

COLEÇÃO ATLAS DE PROCESSO CIVIL

Coordenação
Carlos Alberto Carmona

ORDEM PÚBLICA E PROCESSO

O Tratamento das Questões
de Ordem Pública no
Direito Processual Civil

Ricardo de Carvalho Aprigliano

editora
atlas

for internacional, o núcleo a ser investigado relativamente à ordem pública será menor, mas caso constatada a ofensa à ordem pública a que alude o artigo 39, II, da Lei de Arbitragem, a consequência será a recusa na homologação de sentenças estrangeiras.

3.2 Ordem pública e arbitragem

Antes de analisar a ordem pública como fator de restrição à arbitragem (seja para justificar a anulação de sentenças nacionais, seja para justificar a recusa na homologação de sentenças estrangeiras), convém esclarecer que a arbitragem convive tranquilamente com a ordem pública, devendo ser afastada qualquer conclusão no sentido de que, se a matéria envolver normas ou preceitos de ordem pública, não pode ser submetida à arbitragem.

A origem desta confusão está na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados. No capítulo anterior, demonstrou-se que isto não é verdade.

Se é fato que tudo que é indisponível é de ordem pública, o inverso não é verdadeiro. Nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos indisponíveis. Pedro Batista Martins, entre outros autores de renome, adverte que é um engano considerar que a matéria de ordem pública não seja arbitrável, pois “ao árbitro não é vedado decidir questões que contemplem ordem pública, mas, tão-somente, conflitos que tenham por objeto direito indisponível”.⁸

Como ilustração, pondere-se que há temas que interessam ao Estado ou à Jurisdição e, não obstante, é possível que a parte renuncie a certa posição processual, ou a direitos de que seja titular. Como já demonstrado, a proteção ao trabalhador não significa em absoluto que não possa ele transigir sobre créditos de que seja titular nem o obriga a promover ações judiciais.

A questão fundamental a ser analisada, portanto, não é tanto se a arbitragem envolve apenas questões jurídicas estritamente disponíveis, sem nenhuma influência de qualquer matéria que pudesse ser considerada de ordem pública, mas a de examinar se, diante de matérias de ordem pública, o árbitro a analisou devidamente, se apreciou o tema e concluiu, fundamentadamente, pelo afastamento da norma de ordem pública naquele caso concreto. Agindo desta forma, nenhum reparo poderá ser feito à decisão arbitral.

De outro lado, se o árbitro deixa de levar em conta preceitos de ordem pública, ou o faz sem a devida fundamentação, a decisão arbitral padecerá do vício de falta ou deficiência de fundamentação, que poderá determinar a anulação da

⁸ Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 4.

sentença nacional (artigo 32, III, da LA) ou a recusa na homologação da sentença estrangeira, eis que este requisito é considerado integrante da ordem pública nacional, na esteira dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.⁹

Neste mesmo sentido, referindo-se a demandas envolvendo o direito ambiental, a doutrina afirma, valendo-se de precedentes da jurisprudência francesa (país bastante evoluído em matéria de arbitragem, possivelmente influenciado pelo fato de ser sede da tradicional CCI – Câmara de Comércio Internacional), que a

“[...] arbitrabilidade do litígio não é excluída pelo simples fato de que uma norma de ordem pública seja aplicável em relação ao direito litigioso. Não é, portanto, pelo fato de a matéria ser de ordem pública que ela não é arbitrável. Os árbitros também são competentes, por exemplo, para decidir litígios sobre matéria de direito comunitário da concorrência. Também o são em matéria ambiental, à condição de que uma convenção arbitral tenha sido celebrada”.¹⁰

Ademais, importante que se diga que no momento da determinação da arbitragem como meio para a solução de eventual e futuro litígio, e mesmo considerando que as partes podem livremente escolher a legislação que irá regular a questão de fundo, não é possível considerar que a simples escolha de uma lei seja causa de violação à ordem pública. Nas palavras de Pedro Batista Martins,

“[...] a lei escolhida, ou o mero exercício da opção, não viola, necessária e antecipadamente, os bons costumes ou a ordem pública. O que pode vir a violar tais princípios é a decisão proferida pelo árbitro com base na lei escolhida pelas partes. A lei não é, de antemão, atentatória à ordem pública ou aos bons costumes. Sua aplicação é que poderá violar esses pressupostos de direito”.¹¹

Além de ser perfeitamente possível que a matéria submetida a julgamento em processos arbitrais envolva questões de ordem pública, não se deve olvidar que é dos próprios árbitros a tarefa inicial e precípua de controlar a incidência e aplicação de leis de ordem pública na arbitragem, como forma de assegurar a plena eficácia da sua decisão e prevenir ataques, seja em arbitragem nacional, seja em internacional. A doutrina nacional e estrangeira sobre o tema da arbitra-

⁹ Ver, a respeito, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 477-478. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre homologação de sentenças estrangeiras em geral, não apenas as arbitrais, revela porém que este tema tem sido pouco invocado. Um dos julgamentos mais recentes envolve sentença judicial, no qual foi recusada a homologação por motivação insuficiente em ação de alimentos. SEC 880–Itália. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18.10.2006.

¹⁰ Tomas Clay, *Arbitragem e meio ambiente*, p. 37.

¹¹ Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 46.

gem sustenta tal posição, inclusive como forma de dar credibilidade à arbitragem internacional.¹²

De fato, fala-se inclusive em princípio da eficácia, justamente porque a eficácia é a razão de ser da arbitragem, de modo que a decisão arbitral há de ser executável, seja no local em que foi dada, seja no local em que terá que ser eventualmente cumprida. “Ora, tal dever implica, necessariamente, a definição, pelo árbitro, do que deve ser considerado como regra de ordem pública naquele país.”¹³

3.3 Arbitragem nacional

A lei brasileira da arbitragem optou por distinguir a sentença nacional e a estrangeira segundo o critério do local em que a sentença arbitral será proferida. O artigo 10 da lei exige o local em que será proferido o laudo como elemento essencial do compromisso arbitral e o artigo 34, parágrafo único, dispõe que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Disso decorre que, para os efeitos da lei,

“pouco importa se os atos do processo arbitral serão praticados no Brasil ou não (ou se serão em parte realizados em território nacional, e em parte fora dele). De fato, pode ocorrer que todos os atos sejam praticados fora do território nacional, e ainda assim a arbitragem seja tida por brasileira: basta que a sentença arbitral seja aqui proferida”.¹⁴

No contexto da lei brasileira de arbitragem, relativamente às sentenças nacionais, a observância dos preceitos de ordem pública configura um duplo requisito. Primeiro, para a definição das regras de direito que serão aplicadas no julgamento da questão submetida à arbitragem, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º, da lei brasileira, que permite às partes a escolha das regras de direito aplicáveis,

¹² “Ainda que os árbitros não sejam guardiões da ordem pública nem estejam investidos pelo Estado da missão de aplicar suas regras de cumprimento obrigatório, deveriam, não obstante, ter um estímulo para fazê-lo mesmo sobre um sentido de dever em relação à sobrevivência da arbitragem internacional como instituição.” Cremades e Cairns, *El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores*, p. 374-379, apud Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 55. Diego P. Fernández Arroyo ensina que a ampliação da autonomia das partes traz como consequência que se confiem aos árbitros o controle das questões de ordem pública, o que representa avanço notável para a eficácia da arbitragem, pois uma arbitragem sobre litígio que afete a ordem pública de um Estado não significa necessariamente a frustração da arbitragem, na medida em que o tribunal arbitral não vulnere os princípios de ordem pública relacionados. Diego P. Fernández Arroyo, *Los dilemas del estado frente al arbitraje comercial internacional*, p. 111-114, apud Pedro Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 55. Ver, ainda, Rodrigo Garcia da Fonseca, *O princípio competência-competência na arbitragem: Uma perspectiva brasileira*, p. 277-303.

