade com o direito constitucional norte-americano, suscitou dúvida acerca da aplicação mandamental pelo tribunal arbitral de lei imperativa norte-americana, pelo que concluiu pela negativa.

É importante frisar que o árbitro tem a obrigação de assegurar executoriedade à sua decisão. Assim, a ordem pública do país no qual o laudo provavelmente será executado deve ser necessariamente examinada.[22] Em síntese: deve-se observar a conformidade da lei aplicável ao mérito da arbitragem com os princípios fundamentais da constituição do país que tenha uma maior vinculação com o caso e a do país da execução da decisão arbitral.

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 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 brasileira.

---

[21] Citado por ALMEIDA, Ricardo. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. 2005.

[22] Art. V. 2 da Convenção de NY. Essa mesma regra é encontrada na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975, na Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979 e no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, Las Leñas, 1992.

III.3 Arbitragem doméstica com aplicação de lei estrangeira contrária à Constituição estrangeira

Em primeiro lugar, há que se qualificar o controle de constitucionalidade como matéria de mérito ou processual. Decidindo-se por sua natureza *material*, aplica-se a mesma lei que rege o mérito da controvérsia (no caso da aplicação da lei italiana, não se admitiria o controle difuso, p.ex.); se qualificado como questão processual, poderão ser aplicadas a lei escolhida pelas partes para reger o processo, a lei da sede da arbitragem ou outra lei escolhida pelo tribunal.

Veja-se que a qualificação da atividade de controle de constitucionalidade das leis é questão igualmente presente nos casos em que a questão é submetida ao Judiciário. Quando o juiz brasileiro aplica a lei estrangeira por força do art. 9º da LI,[23] como deve proceder? Deve examinar a conformidade da lei estrangeira com a Constituição correspondente ou, em respeito ao sistema estrangeiro — quando este não permitir o controle difuso —, deve apenas aplicar a lei sem essa verificação?

A questão é bastante polêmica e a doutrina é silente a respeito.[24] Há fundamentos sólidos para ambas as possibilidades. Caso se entenda que é questão processual, poder-se-ia admitir o controle difuso pelo árbitro ainda que ao mérito fosse aplicada a lei italiana. Baseia-se esse entendimento no argumento de que esse controle de constitucionalidade diz respeito ao exercício da jurisdição, aos poderes do juiz, e à divisão de competências, questões essencialmente processuais. Ainda que fosse uma questão de processo constitucional, não perderia a sua natureza de questão atinente ao processo. Em suporte a essa corrente, pode-se também alegar que o árbitro, quando aplica o direito estrangeiro, deve aplicá-lo na sua integralidade, com observância das normas constitucionais estrangeiras, e o direito estrangeiro não estaria sendo corretamente aplicado caso o juiz brasileiro não levasse em consideração o sistema como um todo, incluindo a constituição estrangeira. Ressalte-se, todavia, que para essa corrente recomenda-se que se parta de uma presunção forte de constitucionalidade da lei estrangeira.

---

[23] "Art. 9º — Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem."

[24] Vale mencionar, excepcionalmente, a dissertação de mestrado de Ana Carolina Weber, apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Uerj, da qual fui orientadora, *O controle de constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro*.

Por outro lado, há argumentos de peso também em sentido oposto. O sistema de controle de constitucionalidade é principalmente uma opção política, de organização de Estado, o que o torna intrinsecamente ligado ao direito aplicável ao caso. Ademais, a aplicação da lei estrangeira pressupõe uma equiparação ao que o juiz estrangeiro faria. Não faria sentido que se admitissem poderes mais amplos ao árbitro na aplicação da lei italiana do que aqueles que são atribuídos ao magistrado italiano na espécie. Além disso, há que se considerar que, nos países em que se adota o sistema concentrado, na maior parte das vezes, o órgão que realiza esse controle não é sequer parte da hierarquia judiciária ordinária e sim corte autônoma, que exerce um controle político. Ou seja, a verificação da constitucionalidade está inserida no contexto da separação de poderes, inerente à soberania do Estado envolvido, o que impediria a realização do controle por uma autoridade estrangeira judicial bem como por um árbitro sediado no exterior ou até mesmo no próprio país. Por essas razões, essa parece a solução mais adequada.