¹³ Arnoldo Wald, *Homologação de sentença arbitral estrangeira*. SEC 802, *Jurisprudência comentada*, p. 205.

¹⁴ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 204.

desde que não violem os bons costumes e a ordem pública. É justamente este dispositivo que permite à doutrina especializada concluir pela ampla possibilidade de submeter à arbitragem matérias pertinentes à ordem pública, pois “seria desnecessário a lei exigir das partes – e indiretamente do árbitro – o respeito à ordem pública, se as matérias a esta pertinentes já estivessem, de antemão, totalmente excluídas do âmbito da arbitrabilidade”.¹⁵

O segundo requisito de observância da ordem pública se dá em relação à sentença arbitral, que não pode ser dada em violação às normas de ordem pública, sob pena de sua anulação. A lei brasileira da arbitragem traz em seu artigo 32 as hipóteses que justificam a anulação da sentença arbitral. São hipóteses restritas, *numerus clausus*, interpretadas pela doutrina especializada como as únicas situações capazes de justificar a interferência do Poder Judiciário em relação ao processo que se desenvolveu por este método alternativo.

3.3.1 O controle judicial sobre as sentenças arbitrais com fundamento na violação à ordem pública

Apesar da dicção legal, que fala em nulidade da sentença arbitral, convém ressaltar que não se trata propriamente de uma ação de nulidade. Carlos Alberto Carmona pondera que o correto é considerar que se trata de anulabilidade, pois, até que seja cassada ou anulada, a decisão arbitral produzirá seus efeitos, circunstância própria dos atos anuláveis, e não dos atos nulos. A ação que visa a atacar a sentença arbitral é, portanto, constitutiva negativa, com efeitos *ex nunc*.¹⁶

De outro lado, se contra a sentença judicial há a previsão da ação rescisória, como forma de desconstituir a coisa julgada que sobre ela se formou, no plano da sentença arbitral, só se pode cogitar da ação anulatória prevista no artigo 33, não se podendo falar de aplicação conjunta ou subsidiária das hipóteses da ação rescisória à lei de arbitragem.¹⁷

¹⁵ Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, p. 109. Em sentido contrário, afirmando que “a ordem pública – por seu caráter marcadamente indisponível – não pode, porém, ser objeto de sentença arbitral, pois não pode ser objeto de compromisso e se não o for e houver decisão a ela atinente, estará fora dos limites da convenção de arbitragem. A ordem pública, portanto, sempre será causa de nulidade da sentença arbitral (Lei de Arbitragem, art. 32, I e IV)”. José Augusto Fontoura Costa e Rafaela Lacorte Vitale Pimenta, *Ordem pública na Lei nº 9.307/96*, p. 205-206.

¹⁶ “De fato, enquanto não manejada, com sucesso, a demanda de que trata o artigo 33, permanece íntegra a decisão arbitral, sendo certo que, decorrido o estreito prazo decadencial de 90 dias para o ataque ao laudo defeituoso, não há mais como impugná-lo (exceção feita aos laudos condenatórios, eis que reservada ao executado a possibilidade de oposição de defesa de que trata o art. 475-L do Código de Processo Civil.” Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 398-399.

¹⁷ Nesse sentido, Flávio Yarshell explica que o controle judicial da sentença arbitral deve se dar pela ação anulatória (ou embargos ao devedor) prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem, e jamais pela ação rescisória de que trata o artigo 485 do Código de Processo Civil, pois a regra especial deve prevalecer sobre a geral, devendo ser entendida a disciplina da ação rescisória como tal. A prova disso é o próprio prazo que se aplica para a demanda de nulidade, que é o decadencial de 90 dias e não o de dois anos do artigo 485 do Código de Processo Civil, também decadencial. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória, p. 96.

A doutrina também esclarece que o prazo de 90 dias referido no artigo 33 é decadencial, e não meramente prescricional. Como decadência que é, implica a perda do direito de impugnar a decisão, por todos os fundamentos ali previstos. A exceção é dada pelo próprio artigo 33, § 3º, que autoriza a tentativa de anulação da sentença arbitral mediante Impugnação ao Cumprimento da Sentença, nas hipóteses do artigo 475-L do Código de Processo Civil.¹⁸ De toda forma, são hipóteses bem mais restritas do que as trazidas no artigo 32, as quais não podem, em qualquer hipótese, ser deduzidas após o prazo de 90 dias.

Ao devedor abrem-se então duas alternativas. A primeira, de propor ação anulatória da sentença arbitral, no prazo decadencial de 90 dias, arguindo as matérias trazidas no artigo 32. A segunda, de opor como matéria de defesa em eventual execução da sentença arbitral as matérias do artigo 475-L do Código de Processo Civil.¹⁹ Se a execução tiver início imediatamente após a prolação da sentença arbitral e a Impugnação ao Cumprimento da Sentença puder ser apresentada dentro dos 90 dias, então nesta hipótese o devedor poderá cumular as alegações do artigo 32 e do artigo 475-L do Código de Processo Civil. Passado aquele prazo, não mais se poderá discutir qualquer alegação contida na Lei de Arbitragem, pois esta é a interpretação adequada ao próprio espírito da lei e à tentativa de conferir grande carga de eficácia à sentença arbitral.

Por esta mesma razão, equivocada a doutrina que considera possíveis outros mecanismos de ataque à arbitragem, inclusive no seu curso (por exemplo, ação de nulidade de compromisso ou cláusula compromissória), pois o sistema da lei impõe que todos os defeitos, sejam do procedimento, seja da própria sentença, sejam objeto de um único ataque concentrado, pela via da ação de anulação do artigo 32.^{20,21} Como tivemos oportunidade de afirmar em breve estudo acerca do controle judicial sobre o processo arbitral, “o que não se pode, contudo, é pretender escolher o melhor dos dois mundos. A agilidade e a especialidade da arbi-

¹⁸ No Projeto do novo Código de Processo Civil, o artigo 475-L passa a ser o artigo 511.

¹⁹ Neste sentido, ver o Agravo de Instrumento nº 7.125.995-9, 16.05.07, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

²⁰ Marcus Vinicius Tenório da Costa Fernandes admite a propositura de ação declaratória de nulidade para que o Poder Judiciário analise as peculiaridades de cada caso e impeça a instauração do procedimento arbitral. “Se essa situação puder ser atacada antes da prolação da sentença arbitral, como é o caso (do art. 32, I, da Lei de Arbitragem), não há razão para que se guarde a prática de tal ato processual.” *Anulação da sentença arbitral*, p. 61. No sentido do texto, Carreira Alvim observa que: “Esses casos (do art. 32) são taxativos, não sendo facultado às partes ampliá-los além dos limites legais, como não podem também prever formas de impugnação de sentença, em sede judicial, além da ação de nulidade prevista pela própria lei (art. 33, LA).” *Tratado geral da arbitragem*, p. 474.

²¹ Entre tais medidas não contempladas no ordenamento brasileiro, está a ação declaratória de nulidade de sentença arbitral estrangeira. Se a sentença nacional pode ser objeto de uma ação declaratória, nos prazos e limites referidos no texto, a sentença arbitral estrangeira certamente não pode ser atacada por ação declaratória. Como bem observa João Bosco Lee, até a homologação pelo Tribunal Superior indicado pela Constituição (desde a EC 45/2004, o STJ), a sentença estrangeira não existe para o ordenamento jurídico brasileiro. João Bosco Lee, O caso CAO A v. Renault, jurisprudência estatal nacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: Editora Síntese; CBAr, Comitê Brasileiro de Arbitragem, nº 3, jul./set. 2004, p. 142.

tragem, aliada ao controle judicial no decorrer do processo”, o que não infirma a validade e a utilidade deste mecanismo de solução de controvérsias.²²

São oito as hipóteses de anulação da sentença arbitral, adiante resumidas: (i) se for nulo o compromisso, (ii) proferida por quem não podia ser árbitro, (iii) proferida sem os requisitos do artigo 26 da Lei (que por sua vez trata dos requisitos da sentença arbitral, que são o relatório, a fundamentação, o dispositivo e a data e local em que foi dada).

Também é anulável (iv) a sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, (v) a que não decidir todo litígio submetido à arbitragem, (vi) ou aquela comprovadamente proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva. As duas últimas hipóteses são as de (vii) desrespeito ao prazo estipulado para o julgamento e (viii) desrespeito aos princípios processuais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.²³

Questão que se debate na doutrina é a de saber se cabe a anulação da sentença por outras hipóteses, não tipificadas na lei, mas que, acaso verificadas, poderiam igualmente justificar este enquadramento na cláusula mais geral de violação à ordem pública.

A maior parte da doutrina considera que o rol do artigo 32 é taxativo, não pode ser ampliado pelas partes. É de Ricardo Ramalho Almeida a ponderação de que “notadamente, inexistente qualquer dispositivo, específico ou geral, que diga respeito à *ordem pública material*, isto é, a questões relacionadas ao mérito da causa”. Não obstante, mesmo que se considere que ampliar as hipóteses violaria a própria lei de arbitragem, o autor sustenta que em casos excepcionalíssimos deve-se admitir tal extensão, em vista dos princípios de acesso à justiça e de ampla defesa, entre outras garantias constitucionais relacionadas ao processo. Tal interpretação, “embora *contra legem*, é mais conforme a Constituição”, e em qualquer caso, o controle judicial deve ser sempre muito excepcional e rarefeito.²⁴

²² Ricardo de Carvalho Aprigliano. Poder Judiciário e arbitragem: controle judicial sobre as sentenças arbitrais. *Tribuna do Direito*, dez./2010, p. 8.

²³ Das situações do artigo 32 e em especial do seu artigo 33, § 2º, decorre que a anulação da sentença arbitral gera duas possíveis consequências. A primeira delas, em que o vício é de tal natureza que impõe a eliminação da decisão, sem sua substituição ou complementação por outra. Ocorre a decretação total da nulidade da sentença e, em decorrência, do processo arbitral como um todo. Esta decisão remeterá as partes a uma futura ação judicial, para submeter o mesmo conflito perante o Poder Judiciário. São as situações que implicam em nulidade da convenção de arbitragem ou do seu procedimento. Diferente ordem de consequências advirá se a anulação se der pelas demais hipóteses do artigo 32, quando então o órgão jurisdicional apenas anula a parte indispensável da sentença arbitral (naquilo que excedeu a convenção arbitral ou que deixou de decidir integralmente o litígio, por exemplo) e remete ao Tribunal arbitral para que complete sua tarefa, se for o caso. Em nenhum caso, o Judiciário toma para si, por força da própria ação anulatória, a função de julgar o caso. Exerce, portanto, apenas um juízo rescindente da sentença arbitral, sem substituí-lo.

²⁴ Ricardo Ramalho Almeida então complementa seu pensamento, sugerindo possíveis limites ou contornos para que esta revisão possa ser feita: (i) a decisão for juridicamente intolerável, (ii) preceitos de ordem pública tenham sido invocados, e decididos pelo árbitro, fundamentando a decisão “de forma irracional e ilógica” ou de forma deficiente. No primeiro caso, padecendo do mínimo de juridicidade, a sentença arbitral poderia ser

De toda forma, na casuística forense o que se observa é a tentativa de revisão das sentenças arbitrais pelo enquadramento da situação concreta em algumas das hipóteses já contempladas na lei. Como os incisos do artigo 32 comportam preceitos com certo grau de generalidade, as tentativas de anulação têm se valido do direito positivo, sem recorrer à alegação de violação a preceitos de ordem pública que não tenham reflexo na própria lei.

E isto se dá, em grande medida, porque, em maior ou menor grau, todas as hipóteses do artigo 32 têm alguma relação com a ordem pública, ou seja, em todas as hipóteses que autorizam a anulação da sentença arbitral pode-se identificar o elemento comum da proteção à violação da ordem pública.²⁵ Mesmo nas situações em que nenhum vício de ordem formal ocorreu, e que o objetivo não declarado é a mera revisão da decisão em seu conteúdo, as alegações das partes quase sempre se vinculam à suposta violação dos princípios processuais, ou inexistência de compromisso arbitral capaz de subtrair o exame daquela questão ao Poder Judiciário.

Neste tema, a jurisprudência brasileira tem dado mostras de perfeita sintonia com o objetivo de preservação da sentença arbitral, do favorecimento e prestígio a este método de solução de conflitos, redundando em improcedência a maior parte dos pedidos anulatórios.²⁶

Há, de um lado, a percepção da necessidade de favorecimento da arbitragem, a partir de interpretação um tanto restritiva quanto ao enquadramento das situações concretas nas exceções da lei ou na cláusula geral de observância da ordem pública. De outro lado, impõe-se a anulação das decisões que, por exemplo, envolvam litígio que não foi efetivamente submetido a este método de solução de conflitos, ou de decisão que, não obstante a validade do compromisso arbitral, tenha abrangido tópicos não incluídos naquele compromisso, ou ainda que tenha infringido princípios processuais extremamente sensíveis do ordenamento, entre outras situações. A violação à ordem pública é justamente o princípio mais geral que justifica o controle jurisdicional que se exerce sobre a sentença arbitral.

impugnada por seu resultado ser totalmente indesejável para a sociedade, indo frontalmente de encontro com princípios fundamentais do ordenamento jurídico ou questões de ordem pública. No segundo caso, o árbitro faltou com seu dever de fundamentação, emitiu seu voto com desídia. Permite-se, assim, um possível enquadramento no inciso III do artigo 32 da Lei de Arbitragem, por vício na explicitação dos fundamentos da decisão. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública, p. 267.