Em países onde se adota o controle concentrado, já se questionou se o Tribunal Constitucional pode apreciar o pedido de análise da constitucionalidade de lei surgida no âmbito de um caso concreto em arbitragem. A polêmica diz respeito à competência para levar a matéria ao Tribunal Constitucional local: pode o tribunal arbitral fazê-lo diretamente ou deve pedir o auxílio do Judiciário local, que fará o encaminhamento da questão? Demonstrando a complexidade da matéria, vale mencionar a existência de decisões antagônicas da Corte Constitucional Italiana e da Corte de Cassação Francesa. No primeiro caso, decidido em novembro de 2001, a Corte Constitucional italiana admitiu que a consulta pudesse ser feita pelo árbitro, equiparando-o a um juiz de direito.[25] Em sentido oposto, a Corte de Cassação

[25] Corte constituzionale, 22 novembre 2001, nº 376, pres. Ruperto; rel. Marini — Consorzio Ricostruzione (CO.RI) c. Comune di Napoli. *"(...) Si deve preliminarmente accertare — in riferimento alla eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura dello Stato — se il collegio arbitrale sia legittimato a sollevare, ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, la questione di legittimità costituzionale. In proposito, occorre muovere dalla giurisprudenza di questa Corte secondo cui, per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di 'funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge' da parte di soggetti, 'pure estranei all'organizzazione della giurisdizione', 'posti in posizione super partes' (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966). Ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. Il dubbio sulla legittimità*

Francesa decidiu, em junho de 2011, que o árbitro não tem legitimidade para suscitar uma questão prioritária de constitucionalidade.[26]

Dessas decisões, pode-se extrair argumento adicional para a segunda corrente, que entende que se trata de questão de mérito. Se no exterior, questiona-se se o árbitro tem competência para suscitar a questão constitucional, inclusive entendendo-se na França pela negativa, não faria sentido se admitir que um tribunal arbitral no Brasil pudesse até mesmo adentrar o exame da constitucionalidade da lei estrangeira. Ademais, esse controle certamente impediria o reconhecimento da decisão arbitral na França, o que limitaria a executoriedade da decisão proferida.

---

costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell'itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali — come ogni giudice — sono vincolati al dovere di interpretare le leggi secundum Constitutionem. In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri — il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione — debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi. La tesi della sospensione del giudizio arbitrale al fine di consentire alle parti di sottoporre il dubbio di legittimità costituzionale al giudice ordinario, è solo apparentemente coerente con la disciplina dettata dall'art. 819 cod. proc. civ. in tema di questioni incidentali. La norma codicistica, infatti, postula che — una volta sospeso il procedimento arbitrale — il giudice competente adíto dalle parti decida la questione incidentale; mentre, nel caso della questione di costituzionalità, al giudice ordinario sarebbe demandato solo il compito di reiterare la valutazione di rilevanza e di non manifesta infondatezza, già effettuata dagli arbitri, al fine di sollevare davanti a questa Corte una questione pregiudiziale rispetto ad una decisione di merito che non spetta al giudice medesimo ma agli arbitri. Conclusivamente, dunque, va affermato, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, che anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa. (…)"

[26] Caso 11-40030: *"Attendu que l'arbitre désigné par le bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris pour régler un différend opposant un avocat à une société civile professionnelle d'avocats à la suite du retrait du premier de la seconde, a transmis une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée : 'L'article 1843-4 du code civil porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principes fondamentaux reconnus par les droits et lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, en ce que la disposition en cause porte une atteinte substantielle au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction?'; Mais attendu que l'arbitre investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance nº 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; qu'il s'ensuit que la question transmise par l'arbitre désigné par le bâtonnier, saisi en application d'une convention d'arbitrage, est irrecevable; PAR CES MOTIFS: DECLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité;"*.