²⁵ Ver, a respeito, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 411-418.

²⁶ O comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), em parceria com a Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, realizou pesquisa sobre Arbitragem e Poder Judiciário, analisando a jurisprudência brasileira sobre o tema. Entre outros temas, foram compiladas e analisadas decisões sobre a Invalidez da Sentença Arbitral. O resultado da pesquisa, que atesta efetivamente o panorama favorável referido no texto, pode ser encontrado em <www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_GV-CBar_relatorio_final_1_etapa_2fase_24.06.09.pdf>. Ver, também, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento 1106247-0/0, j. 24.04.2007, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar. O acórdão analisou e rejeitou a alegação de violação ao devido processo legal (cerceamento de defesa por indeferimento de prova pericial).

Na doutrina alemã também se reconhece que determinados motivos para a anulação de sentenças arbitrais nacionais e para a recusa à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, não obstante sua aparente gravidade e pertinência com a ordem pública, só podem ser reconhecidos se a parte os invoca. Contudo, reconhece-se, de uma forma geral, a invocação do princípio da ordem pública processual se há a violação a princípios processuais fundamentais, como do tratamento desigual das partes ou falta de imparcialidade do órgão arbitral, o que pode conduzir à recusa na homologação “independent of a party’s action”.²⁷

3.4 Arbitragem internacional: A violação à ordem pública como motivo para negar a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras

A disciplina legal para o reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil decorre tanto da Lei de Arbitragem, editada em 1996, como do Decreto 4.311, de 23.7.2002, que ratificou a adesão do Estado Brasileiro à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de sentenças Arbitrais Estrangeiras, de Nova Iorque, de 10.6.1958.²⁸

Em linhas gerais, as regras do artigo 39 da lei brasileira são substancialmente equivalentes às hipóteses do artigo V, 1, da CNY, e esta coincidência não se deu por acaso. Na realidade, o legislador pátrio optou por adicionar à lei brasileira a

²⁷ Karl-Heinz Bockstiegel. “In this context, public policy remains one of the last resorts to protect what is considered by states as their specific national sacrosanct taboos and interests. Though public policy is used less and less in practice as barring recognition and enforcement of arbitral awards, the many concepts and interpretations still found in practice and legal writings produce an unwarranted insecurity and lack of predictability.” *Public policy as a limit to arbitration and its enforcement*, p. 169 e 173.

²⁸ 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: (a) as partes a que se refere o artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou (b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou (c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão a arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contando que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida ou executada, ou (d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento não se deu em conformidade com o acordado entre as partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou (e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país no qual se pretende o reconhecimento e execução constatar que (a) segundo a lei daquele país, o objeto de divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou (b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública naquele país.

mesma sistemática da Convenção de Nova Iorque, tornando sua aplicação certa desde logo, independentemente da futura e incerta ratificação daquele tratado pelo ordenamento brasileiro.

Além de servir de inspiração para o diploma brasileiro, a Convenção de Nova Iorque, que completou 50 anos em 2008, é também a origem de inúmeros outros dispositivos legais, em diversos países.²⁹ Na Itália, por exemplo, o reconhecimento e execução de laudos estrangeiros serão recusados, mesmo de ofício, nas mesmas situações que no Brasil, caso (i) *la controversia non potesse formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana* e (ii) *il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico* (CPC italiano, artigo 839).^{30, 31}

Também quanto às sentenças estrangeiras, as hipóteses de anulação são taxativas e não exemplificativas, *numerus clausus*.³² Para Pedro Batista Martins, a corte local não pode entrar no mérito da decisão arbitral estrangeira, já transitada em julgado. “Sua análise está, rigorosamente, adstrita às questões formais que a lei autoriza o réu alegar ou à corte judicial, de ofício, abordar. Nem mais, nem menos.”³³

E de um modo geral é esta a posição majoritária na doutrina, de conferir ao citado dispositivo interpretação sempre restritiva. Tal elenco constitui a garantia mínima e a exigência máxima de requisitos a serem verificados. Garantia mínima, porque o Superior Tribunal de Justiça deve analisar se nenhum deles está presente, para concluir pela possibilidade de homologação da sentença arbitral estrangeira. Exigência máxima, porque verificada a ausência de infração a estes dispositivos (devidamente alegados pela parte interessada, no caso do artigo 38, e mesmo de ofício, nas hipóteses do artigo 39), ao Superior Tribunal de Justiça somente é dado homologar a referida decisão, sem perquirir outros motivos, além daqueles expressamente ali previstos.³⁴

²⁹ Paulo Borba Casella afirma, com acerto, que a Convenção de Nova Iorque é uma das mais bem-sucedidas experiências de uniformização jurídica pela via convencional, tendo já sido ratificada por 139 países. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada, p. 208, coautoria com Daniel Gruenbaum.

³⁰ Contudo, diversos países não adotam a sistemática da CNY. “Há países que sequer aceitam a eficácia de sentenças estrangeiras, fundamentadas no princípio da territorialidade, exigindo que seja proposta uma nova lide no país para que o Estado se pronuncie sobre a questão e lhe confira efetividade. Países como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca desconhecem completamente a homologação, recusando-a total, formal e materialmente, considerando a sentença estrangeira como um simples fato.” Fernanda Lucas Bessa, *A homologação de sentenças estrangeiras e o caráter paradoxal das normas de DIP*, p. 79.

³¹ Sobre a arbitragem no direito italiano, em especial o procedimento para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, ver Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 791-792, e Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, p. 146-155.

³² Arnoldo Wald e Valéria Galíndez, *Homologação de sentença arbitral estrangeira. Contrato não assinado. Desnecessidade de concordância expressa com a cláusula compromissória*, p. 242.

³³ Pedro A. Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 382.

³⁴ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 126. Sobre o tema, ver também Danilo Knijnik. Reconhecimento da sentença estrangeira e tutela da ordem pública processual pelo juiz do foro, ou verificação, pelo Superior Tribunal de Justiça, do “modo de ser” do processo estrangeiro, p. 64-75.

E de fato, há vários precedentes dos Tribunais Superiores que reafirmam a impossibilidade de examinar o mérito das decisões proferidas por autoridade estrangeira (estatal ou arbitral).³⁵

3.4.1 *Distinção entre ordem pública nacional e internacional*

No contexto do direito internacional privado, e ao se cogitar do instituto da ordem pública como causa para possível recusa à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, não se pode olvidar da distinção, feita em doutrina, entre os conceitos de ordem pública interna e ordem pública internacional.

A ordem pública interna tem aplicação nas relações desenvolvidas dentro do próprio Estado, sujeitas à sua exclusiva jurisdição. Aplica-se a um sem-número de situações, a generalidade das pessoas e relações jurídicas, que contratam, vendem, compram e praticam atos dentro do próprio país, com partes contrárias igualmente domiciliadas no Brasil, para que produzam efeitos e sejam executados sob a égide apenas e tão somente da legislação nacional. Deste prisma o núcleo que compõe a ordem pública brasileira será necessariamente mais amplo do que aquele abrangido pelas relações internacionais das quais o Brasil faça parte.

Segundo Carlos Alberto Carmona,

“[...] a ordem pública internacional funciona como verdadeiro filtro de leis, sentenças (arbitrais ou estatais) e atos em geral que devam ter eficácia no território nacional, impedindo tal eficácia quando ameaçados relevantes valores de justiça e de moral”.³⁶

Para que uma sentença arbitral estrangeira possa ser homologada no Brasil é preciso verificar se ela não ofende preceitos de ordem pública que o Brasil estabelece em suas relações internacionais. Não se deve examinar a questão sob a ótica das normas cogentes que o País adote em suas relações internas, pois estas serão necessariamente mais amplas e abrangentes.

No direito estrangeiro, tal distinção tem igual aplicação. Assim, segundo informa André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, na Alemanha os tribunais consideram que nem toda violação a normas imperativas do direito nacional justificam a negativa em homologar sentenças estrangeiras, o mesmo se aplicando à Suíça e aos Estados Unidos.³⁷

³⁵ Na Sentença Contestada Estrangeira – SEC 611, j. 23.11.2006, e relatada pelo Ministro João Otávio de Noronha, foram afastadas alegações supostamente formais, mas que pretendiam rever o mérito. Na SEC 760, julgada em 19.6.2006, relatada pelo Ministro Felix Fischer, afirmou-se que o controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. No Supremo Tribunal Federal, os precedentes sobre a impossibilidade de exame do mérito não se restringem às sentenças arbitrais, mas a qualquer sentença estrangeira. Ver, a propósito, a SEC 5778/EUA, relatada pelo Ministro Celso de Mello, e publicada na *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 5, p. 184.

³⁶ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 80.

³⁷ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 207.

Na realidade, a Convenção de Nova Iorque é a origem de tais dispositivos, que se encontram nos diversos países signatários, pois seu artigo V, II, *b*, claramente prevê que devem ser observados os preceitos de ordem pública do Estado *ad quem*, referindo-se ao que a doutrina convencionou chamar de ordem pública internacional, em contraposição à ordem pública interna.

Nesta perspectiva, por ordem pública internacional não se deve entender preceitos de direito internacional ou valores de justiça e moral que sejam compartilhados pelas nações (conceito que vem referido na doutrina como ordem pública transnacional, ou verdadeiramente internacional), mas apenas o conjunto de valores e preceitos fundamentais que um determinado país adote em suas relações internacionais.³⁸ Por isso é que devemos falar em ordem pública internacional brasileira, como o requisito a ser verificado pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto da objeção existente no artigo 39, II, da Lei de Arbitragem.

Este conceito, como visto, é necessariamente mais restrito do que a ordem pública nacional, e o princípio mais geral de favorecimento da arbitragem impõe que seja ele o sentido a ser adotado no contexto do reconhecimento das sentenças estrangeiras. Se para verificar a conformação de negócios jurídicos internacionais à ordem pública se considerar necessária a adequação daquele negócio (e da arbitragem a ela relativa) a preceitos domésticos, a conclusão inexorável é de que muitos dos julgamentos proferidos nesta sede acabarão por ser invalidados, por excessivo rigor na sua verificação.

O objetivo deve ser justamente o contrário, o de restringir o alcance desta verificação aos limites estritamente necessários, a fim de evitar fraudes e o predomínio de soluções jurídicas que sejam francamente contrárias ao núcleo essencial de dispositivos legais que o Estado brasileiro pretenda preservar neste contexto de relações internacionais. Por isso é que o artigo 39, II, da Lei de Arbitragem “deve ser interpretado à luz da sua norma inspiradora, o artigo V, II, *b* da Convenção de Nova Iorque, redigido em termos idênticos (*public policy of that country*)”.³⁹

Na mesma linha de raciocínio, encontram-se numerosas outras manifestações, todas preocupadas com os efeitos colaterais que uma concepção muito ampla deste controle da ordem pública poderia causar ao próprio instituto da arbitragem. Aliás, se a ordem pública é um fenômeno que se contrapõe e serve de freio para a autonomia da vontade, e se a arbitragem tem como sua característica fundamental justamente a potencialização desta ideia, bem se vê que, quanto

³⁸ Para Carmem Tibúrcio, “a ordem pública tem um âmbito de aplicação decrescente, com uma atuação maior na esfera doméstica e mais restrita quando se cuida da aplicação da lei estrangeira, sendo que na hipótese de aplicação indireta da lei estrangeira, de que é espécie a homologação de sentença estrangeira, há uma restrição ainda maior. Nessa última hipótese, a regra será o respeito a situações já validamente constituídas no exterior. A ordem pública imporá o não reconhecimento da decisão estrangeira apenas em circunstâncias extremas, quando princípios fundamentais do foro em que se pretende executar a decisão venham a ser gravemente violados”. *A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras*, p. 211.

³⁹ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 209.

mais temas forem considerados como inerentes à ordem pública, mais limitado estará o campo da arbitragem.

Por isso é que se sustenta uma interpretação restritiva sobre o que se deve entender por matérias protegidas pela ordem pública, para que, em contraposição, se amplie a interpretação das matérias submetidas a esta autonomia da vontade, resultando desta equação o pleno desenvolvimento da arbitragem.

E se este fenômeno se aplica no contexto da arbitragem nacional, em que a ordem pública interna apresenta espectro bem mais amplo, para limitar a escolha das partes quanto à legislação aplicável ao caso concreto, com ainda maior razão esta perspectiva limitativa deve ser adotada no exame da ordem pública internacional, que representa um rol de matérias bem mais restrito.

Como afirma Pedro Batista Martins,

“[...] quer dizer que, se na formulação da lei aplicável às regras de conflito de lei somente devem afastar a lei de escolha das partes se esta for frontalmente colidente com as normas fundamentais do foro, e não, simplesmente, distintas, com muito maior rigor há de se impor restrição mais ampla à ordem pública no momento do pedido de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira”.⁴⁰

Tratando-se de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras – arbitrais ou não –, o controle do país *ad quem* deve ser mais limitado, porque sua atividade envolve, de um lado, o respeito às regras de comércio internacional (que podem e em geral são diferentes das regras internas de cada país), respeito a uma decisão de natureza jurisdicional transitada em julgado (proferida por órgão jurisdicional ou ente privado, como na arbitragem). De outro lado, envolve o controle que se deve exercer para que o resultado desta decisão não implique a violação a preceitos fundamentais do ordenamento jurídico do país.⁴¹

No entanto, cuidando-se de relações internacionais, em que vige o princípio da igualdade, da cooperação entre os povos e do respeito mútuo entre as nações, não se pode de fato pretender que as mesmíssimas regras e cautelas sejam adotadas, em comparação a uma decisão doméstica, integralmente regulada pela legislação brasileira.

⁴⁰ O autor exemplifica com restrições à ordem pública impostas por decisões envolvendo o FMI, com o afastamento expresso de normas de ordem pública, como interesses cambiários do país contratante, em prol do “interesse do concerto das nações na estabilidade das relações financeiras globais”. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, p. 400.