III.4 Arbitragem doméstica com aplicação de lei estrangeira que por decisão posterior da Corte Constitucional estrangeira foi considerada inconstitucional

Indagam-se os efeitos no Brasil de uma decisão posterior de Corte Constitucional estrangeira, declarando a inconstitucionalidade de lei estrangeira aplicada em arbitragem com sede no Brasil. A decisão da Corte Constitucional estrangeira pode levar à nulidade da sentença arbitral anteriormente proferida no Brasil? Acredita-se que no caso devem ser aplicadas as mesmas regras utilizadas no Brasil para o processo judicial: as decisões posteriores de inconstitucionalidade não afetam automaticamente as decisões anteriores em sentido contrário que tenham transitado em julgado.[27] Na hipótese, vale a regra constitucional brasileira de respeito às decisões que tenham transitado em julgado — a que se equiparam os laudos arbitrais que já possuam caráter definitivo.[28]

III.5 Arbitragem estrangeira com aplicação de lei brasileira

Aqui se tem a situação inversa da comentada no item III.3, acima. Mais uma vez, acredita-se que a resposta depende da qualificação conferida: caso se considere o controle de constitucionalidade questão atinente ao mérito da controvérsia, e como na hipótese se aplicará lei brasileira, o árbitro poderá proceder ao controle incidental da lei à luz da Constituição brasileira; por outro lado, caso se considere a questão de direito processual, a solução não será necessariamente essa.

---

[27] A polêmica no direito brasileiro é explicada por LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional; relativizando a "relativização". *Rede*, v. 14, 2008.

[28] Art. 33 da Lei de Arbitragem: "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".

III.6 Laudo proferido no exterior com aplicação de lei estrangeira contrária à Constituição estrangeira poderá ser homologado pelo STJ?

A matéria de homologação de laudos arbitrais proferidos no exterior é regida pela Convenção de Nova York, que parte da premissa de que o laudo estrangeiro como regra deve ser reconhecido, salvo situações excepcionais, dentre elas a hipótese de ferir a ordem pública do país do reconhecimento. A Convenção determina em seu art. V:

> **1 —** O reconhecimento e a execução da 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: (...) **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 execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Assim, a Convenção não considera óbice ao reconhecimento a violação à ordem pública do país em que o laudo foi proferido nem tampouco à do país da legislação aplicável à hipótese.

Importante frisar que não se realiza o reexame do mérito da decisão judicial ou arbitral estrangeira, assim não faz sentido se proceder ao exame da adequação da lei aplicável à constituição estrangeira. Por outro lado, há situações em que o desrespeito à constituição estrangeira se traduz em desrespeito também à nossa Constituição e, por isso, o laudo pode ter a sua homologação negada, com base no dispositivo acima citado da Convenção de Nova York.

III.7 Laudo proferido no exterior com aplicação de lei brasileira contrária à Constituição brasileira pode ser homologado pelo STJ?

A Convenção de Nova York prevê a possibilidade de não reconhecimento da decisão arbitral estrangeira se esta ferir a ordem pública do país do reconhecimento, como visto no item imediatamente anterior. Assim, o STJ pode

deixar de homologar o laudo arbitral proferido no exterior que tenha aplicado a lei brasileira de forma contrária a normas fundamentais da Constituição brasileira. Com relação a essa hipótese, podem-se admitir duas situações distintas, que levam à mesma conclusão: a solução dada ao caso, no mérito, fere a Constituição ou a lei brasileira aplicada ao caso é inconstitucional. Note-se que não se trata de verificar se a lei brasileira foi corretamente aplicada pelo árbitro no exterior, pois isso seria uma verdadeira revisão de mérito, o que não é admitido, mas uma verificação da conformidade da decisão estrangeira com os princípios fundamentais da Constituição brasileira, o que se admite no âmbito da ordem pública brasileira, como já se viu.

III.8 Laudo arbitral proferido no exterior com base em lei brasileira que foi declarada inconstitucional pelo STF pode ser homologado pelo STJ?

Questiona-se se por analogia devem ser aplicadas as mesmas regras utilizadas no Brasil para o processo judicial: as decisões posteriores de inconstitucionalidade não afetam automaticamente as decisões anteriores em sentido contrário que tenham transitado em julgado.

Note-se que ainda que a decisão estrangeira tenha transitado em julgado no exterior, a decisão ainda não foi homologada pelo STJ e, portanto, acredita-se que esse exame deve ser feito quando da homologação.

Sabe-se que o exame da ordem pública da decisão estrangeira é contemporâneo ao processo de homologação. Ou seja, uma decisão que violava a ordem pública brasileira quando proferida no exterior pode ser homologada se não mais ferir a ordem pública brasileira quando da homologação. Isso é o que acontecia com os divórcios de brasileiros proferidos no exterior antes da Lei do Divórcio. À época em que foram proferidos, os divórcios feriam a ordem pública brasileira, visto que a Constituição de 1969 determinava a indissolubilidade do matrimônio em seu art. 175, §1º. Após a Emenda Constitucional nº 9/1977 que permitiu o divórcio, o STF (autoridade competente então para a homologação de sentenças estrangeiras) passou a homologar esses divórcios ainda que proferidos anteriormente à referida Emenda Constitucional sob o argumento de que a análise da ordem pública é contemporânea. Assim, transpondo-se essa solução para a hipótese em questão, o STJ deveria analisar a ordem pública da época da homologação e, portanto, indeferir o pedido.

IV. Conclusões

Do que se expôs, chega-se a uma principal conclusão: não é possível a adoção de um critério uniforme quanto ao controle da constitucionalidade das leis pelo árbitro. É preciso analisar caso a caso o conflito para então definir se tal controle se encontra dentro das competências do árbitro. Para simplificar, podemos dividir os possíveis cenários em dois grandes grupos — o da arbitragem doméstica e o da arbitragem estrangeira —, os quais se subdividem conforme a lei aplicada.

1. No caso da arbitragem doméstica:
   a) com aplicação da lei material brasileira — admite-se o controle pelo árbitro. Como o árbitro é juiz de fato e de direito e como o juiz pode exercer esse controle, então também o árbitro pode exercê-lo.
   b) com aplicação de lei estrangeira — o árbitro pode verificar a compatibilidade da lei estrangeira com a Constituição brasileira, por determinação expressa do art. 2º da Lei de Arbitragem. A despeito de o dispositivo mencionar somente a ordem pública brasileira e de serem conceitos diferentes — ordem pública e norma constitucional —, as normas constitucionais fundamentais estão inequivocamente compreendidas nesse conceito.

      Caso se trate de lei estrangeira declarada posteriormente inconstitucional pela Corte Constitucional estrangeira, recorre-se a uma analogia com o que ocorre nos processos judiciais: as decisões posteriores de inconstitucionalidade não afetam as decisões anteriores em sentido contrário que tenham transitado em julgado.

Ainda no que diz respeito à arbitragem doméstica, a questão do controle da constitucionalidade da lei estrangeira à luz da Constituição estrangeira exige que se proceda à qualificação desse controle: caso seja considerado uma questão de direito material, o que parece mais indicado, há que se observar o que determina a lei estrangeira; já na hipótese de se considerar direito processual, pode-se admitir o controle ainda que a lei que está sendo controlada não o admita.

2. No caso da arbitragem estrangeira:
   a) com aplicação do direito brasileiro — a questão também é de qualificação. Caso se qualifique como questão de direito material, o controle pelo árbitro é admitido nos mesmos termos que permitido ao juiz. Quando da homologação, o STJ pode verificar a constitucionalidade da lei, por força da Convenção de Nova York, art. V, 2, *b*.

Se se tratar de lei brasileira declarada posteriormente inconstitucional pelo STF, o STJ poderá negar reconhecimento ao laudo arbitral, pois o exame da ordem pública é contemporâneo ao processo de homologação.

b) com aplicação de lei estrangeira — quando da homologação dessa sentença arbitral pelo STJ, o Tribunal não procederá à verificação da constitucionalidade da lei estrangeira pelo árbitro no exterior, pois não se examina o mérito da decisão a ser homologada no país.

Referências

ACCIOLY, Hildebrandro; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALMEIDA, Ricardo. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

DERAINS, Yves. Les tendances de la jurisprudence arbitrale. *Journal de Droit International*, 120 (4), p. 829-855, oct./nov./déc. 1993.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado — parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial; ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 23, n. 90, p. 205-232, abr./jun. de 1986.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional; relativizando a "relativização". *Rede*, v. 14, p. 1-37, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/glauco-salomao-leite/coisa-julgada-inconstitucional-relativizando-a-relativizacao>.

NAON, Horatio A. Grigera Naon. Arbitration and Latin America. In: LEW, Julian; MISTELIS, Loukas. *Arbitration insights*: twenty years of the annual lecture of the school of international arbitration. 2007. The Netherlands: Kluwer Law International, p. 393-454.

SOUZA JR., Lauro da Gama. *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004*: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública: estado atual no direito brasileiro. *Revista de Direito Público* (no prelo).

WEBER, Ana Carolina. *O controle de constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro*. Dissertação (mestrado) — Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.