⁴¹ Luis Antonio Gama e Silva, adotando raciocínio semelhante ao de Goffredo Silva Teles, considera que “ordem pública quer dizer harmonia, boa disposição das coisas, para alcançar um bem geral”. Este bem geral é o que reflete interesses superiores da sociedade, decorrente de seus elementos constitutivos da sua organização jurídica, social, econômica, moral e religiosa. Assim, Gama e Silva acaba por definir ordem pública como “o conjunto de direitos, de caráter privado, cuja obediência o Estado impõe, para que haja harmonia entre o Estado e os indivíduos, e destes entre si, em salvaguarda de interesses substanciais da sociedade”. *A ordem pública em direito internacional privado*, p. 168-169.

A objeção da ordem pública nas sentenças arbitrais estrangeiras deve, assim, se voltar à realidade internacional do comércio e das relações jurídicas, e não às particularidades do Estado em que se buscam a homologação e a execução daquela decisão, medida que se impõe até mesmo para que este procedimento não termine por prestar desserviço à arbitragem internacional e se tornar um fator de denegação de justiça.⁴²

Conclui-se, portanto, que a ordem pública internacional de um país é necessariamente mais tolerante que a sua ordem pública interna, sendo aquela somente manejável em situações mais drásticas, em que haja manifesto risco de afronta aos valores consagrados e protegidos pela Constituição.⁴³ Exemplos clássicos são o de sentenças que reconheçam efeitos aos institutos da escravidão, servidão, morte civil, poligamia, leis que permitam discriminação racial, ou ainda, processo sem citação regular, violação ao devido processo legal e falta de motivação da decisão.⁴⁴

A se demonstrar que o sistema brasileiro efetivamente admite esta noção de ordem pública internacional, vale mencionar o precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o sistema do júri civil, adotado pelo ordenamento americano, não fere o princípio de ordem pública no Brasil (SEC 4415, j. 11.12.1996, Rel. Min. Francisco Rezek). Nesta mesma ordem de ideias, já se decidiu pela homologação de sentença condenatória estrangeira baseada em dívida de jogo, posto que não obstante a vedação do sistema brasileiro, a dívida foi contraída em país onde os jogos de azar são permitidos. O aspecto da boa-fé e a vedação de se beneficiar da própria torpeza foram determinantes para a homologação desta decisão.⁴⁵

O universo de controle que se deve fazer a respeito de decisões estrangeiras não pode ser tal que negue a eficácia de decisões proferidas em processo judicial absolutamente diverso do sistema doméstico, pois isto equivaleria a pretender impor o modelo de organização judiciária e a técnica processual brasileira a uma sentença de outro país, o que não é admissível nem desejável, sob o suposto argumento de controle da ordem pública.

⁴² Esta aplicação restritiva da ordem pública internacional foi definida por Priscila Knoll Aymone como a “violação manifesta de uma regra de direito considerada essencial ou de um princípio fundamental, respeitando as relações cada vez mais internacionais, ligadas a diferentes ordens jurídicas de diversos Estados, sem relevar os valores de uma sobre as demais, de modo a impor-lhes suas próprias regras”. Complementa a autora afirmando que “a violação à ordem pública não pode coincidir com o não atendimento a qualquer norma cogente do foro (lois de Police), mas deve ser uma violação manifesta, flagrante, efetiva, concreta, ou ainda uma “ilicitude que salte aos olhos”. Jurisprudência comentada, SEC 874 do STJ, p. 225.

⁴³ Ver, ainda, Jacob Dolinger, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*.

⁴⁴ Sobre o tema da fundamentação das decisões judiciais no processo brasileiro, ver, por todos, a tese de doutorado de Ana de Lourdes Coutinho Silva, *Estudo da motivação das decisões judiciais no século da jurisdição: uma reavaliação do momento jurisprudencial do direito*.

⁴⁵ Carta Rogatória. Citação. Cobrança. Dívida. Jogo. Exterior. *Exequatur*. Possibilidade. Não afronta a soberania nacional ou a ordem pública a concessão de *exequatur* para citar alguém no Brasil a fim de que se defenda em ação de cobrança de dívida de jogo contraído em Estado estrangeiro no qual tal pretensão é lícita. AgRg na CR 3.198-US, j. 30.6.2008.

3.4.2 *A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça*

Estabelecida a premissa do reconhecimento das matérias de ordem pública em caráter apenas excepcional, como método para o seu correto dimensionamento, bem como a adoção do conceito mais restrito da ordem pública internacional, em relação às arbitragens internacionais, cumpre agora analisar qual tem sido a postura adotada pelas Cortes Superiores brasileiras a este respeito.

Até a Emenda Constitucional 45, a competência para o reconhecimento de sentenças estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal, que por breve período de tempo efetivamente examinou as sentenças arbitrais estrangeiras à luz da nova legislação editada em 1996. A partir de 2004 a competência foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual serão analisadas decisões dos dois Tribunais.

De um modo geral, há raros casos em que sentenças arbitrais estrangeiras deixaram de ser homologadas por violação à ordem pública, especialmente sob argumentos fáticos que não pudessem, de uma forma ou de outra, ser extraídos de algumas das hipóteses do artigo 38 da Lei de Arbitragem. Nas poucas situações em que se reconheceu potencial violação à ordem pública nacional (em sua perspectiva internacional, frise-se), uma das situações indicadas neste artigo foi constatada, com especial ênfase para alegações relacionadas a defeitos na eleição da arbitragem como método de solução de litígios, ou indicação precisa de um órgão jurisdicional, bem como por defeitos na fundamentação da decisão que se pretendia homologar.

Em todas estas situações, o vício formal reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça tinha previsão legal expressa, não sendo necessário invocar a cláusula geral do artigo 39, II, como único dispositivo a amparar a pretensão da parte.

Especificamente em relação a vícios que podem ser considerados como de “invalidade objetiva da convenção de arbitragem”, vale referir o procedimento da Sentença Estrangeira Contestada – SEC 967, julgado em 15.2.2006. O Superior Tribunal de Justiça negou a homologação de uma sentença arbitral estrangeira por não ter ficado provado que a parte havia aderido à convenção de arbitragem, aspecto que configura matéria de 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 à arbitragem”.

A empresa requerida se defendeu ponderando que não escolheu a Câmara Arbitral em questão, sendo ela incompetente para o julgamento do litígio, de forma que a sentença arbitral violara o princípio da autonomia da vontade e em consequência ofendera a ordem pública nacional. Na decisão, relatada pelo Ministro José Delgado, levaram-se em consideração a excepcionalidade e a impor-

tância da renúncia à via estatal, que impõe a clara demonstração da vontade dos contratantes, ainda que dispensando rigores e formalidades excessivas.⁴⁶

Naquele caso concreto, pesou o fato de a empresa requerida ter alegado a sua incompetência em todas as oportunidades que compareceu ao juízo arbitral. Foi reconhecida a violação a um preceito fundamental da ordem pública nacional, que é a validade da convenção de arbitragem. Na SEC 866, julgada em 17.5.2006, relatada pelo Ministro Felix Fischer, considerou-se que “a decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência da convenção de arbitragem”. Também neste caso concreto, a empresa requerida alegou a incompetência da corte arbitral na primeira oportunidade que teve.

Mas apenas para que se ilustre como uma questão de ordem pública pode ser afastada na própria decisão arbitral (item 3.2), basta pensar na hipótese em que a parte, durante o processo arbitral, não se insurge quanto à validade da convenção, apresenta defesa, e posteriormente se volta contra o vício formal da falta de assinatura. Neste exemplo, a validade da convenção de arbitragem, clara matéria de ordem pública, será analisada e afastada pelos árbitros, sob o argumento de que é vedado às partes efetuarem este tipo de reserva mental, ou violarem o princípio geral do *venire contra factum proprium*.

Adotando as mesmas premissas, na SEC 856, julgada em 18.5.2005 e relatada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido de homologação, pois a parte que se insurgia contra a decisão arbitral havia participado do processo, deduzido defesa etc., sem impugnar em nenhum momento a existência de cláusula compromissória.

A decisão constata que

“[...] se a empresa tomou conhecimento da instauração do juízo arbitral e se manifestou sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar o juízo em si, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação. Não se pode negar que houve o reconhecimento da cláusula arbitral”.

Em seus comentários a esta decisão, que veio a ser o primeiro caso de homologação de sentença arbitral estrangeira julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, Arnaldo Wald lembra ainda que o artigo 20 da Lei de Arbitragem estabelece um momento preclusivo para a alegação de nulidade, invalidade ou ineficácia da con-

⁴⁶ Diz ainda o acórdão: “Em que pese não se exija, ao menos segundo a lei nacional, uma forma solene para a cláusula compromissória, é essencial que o ajuste, além de escrito, surja de uma comunhão de vontades. Admite-se, é certo, sua convenção mediante troca de correspondência, telegrama, fac-símile, ou outro modo expreso qualquer, desde que, conforme assevera Carreira Alvim, comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra.”

venção de arbitragem, fato que também impediria a aceitação deste argumento apenas em sede de homologação da sentença estrangeira.⁴⁷

Mais recentemente, na SEC 978, o Superior Tribunal de Justiça negou a homologação, pois

“[...] impossibilita a homologação da sentença arbitral estrangeira a ausência de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida em contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da ora requerida, porquanto isso ofende o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública (artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996)”.⁴⁸

Outra hipótese concreta que merece comentário diz respeito à violação ao devido processo legal e ao contraditório. A despeito de ser hipótese prevista no artigo 38, III, e portanto depender de alegação da parte, é fora de dúvida que, dada a gravidade que a violação ao devido processo legal assume perante a ordem pública brasileira, tal fator de invalidação do laudo estrangeiro pode também ser reconhecido de ofício, pelo artigo 39, II, de que ora se cuida.

Na casuística do Superior Tribunal de Justiça, encontram-se situações em que se discutiu a ausência de notificação à parte sobre o início do processo arbitral.

Na SEC 887, julgada em 3.4.2006 e relatada pelo Ministro João Otávio de Noronha, o demandado alegou que o processo correria à sua revelia, mas o tribunal considerou que cabia a ele provar tal alegação. Como o demandado não provou que a revelia decorreu de não ter sido devidamente comunicado da instauração do procedimento arbitral, o tribunal deferiu o pedido de homologação. Concluiu o tribunal que se a revelia decorreu de não comparecimento espontâneo do requerido, nenhuma ofensa à ordem pública houve, nem ao inciso III do artigo 38.

A respeito deste ônus da prova que o artigo 38 impõe ao réu, na medida em que são exceções que competem ao réu alegar (e consequentemente provar), Carlos Alberto Carmona ensina que se o réu não recebeu nenhuma notificação, o ônus da prova se transfere ao autor. De outro lado, se a negativa do réu se refere a alguma circunstância de tempo e de lugar (e não se trata, portanto, de uma “negativa indefinida”), é do próprio réu o ônus de provar não ter havido aquela intimação específica.⁴⁹

Há um segundo precedente sobre a regularidade da citação do processo arbitral. Na SEC 874, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça em 19.4.2006 e relatada pelo Ministro Francisco Falcão, foi rejeitada a alegação de que a revelia

⁴⁷ A decisão em si não refere expressamente, mas a doutrina de Arnaldo Wald comenta o prestígio ao princípio da boa-fé, base e mola propulsora que rege as negociações internacionais, de forma que não pode uma parte acatar a arbitragem na fase negocial e depois pretender se furtar a ela, porque a decisão de mérito lhe foi desfavorável. Homologação de sentença arbitral estrangeira. SEC 802, *Jurisprudência comentada*, p. 210.

⁴⁸ Sentença Estrangeira Contestada – SEC 978-GB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.12.2008.

⁴⁹ Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 471.

configura ofensa à ordem pública nacional, pois dos documentos apresentados restou provado que a parte havia recebido várias intimações.

Não prevaleceu a alegação de violação à ordem pública pelo fato de a citação da parte não ter sido realizada por carta rogatória. Aliás, a advertência da doutrina no sentido de que o respeito ao devido processo legal não deve ser entendido como a observância de regras processuais locais é de todo apropriada, pois, de fato, o princípio que se deve respeitar é o do devido processo legal, segundo seus *standards* universais, sem considerar “os particularismos processuais da ordem jurídica interna, sobre o modo, o tempo e a forma dos atos do procedimento aqui sediados”.⁵⁰

Decisão neste mesmo sentido foi proferida na SEC 3660-GB, relatada pelo Ministro Arnaldo Esteves de Lima e julgada em 28.5.2009. Foi homologada a sentença arbitral, não obstante a falta de citação pela via da carta rogatória, “ante a comprovação de que o requerido foi comunicado acerca do início do procedimento de arbitragem, bem como dos atos ali realizados, tanto por meio das empresas de serviços de *courier*, como também via correio eletrônico e *fax*”.⁵¹

Contudo, o requisito da citação da parte no Brasil apenas pela via da carta rogatória foi e permanece sendo exigido, em relação à homologação de sentenças judiciais estrangeiras, na esteira dos precedentes criados pelo Supremo Tribunal Federal.⁵² A Lei de Arbitragem resolveu este problema, e, como afirma Selma Lemes, “agrega disposição que contribui com a cooperação e com o tráfego jurídico internacionais”, expressamente excluindo a exigência de citação por carta rogatória, preservando a finalidade da citação, que é a de assegurar o efetivo direito de defesa, independentemente da sua forma.⁵³

⁵⁰ André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, p. 148.

⁵¹ No mesmo sentido, a SEC 3661-GB, relatada pelo Min. Paulo Gallotti e julgada também em 28.5.2009, assim ementada: “Sentença estrangeira. Pedido de homologação. Nulidade da citação no procedimento arbitral. Inexistência. Art. 39, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996. 1. Comprovado que o requerido foi devidamente comunicado de todos os atos do procedimento arbitral, tendo a requerente, inclusive, trazido aos autos os recibos fornecidos pela empresa encarregada da postagem, não há que se falar em nulidade da citação. 2. Presentes os requisitos indispensáveis à convalidação da sentença estrangeira, não havendo ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, deve ser deferido o pedido de homologação. 3. Sentença estrangeira homologada.”

⁵² O caso objeto da SEC 883 é, neste sentido, curioso. Tratou-se de procedimento arbitral realizado nos Estados Unidos. Apesar de não ser mais necessário, a parte submeteu a sentença arbitral à homologação judicial no país de origem. Assim, o requisito da citação válida por carta rogatória foi exigido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual acabou negando a homologação daquela sentença. Comentando o acórdão, Thiago Marinho Nunes invoca outros casos em que a alegação de defeitos na citação não foi considerada pelo Tribunal como causa para negar a homologação da decisão arbitral. As peculiaridades deste caso justificaram decisão em sentido diverso, reconhecendo-se que o Superior Tribunal de Justiça é rigoroso no que tange a certas formalidades que, não cumpridas, impedem a homologação. Contudo, não infirmam a tendência jurisprudencial de favorecer a arbitragem e impor interpretação restrita às alegações de violação à ordem pública nacional. Homologação de sentença estrangeira, citação por carta rogatória e princípio do contraditório, p. 111-147.

⁵³ Selma Maria Ferreira Lemes, *Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação*, p. 196.

Aliás, este dispositivo em questão ilustra o que se disse anteriormente, no Capítulo I, pois a ordem pública internacional brasileira, especificamente no que tange à arbitragem, não considera indispensável a citação por carta rogatória, enquanto este mesmo requisito é tido por indispensável para os processos estatais, para os quais não há norma expressa dispensando a formalidade. Há diferentes níveis de exigência demonstrando que, de fato, a ordem pública internacional pode ser graficamente representada como um círculo menor, contido em círculo maior, representativo da ordem pública nacional, na feliz ilustração de Ricardo Ramalho Almeida.⁵⁴

Ainda sobre o devido processo legal, a ressalva que obrigatoriamente deve ser feita envolve o requisito da fundamentação das decisões, pois, quanto a ele, formou-se firme precedente já no Supremo Tribunal Federal, inadmitindo sentenças pouco ou nada fundamentadas, ainda que isto fosse autorizado pelo país que proferiu aquela decisão.

Sob uma perspectiva puramente teórica, o dever de motivação deveria ser considerado um aspecto não tão essencial ao devido processo legal sob esta perspectiva da ordem pública internacional, aceitando-se com maior facilidade as circunstâncias próprias dos outros ordenamentos, que porventura sejam menos rigorosos quanto a esta exigência. Neste particular, a despeito de sua postura moderna e de prestigiar as sentenças estrangeiras, respeitando a autoridade dos julgados provenientes de outros países, a jurisprudência brasileira optou por impor um requisito típico de sua ordem pública interna.⁵⁵

Há outras questões que já foram enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, para negar-lhes a condição de matéria de ordem pública, apta a justificar a recusa na homologação das decisões estrangeiras. Merece destaque a alegação de prescrição ou a exceção de contrato não cumprido, como fatores de violação à ordem pública. Esta última, porque compõe a disciplina contratual absolutamente disponível, não poderia ser considerada uma questão de ordem pública também sob a ótica da ordem pública nacional, em julgamentos versando sobre litígios de direito interno.^{56, 57}

⁵⁴ Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, p. 25.

⁵⁵ Como na Sentença Estrangeira contestada – SEC 879-US, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.8.2006. Da ementa se extrai: “Destarte, posto matéria de ordem pública, conhecível de ofício, vislumbra-se nítida nulidade, ante a ausência de motivação da decisão homologanda, em afronta ao art. 216, RISTF e 17 da LICC que assim dispõe: 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.”

⁵⁶ SEC 507, j. 18.10.2006, Rel. Ministro Gilson Dipp. Da ementa extrai-se que: “V – Não resta configurada a ofensa ao contraditório e à ampla defesa se as requeridas aderiram livremente aos contratos que continham expressamente a cláusula compromissória, bem como tiveram amplo conhecimento da instauração do procedimento arbitral, com a apresentação de considerações preliminares e defesa. VI – A Eg. Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que a questão referente à discussão acerca da regra da exceção do contrato não cumprido não tem natureza de ordem pública, não se vinculando ao conceito de soberania nacional. Ademais, o tema refere-se especificamente ao mérito da sentença homologanda, sendo inviável sua análise na presente via.”

⁵⁷ SEC 802, j. 17.8.2005, Min. José Delgado. Ementa: “Sentença estrangeira. Homologação. Inexistência de ofensa à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes. 1. Sentença arbitral que decorreu de pro-

Da casuística apontada observa-se que as tentativas de alegação de ofensa à ordem pública estão muito mais atreladas a aspectos processuais do que materiais, e que a efetiva constatação de violação à ordem pública tem como principal causa a falta de fundamentação da decisão estrangeira.

Não por acaso, Beat Walter Rechsteiner já advertia que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, “são muito mais as sentenças estrangeiras que violam a ordem pública formal ou processual que a ordem pública material”.⁵⁸

Da análise realizada, outro aspecto de suma relevância é o fato de que todas as alegações de violação à ordem pública são fundamentadas em ofensa a dispositivos legais específicos, ou seja, ao menos no direito brasileiro, não se discutem situações de ofensa ao princípio da ordem pública.⁵⁹

Esta constatação é muito importante para que se compreenda que, a par de toda a dificuldade na definição de um instituto tão vago e de aplicação tão geral, fato é que no sistema de direito codificado como o brasileiro, todas as alegadas ofensas à ordem pública tiveram base e a origem no direito positivo.

cesso sem qualquer vício formal. 2. Contestação da requerida no sentido de que não está obrigada a cumprir o seu encargo financeiro porque a requerente não atendeu a determinada cláusula à contratual. Discussão sobre a regra do *exceptio non adimpleti contractus*, de acordo com o art. 1.092 do Código Civil de 1916, que foi decidida no juízo arbitral. Questão que não tem natureza de ordem pública e que não se vincula ao conceito de soberania nacional. 3. Força constitutiva da sentença arbitral estrangeira por ter sido emitida formal e materialmente de acordo com os princípios do nosso ordenamento jurídico.”

⁵⁸ Beat Walter Rechsteiner, *Sentença arbitral estrangeira: aspectos gerais de seu reconhecimento e da sua execução no Brasil*, p. 48.

⁵⁹ Vale ressaltar, porém, que é inegável que se deve preservar o controle judicial sobre uma sentença arbitral estrangeira, que jamais poderá ser integralmente eliminado, a pretexto de respeitar e preservar a autonomia das partes. Pelo contrário, é importante preservar a verificação de violação à ordem pública e, de um modo geral, o controle contra sentenças injustas ou arbitrárias, sob pena de desestimular a arbitragem internacional. Uma vez que “os possíveis interessados na prática da arbitragem podem ser desestimulados justamente pela ausência de controle judicial. Com isso, permanece o princípio da ofensa à ordem pública e o princípio pelo qual também não se homologam sentenças arbitrais cujas demandas fossem impossíveis de ser submetidas a uma arbitragem segundo a lei brasileira”. André de Carvalho Ramos, *O reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no Mercosul*, p. 565-567.